بحث بعنوان

# اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية للضرورة العلاجية
# بين الاباحة والتجريم
# " دراسة مقارنة "

مقدم إلى

كلية الحقوق جامعة المنيا قسم
القانون الجنائى

إعداد

دكتور/ مصطفي السعداوي
دكتوراه فى القانون الجنائى

## مقدمــة

يعتبر مبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون، لأن حماية جسم الإنسان أمر تقتضيه المصلحة العامة، وهو ما يتجلي بما لا لبس فيه ولا إبهام في خطة التشريعات الجنائية والتي أهتمت بكفالة الحماية الجنائية اللازمة لحرمة الجسد من المساس بما بما يحول بية وبين تكاملة. إلا أن الواقع يخالف ذلك في كثير من الأحيان وقد برزت منذ القديم العديد من التشريعات التي يتم تنفيذها على جسم الإنسان ولم يكن الهدف من هذه الاتفاقات يثير أدنى نقاش حول مشروعيته.

وهكذا أصبح المساس بجسم الإنسان ممكناً، مشروعاً بل حتى أنه مطلوب، حيث فرض الواقع وجود استثناءات كثيرة ترد على هذا المبدأ، وتزداد يوما بعد يوم، وذلك لعدة أسباب منها علاج الشخص نفسه، تحقيق المصلحة العامة، والتضامن الاجتماعي[1].

فتقدم العلوم الطبية جعل من موضوع حرمة جسم الإنسان مادة للبحث المتجدد، فقد أدى هذا التطور إلي إقتراب مشرط الجراح وأجهزة الفحص الطبي من جسم الإنسان أكثر فأكثر، وقد كان الدافع لهذا الإقتراب منذ وقت مبكر إما مقتضيات العلاج وإما في وقت حديث مقتضيات عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وقد أصبحت مثل هذه العمليات أمراً واقعياً ومألوفا في المجال الطبي، بحيث عرفت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تطوراً كبيراً بحيث بدأت بنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء آخر من جسمه، إلى أن أصبحت تتضمن نقل عضو من إنسان حي إلى إنسان آخر أو من شخص متوفي إلى إنسان حي، كما بدأت بعضو إلى أن أصبحت تشمل العديد من الأعضاء، فهذه العمليات لم تعد قاصرة على زرع الكلى، قرنية العين، القلب بل امتدت لتشمل كل أعضاء جسم الإنسان كالكبد، البنكرياس، النخاع الشوكي، وأصبح أهل الاختصاص يتحدثون عن استخدام هذه العمليات كوسيلة لعلاج الأمراض المستعصية خاصة بعد ظهور تجارب في مجال زراعة المخ والجهاز العصبي. وهو ما أختلفت بشأنه التشريعات وهو ما يوجب علينا للإحاطة بالموضوع تناول موقف هذه التشريعات المقارنة في علاج إشكالية إقتطاع الأعضاء البشرية للضرورة العلاجية.

---

[1]– **Pauvert Bertrand:** "Le droit des éléments et produits du corps–ou les enjeux d'une reification silencieuse", les cahiers de droit de la santé du sud – est, N° 12, 2011, p. 12.

**أهمية الموضوع**

رغم استقرار مبدأ حرمة جسم الإنسان إلا أنه أمام التطورات الطبية وما شهدته عمليات استبدال الأعضاء البشرية التالفه بأعضاء سليمة بما تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، وهو ما شهد ثورة طبيه في معالجة بعض الأمراض المستعصية التي تؤدي إلى الموت، وهو ما أقتضي تحديد الضوابط القانونية اللازمة لتنظيم عملية نقل الأعضاء البشرية وفق ما يقرره القانون وبيان حدود عملية نقل الأعضاء البشرية لكي لا تتحول من عمل إنساني إلى ممارسات غير أخلاقية وجرائم ماسة بسلامة الكيان الإنساني. وكذا بيان الحماية القانونية التي كفلها المشرع فيما لو حدث خلل ما في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ومدى فعاليتها، ذلك أن علاقة الطبيب بمريضه وفي ظل التطورات الطبية المستمرة تجعل من سلطة الطبيب واسعة، ليترك المريض نفسه امانة في يد الطبيب المعالج لذلك يجب أن يكفل المشرع الحماية الكافية لضمان عدم إساءة إستعمال هذه السلطة الممنوحة للطبيب.

**خطة البحث**

أعتمدت الدراسة على المنهج المقارن لتناول موقف التشريعات من هذه التطورات الطبية الحديثة، واعتمدنا كذلك على المنهج الوصفي لعرض وتحليل مختلف الاتجاهات الفقهية ذات الصلة بالموضوع، ثم تناول الحالات المشروعة للمساس بجسم الإنسان في ظل هذه التطورات الطبية الحديثة التي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للغير، وموقف المشرع المصري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتعديل التشريعي للسياسة العقابية للمشرع المصري الذي جاء بها القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧، ولذا قسمنا الدراسة الي فصلين خصص الأول منهما لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والثاني للسياسة العقابية للمشرع المصري في مواجهة هذه الجرائم.

## الفصل الأول

## مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تثير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من الصعوبات[1]، والعديد من المشاكل على المستوى الأخلاقي والديني والطبي والقانوني، إذ تنطوي هذه العمليات على جوانب متعددة، قانونية، طبية، دينية واجتماعية. ولكن ما يهمنا في هذا المجال هو الجانب القانوني لهذه العمليات فنقل الأعضاء البشرية له علاقة مباشرة بحماية جسم الإنسان، حيث أن استئصال أي عضو من أعضاء الجسم يتضمن في حد ذاته اعتداء على سلامة الجسم لما يؤدي إلى الإخلال بوظائفه، إضافة إلى إحداث الجرح والقطع في الجسم المنقول منه للعضو البشري وهو ما يتعارض مع الحق في سلامة الجسد[2].

وبرغم ما ينال عناصر الحق في سلامة الجسم من مساس في هذه الحالة، فقد أثبتت التجارب الطبية نجاحها في هذا المجال، بحيث أصبحت هذه الوسيلة ضرورة علاجية لبعض المرضى الذين يلجئون لاستبدال أعضاء تالفة في جسمهم بأعضاء بديلة يحصلون عليها من أجسام الغير ولا يمكن للباحث القانوني أن ينكر أهمية هذه الوسيلة وأن يتخلف عن مسايرة ركب الحضارة الحديثة، والتي استخدمت الوسائل الطبية الحديثة لتحقيق مصلحة وسلامة الإنسان.

---

[1] – **يقصد بزرع الأعضاء:** نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة والخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى هذا الأخير. ويتضح من خلال ذلك أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتضمن ثلاث عمليات مرتبطة ببعضها البعض أسباباً وأهدافا وهي:

**العملية الأولي:** وفي هذه المرحلة يتم استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسم المتبرع وحفظه تمهيدا لزراعته في جسم المريض المتلقي.

**العملية الثانية:** وهي عملية استئصال العضو التالف من المنقول إليه المريض أو المستفيد أو المتلقي.

**العملية الثالثة:** وهي عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف، وتكون النتيجة النهائية لهذه العمليات الثلاث المترابطة استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم.

**د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٤٦. **د. خالد مصطفي فهمي:** النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ١٣١.

[2] – **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار النهة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٠-٢١. **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص ١٨.

ولهذا تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استثناء يرد علي مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، ولا يمكن إعتبار التقدم الطبي سبباً لإهدار حرمة جسد الإنسان طالما تكفل القانون بفرض هذه الحماية، فالهدف من التقدم في المجال الطبي هو توفير الصحة العامة وهو ما يوجب أن يتوافق العمل الطبي مع مبدأ حرمة جسم الإنسان[١]، ومن ثم لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا قيداً للإعتبارات الصحية[٢]، وعمليات نقل الأعضاء البشرية تعتبر من الحالات المشروعة للمساس بجسم الإنسان ولكن شرط توافر ضوابط معينة تتعلق بوجب خضوع هذه العمليات للنظام العام وبضرورة التقيد بشروطها[٣]، وسوف تناول في مبحثيين أولهما أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، والثاني ضوابطها.

## المبحث الأول

## أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أن البحث في أساس مشروعية عمليات نقل وزراع الأعضاء البشرية يوجب بطبيعة الحال تحديد إشكالية البحث، والتي نردها إلي أن هذه العمليات تمس حقاً أصيلاً من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، والمتمثلة في حقة في تكاملة الجسدي، ومن ناحية أخري، أن هناك حالات مرضية لا تجدي معها الوسائل العلاجية ولا سبيل لإنقاذ حياتة أو تخليصة من ألآم المرض إلا عن طريق إستبدال االعضو التالف بعضو سليم[٤]. وهو ما يقدمة المتبرع أو المانح أو المتنازل.

ومن ناحية المريض فإن زرع عضو في جسمة لا يثير أدنى مشكلة من الناحية القانونية فهو يدخل في عداد الأعمال الطبية والجراحية لتوافر الهدف العلاجي وهو إنقاذ حياته، ولكن المشكلة الحقيقية تثور بالنسبة للشخص المتبرع أي الشخص السليم الذي تنازل عن عضو من جسمه لزرعه

---

[١] – **د. عصام أحمد محمد**: النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دراسة مقارنة، المجلد الثاني، دار الفكر والقانون، المنصورة ، ٢٠٠٨، ص ١٠٥٢.

[2]– **Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain: etude prospective à partir du modèle français, thèse en vue de l'obtention du Doctorat de l'Université de Toulouse, 2010, p 88.

[3]– **Tissie Delphine**: La protection du corps humain, L'Harmattan, Paris, 2013, pp. 26, 27.

[٤] – **د. خالد مصطفي فهمي**: النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، االمرجع السابق، ص ١٣١.

في جسم آخر مريض فهذا التنازل لا يحقق له أية مصلحة علاجية، فتخلف شرط المصلحة العلاجية من جانب المتبرع بالعضو يُشكل العقبة الرئيسية أمام فقهاء القانون في محاولتهم لإيجاد أساس قانوني ترتكز عليه عمليات اقتطاع عضو من جسم إنسان سليم لا يشتكي من أية علة تبرر القيام بأي نوع من أنواع التدخل الجراحي.

ومن ثم، وجب البحث عن الأساس القانوني الذي يمكن بمقتضاه تبرير المساس بالتكامل الجسدي لشخص ما دون أن تكون هناك مصلحة علاجية تعود عليه من جراء ذلك وهو ما يقتضي منا أن نتناول طي هذا المبحث التبريرات الفقهية من ناحية، ومن ناحية أخري موقف بعض التشريعات التي أباحت هذه العمليات فأصبح لها سند تشريعي علي النحو الآتي:

## المطلب الأول

## الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أختلف الفقة في تحديد أساس مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية نظراً لحداثة الإشكالية وتنوع النظريات الفقهية المقدمة بين فريق يري في السبب المشروع كأساس، وفريق يعتمد في تبريراته القانونية علي نظرية الضرورة وآخر يعتمد علي ما تفرضة نظرية المصلحة الإجتماعية، وهو ما يقتضي أن نتناول هذه النظريات بشئ من التفصيل علي النحو الآتي:

### الفرع الأول

### نظرية السبب المشروع

يعتبر الفقيه الفرنسي Décoq من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين استندوا إلي فكرة السبب المشروع للقول بمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية[1]، لإيجاد حل قانوني للصعوبات التي كانت تحول دون الإقرار بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

**أولاً: مضمون نظرية السبب المشروع.**

يرجع الفضل فيما توصل إليه الفقيه ديكوك إلى جهود سلفه من الفقه الفرنسي، والذي أزاح عقبة قانونية كانت تحول دون الإقرار بمشروعية هذه العمليات، فقد ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما

[1] – **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٩، ص ٤١٩.

يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني[١]. وأن حرمة جسم الإنسان تعني استحالة المساس به وأن الجسم ليس محلاً لأي التزامات مشروعة لأنه يخرج من دائرة التعامل ولا يدخل في الذمة المالية للشخص وإنما في إطار الحقوق اللصيقة بالشخصية[٢]. ولكن الواقع أثبت زيف مبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة فقد تقهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان حتى غدت بعض حقوقه الشخصية كالاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه وعقود العمل داخلة في نطاق التعامل، ففي هذا الصدد يرى بعض الفقه أنه لا يمكن مثلاً نفي مشروعية الاتفاقات المتعلقة بقص الشعر أو تلك المتعلقة بممارسة الألعاب الرياضية بسبب ما تحققة هذه الاتفاقيات من نفع لأصحابها[٣].

وينطلق الفقيه ديكوك من قوله" مادمنا قد سلمنا بإجارة الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء البشرية وتلك غير المشروعة؟. وحسب الفقيه ديكوك فإن الحقوق التي تترتب علي جسم الإنسان لا يمكن إعتبارها مشروعة إلا بالنظر إلي سبب التصرف، والمقصود بالسبب هنا، الدافع إلي التعاقد، فجب البحث عن الهدف من التصرف ودافعة لمعرفة ما إذا كان التصرف مشروعاً من عدمة[٤].

فلا يجوز الحكم على تصرف ما بأنه غير مشروع، لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان وإلا لأدى ذلك إلى التسليم أن عقد العلاج الطبي، والذي بمقتضاه يتدخل الطبيب بجسم المريض، عقد غير مشروع لأن هذا التدخل يُشكل مساساً بجسم الإنسان، ولكن في الواقع يعد هذا التدخل مشروعاً، لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض.

وذهب الفقيه ديكوك أيضا إلى أنه من غير المقبول التصرف في كامل الجسم أو في جزء لازم لبقاء الإنسان حياً كالقلب مثالاً، إلا أنه من الجائز التصرف بأحد الأعضاء التي لا تؤدي إلى وفاته أو تعرض حياته لخطر جسيم، وأن يكون الهدف من هذا التصرف تحقيق مصلحة مشروعة، ويكون التصرف بالعضو مشروعا متى كان الهدف من المساس بالجسم هو تحقيق مصلحة

---

[١] – **د. محمد سامي الشوا**: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٦، ص٦٤٨.

[٢] – **د. خالد مصطفي فهمي**: النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، االمرجع السابق، ص ١٣٧.

[٣] – **د. محمد سامي الشوا**: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص٦٤٩.

[٤] – **د. محمد سعد خليفة**: الحق في الحياة وسلامة الجسد– دراسة في القانون المدني والشريعية الإسلامية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص١١٥.

علاجية لشخص ما، ويجب أن يفهم السبب كذلك على أنه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضاً[١].

ولما كان نقل عضو من إنسان إلى إنسان آخر يهدف إلى إنقاذ حياة الغير أي الشخص المريض أو على الأقل يدفع عنه ضرراً أكبر، يتجاوز الضرر الذي يلحق بالمتبرع نتيجة إستئصال عضو من جسمه فإن ذلك يعد من المصالح المشروعة. وبناءً علي ذلك لا يجوز المساس بجسم الإنسان، إلا إذا كانت المنفعة التي تترتب علي ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه وإذا أختل هذا الميزان فيصير المساس بجسم الإنسان غير مشروع ومنافياً للأخلاق[٢].

فمصلحة الغير هي التي تبرر فاعلية رضا الشخص فيما يتعلق بالحقوق التي ترد على جسم الإنسان، ففي مواجهة مبدأ حرمة جسم الإنسان يوجد مبدأ هام آخر هو مبدأ التضامن الإنساني، فمتى كانت الحقوق التي تترتب على الجسم تستهدف تحقيق مصلحة أشخاص آخرين وتنطوي علي أداء لواجب التضامن الإنساني، فإن ذلك يؤدي لفاعلية ومشروعية التصرفات التي ترد علي جسم الإنسان[٣].

ففي مقام حرمة جسم الإنسان قد تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة أفراد المجتمع الآخرين، وهذا التعارض لا ينتفي إلا إذا نظرنا للأمر من منطلق التضامن الإنساني، ويسمح هذا التضامن بجواز الاتفاقيات التي تنمثل مساساً بجسم الإنسان في حالات كثيره.

وينتهي الفقيه ديكوك إلى القول بمشروعية الاتفاقات التي تنطوي على المساس بالجسم للإصلاح مثل استئصال جزء من جلد الشخص لترقيعه لآخر متى اقتضت ذلك المصلحة العلاجية لهذا الأخير، بل ويقرر أيضا صحة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان وتؤدي إلى مساس مستديم به بشرط أن تستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير كما يجب أن تكون المصلحة التي تعود على الغير أكثر من الأضرار التي سيتحملها الشخص المتصرف في جزء من جسمه[٤].

---

[١] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١١٥. **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد ١٧، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٤٢.

[٢] – **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٠. **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٢١.

[٣] – **د. حسام الدين الأهواني:** المرجع السابق، ص ٤٢-٤٣.

[٤] – **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص٦٥١. **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٤٥.

فحسب أنصار هذا الاتجاه لا تقتصر الإباحة على التصرفات التي تمس الجسم بضرر يسير كعمليات نقل الدم مثلا، إنما تشمل كافة التصرفات التي يترتب عنها مساس مستديم بالجسم وغير قابل للإصلاح[1]، ومثال ذلك تنازل الشخص عن أحد كليته لشخص آخر مصاب بفشل كلوي حاد، وذلك بقصد إنقاذ حياة هذا المريض المهددة حياته بالانتهاء فلا توجد هناك غاية أسمى وأفضل من أن يساعد الإنسان أخاه عند الحاجة إليه، خاصة إذا أثبت العلم أن المتبرع يستطيع أن يعيش حياة عادية لا تختلف عن حياة غيره من الأفراد[2].

يستخلص مما سبق أن التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تكون مشروعة متى كان السبب مشروعاً، ويكون السبب مشروعاً، متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للمتبرع نفسه أو بالنسبة للغير بشرط أن تكون المصلحة التي سوف تتحقق بالنسبة للغير أكبر من الأضرار التي سوف تصيب المتبرع، فلا يجب من ثم النظر فقط إلى المصلحة التي تعود علي المتبرع نفسه، وإنما يجب أن تشمل المصلحة أو المنفعة التي تعود علي الغير، ويقدر القاضي المشروعية على أساس الموازنة بين الأضرار المترتبة عن المساس بجسم المتبرع والنتيجة المترتبة على ذلك.

**ثانياً: تقدير نظرية السبب المشروع.**

وجهت عدة انتقادات لنظرية السبب المشروع كأساس لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وقد أخذ على هذه النظرية ما يلي:

١- عدم انضباط المعيار الذي تقوم عليه بالقدر اللازم فهي تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة دون اشتراط توافر حالة الضرورة[3].

---

[1]- خلافاً لذلك ذهب بعض الفقة الفرنسي وعلي راسهم SAVATIER ، AUPY الذين قالوا بمشروعية عمليات نقل الأعضاء التي لا تخلف سوي ضرراً يسيراً، وبناء علي ذلك فإن تنازل شخص عن طبقة سطحة من جلده لعلاج شخص آخر مصاب بحروق يعد تصرفاً مشروعاً، ويصير غير مشروع إن كان محل التنازل إحدى كليتيه حتى ولو كان ذلك برضا المتبرع، وقد رفض الفقية Décoq هذه التفرقة علي أساس أن قانون العقوبات الفرنسي يجرم كل مساس بسلامة الجسم سواء كان يسيراً أو جسيماً، ومن ثم فلا وجه للاحتجاج بمدى جسامة النتيجة المترتبة على عمليات نقل الأعضاء للاعتراف بمشروعيتها، وبالتالي فلا مناص من أن يعتد القاضي بالسبب الدافع للتعاقد وهو بصدد هذه المسألة. **راجع في ذلك د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص٦٤٩- ٦٥٠. **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٢١.

[2]- **د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٦٧-٦٨.

[3]- **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٢١.

٢- أهم ما يميز هذا الاتجاه هو التركيز على ضرورة توافر الهدف العلاجي للغير، وأن جسم الإنسان في حد ذاته يصلح لأن يكون محلا للاتفاقات القانونية[١]، إلا أن التحليل المقدم سابقاً من أصحاب هذه النظرية غير مقنع، فلا يجوز قياس المساس بالجسم عموما على بعض صور التعامل في حقوق الشخصية، فقياس المساس المذكور على مسائل الحضانة والتعليم هو قياس مع الفارق أما مسألة تقدير الهدف أو الباعث، فإنها تستند إلي مفهوم خاطي[٢]، ولو وضعت المسألة في إطارها الصحيح، قد نفهم أن يتبرع شخص بأحد أعضائه إذا لم يترتب على الاستئصال أية أضرار، أما أن توضع المسألة في إطار الموازنة بين ما يلحق المتبرع من ضرر وما يصيب الغير من فائدة، فهو منطق مرفوض[٣].

٣- نظرية السبب المشروع وأن كانت تصلح سنداً لإبراز الحكمة من إباحة نقل الأعضاء البشرية، إلا أنها لا تصلح كأساس لهذه الإباحة[٤]. كما أن السبب المشروع وإن كان يصلح كأساس لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض[٥]، إلا أنه لا يصلح أساساً لمشروعية نقل العضو من المتبرع لأنه في هذه الحالة ليس له مصلحة من جراء ممارسة

---

[١]- **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٦٠.

[٢]- **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥١.

[٣]- **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٠، ص٥٨.

[٤]- **د. مأمون عبد الكريم:** المرجع السابق، ص ٤٢١.

[٥]- ونشير إلي أنه في مجال تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة في الأنظمة القانونية الوضعية أن الفقه والقضاء والتشريعات نفسها، قد انقسمت لعدة آراء في هذا الصدد، فذهب رأي إلى أن سند الإباحة هو رضا المريض بالعمل الطبي أو الجراحي، ولكن يعيب هذا الرأي أن حق المريض في سلامة جسمه ليس حقاً خالصاً له، ولكنه ذو طبيعة اجتماعية، فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في سلامة جسمه، فإن هذا الرضا ينصرف إلى الجانب الفردي من هذا الحق دون الجانب الاجتماعي، ولذا يبقى حق المجتمع في الدفاع عن هذا الجانب قائماً ويظل فعل الاعتداء خاضعا للتجريم، وذهب بعض الفقه إلى أن أساس هذه الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، وهذا الرأي بدوره معيب إذ ينطوي على تحديد غير صحيح ويخلط بين عناصر القصد والباعث، فالباعث ليس ركنا من أركان الجريمة ولا عنصراً من عناصرها، فلهذا فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أن إباحة الأعمال الطبية، إنما يستند إلى ترخيص القانون للأطباء بمباشرة العمل الطبي أي أن إذن القانون هو الذي يبيح عمل الطبيب الذي يمس بجسم المريض. **د. أحمد شوقي أو خطورة:** القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٢٥-٣٢.

العمل الطبي على جسمه فضلاً عن أن القانون لا يعتد في جرائم المساس بالحياة وسلامة الجسم بالبواعث الدافعة إلى القيام بها سواء كانت شريفة أم لا، وبناء على ما تقدم فعلى الرغم من كون الباعث شريفاً في مجال نقل وزراعة الأعضاء إلا أنه لا يقوى أن يكون سبباً لإباحتها[١].

كما أن هذه النظرية وإن كانت تقوم علي أساس الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنها لا تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة، ولذلك فقط اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الاحتياطية أو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، ومن ثم فقد أحدقوا تداخلاً مع النظريات الأخري[٢].

## الفرع الثاني

## نظرية الضرورة كأساس لإباحة نقل الأعضاء البشرية

يرى جانب من الفقه أن الصعوبات القانونية المترتبة على عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تثير أكثر من مسألة المقارنة والتدرج في القيم المختلفة والتي يحتاج حسمها إلى تعاون رجال القانون والطب على صعيد واحد، فمن الناحية القانونية يمكن معالجة هذا التدرج في إطار نظرية الضرورة[٣]، فعلى ضوء شروط هذه النظرية يستطيع القضاء أن يرتب الأوضاع الخاصة بالمسئولية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[٤]. وهو ما يقتضي منا أن نتناول مضمون نظرية الضرورة ، ثم نتناول أوجه النقد التي وجهت لها علي النحو الآتي:

**أولاً: مضمون نظرية الضرورة.**

لقد ظهر الاتجاه الذي ينادي باعتبار حالة الضرورة أساساً لمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية في ستينيات القرن الماضي، وذلك في ظل الفراغ التشريعي الذي كان سائدا حتى عام ١٩٧٦ حيث ظهر أول تشريع ينظم هذه العمليات في فرنسا[٥]. وحالة الضرورة عند بعض الشراح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث تعتبر الأساس القانوني

---

[١]– **د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص٦٨.

[٢]– **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥١. **د. حسام الدين الأهواني:** المرجع السابق، ص ٦٠. **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ١٤١.

[٣]– **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٣.

[٤]– **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، المرجع السابق، ص٥٨.

[٥]– **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢، ص ٦٣.

الوحيد بحسب أ ريهم لاقتطاع العضو من جسم المتبرع ونقله لجسم المريض متى توافرت شروطها وضوابطها، وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مشكلة عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء تثير مسألة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة وهي تدخل أساسا في إطار نظرية الضرورة. ففي مجال العمل الطبي بصفة عامة فإن أي طبيب يقوم على الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء.

أما في مجال نقل الأعضاء البشرية فإن هذه الموازنة تتخذ طابعاً مميزاً.

**١- حالة الضرورة في الأعمال الطبية بصفة عامة:**

يقصد بحالة الضرورة، حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقاً لأحكام قانون العقوبات[١]. ويعرف الفقيه سفاتييه حالة الضرورة بأنها: حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره أن يسبب ضرراً أقل للغير[٢]. كما أن الضرورة هي أن يجد الإنسان نفسه أو غيره أو ماله أو حال غيره معرض لخطر جسيم على وشك الوقوع، وليس هناك من سبيل للخلاص من هذا الخطر سوى بارتكاب فعل يعد جريمة[٣].

أما عن حالة الضرورة في الأعمال الطبية بصفة عامة فإنه يجب في كل عمل طبي القيام بعملية الموازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء، وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد، فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها المريض إذا لم يعالج ومخاطر إجراء عمل طبي معين من جهة، وبين فرص وآفاق الشفاء من جهة أخرى، فحساب الاحتمالات يلعب دوراً كبيراً في الاختيار الذي يقوم به الطبيب من حيث العلاج والوسيلة، ويكون حساب الاحتمالات على أساس ما يسمى قانون الكثرة أي أن تقدير مدى خطورة العمل الجراحي يقوم على أساس المتوسط العام لنجاح أو فشل الجراحة وليس على أساس التدخل الجراحة في حالة معينة[٤].

---

[١] – **د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص ٦٨.

[٢] – **د. أحمد شوقي أبو خطوة** : القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٣٣.

[٣] – **د. عبد الفتاح بيومي حجازي:** المسئولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢٧.

[٤] – **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في

ولم يعد جوهر العمل الطبي فن الشفاء، وإنما أصبح يعرف بالعمل الذي يعطي الطبيب ميزة العمل على جسم الإنسان، فالطبيب يتمتع بامتياز خاص لا يتمتع به غيره من أصحاب المهن الحرة فهو يمارس عمله على جسم الإنسان، بمعنى أنه لم يعد دور الطبيب شفاء المريض فقط أو وقايته من الأمراض وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان، وأصبح الطبيب هو الذي يقود عمليات الاحتمالات عن طريق العلاج الذي يقدمه، فدوره أساسي وإيجابي في الشفاء والأمل ويسعي جاهداً لزيادة فرص النجاح علي احتمالات الفشل[١].

**٢- حالة الضرورة في عمليات نقل الأعضاء البشرية:**

يقوم الطبيب في العمل الطبي العادي بعملية حساب المخاطر والآمال بالنسبة لنفس الشخص أي بالنسبة لمريض واحد أمامه، فالمريض يتحمل خطراً ضئيلاً في سبيل تفادي الكثير من المخاطر[٢].

أما في مجال زرع الأعضاء البشرية فإن عملية الموازنة أو المقارنة المذكورة لا تكونمتعلقة بشخص واحد، وإنما بأكثر من شخص أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذا العمل يتسع عن أي عمل طبي آخر فعملية تقدير الأضرار والفوائد يكون بالنسبة للشخص المتبرع والمتلقي المريض في آن واحد[٣].

وينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة أساساً صالحاً لإسباغ صفة المشروعية على عملية نقل الأعضاء البشرية من نقطة مفادها أن الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية إنما يدفع خطراً جسيماً يهدد الغير ( المريض) وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على الشخص الذي ينتزع منه العضو، والطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي يلحق

---

الطب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص١٩٧. **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ٣٣. **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٤.

[١]- **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٤٨.

[٢]- **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في

الطب، المرجع السابق، ص١٩٩.

[٣]- **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في

الطب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص١٩٧. **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ٣٣. **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٤.

بالمتبرع، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون داخلاً في نطاق حالة الضرورة، فلا مسئولية على الطبيب لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية[١]. ووفقاً لهذا الاتجاه يجب على الطبيب اجراء حساباً دقيقاً للاحتمالات الخاصة بالمخاطر والمنافع التي تترتب على العملية ثم يقدرها في جانب كل من طرفي العلاقة، لكي يرجح منفعة العملية فيجري الجراحتين، أو يرجح على العكس مضارها فيمتنع عن إجرائهما[٢].

وقد شهدت حالة الضرورة تطبيقاً لها في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا ١٩٦١ وذلك حينما أراد أحد الأطباء انتزاع أحد كليتي فتاة تبلغ من العمر ١٤ سنة بغرض نقلها لأختها التوأم والتي كانت تعاني من فشل كلوي كام، وبالتالي أصبحت حياتها مهدده بخطر جسيم. وقد ثار التساؤل بصدد هذه الحالة عن مسئولية الجنائية للطبيب وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر قيامه بعملية انتزاع الكلية وزراعتها في جسم المريضة، وقد خلص الرأي لدى رجال القضاء الذين تمت استشارتهم من قبل المجلس القومي للأطباء إلا أنه يجوز للطبيب القيام بإجراء هذه العملية، وذلك قياساً على ما يقوم به الأطباء من إجراء عمليات الإجهاض في حالات الضرورة الطبية، إذ أن هناك خطر يهدد شخص ما ( المريضة) قد يؤدي بحياته خلال مدة قصيرة ولا سبيل لتلافي ذلك الخطر إلا بإنتزاع العضو من شخص آخر( الأخت المانحة )، لذلك كان إجراء العملية أمراً جائزاً لا يرتب مسئولية جنائية للطبيب[٣].

يذهب بعض الفقه[٤]، في هذا الصدد أن اعتبار حالة الضرورة أساساً قانونياً لعمليات زرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوافر معها عدة شروط وهي:

١- يجب أن يكون هناك خطر محدق بالمريض، بحيث يترتب على عدم نقل عضو جديد له وفاته، فلا يشترط أن يكون الخطر محدقاً بالشخص نفسه، بل يكفي أن يكون محدقاً بالغير مثل حالة الدفاع الشرعي.

---

[١]- **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٣.

[٢]- **د. علي محمد بيومي:** أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٥، ص١٢. **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، المرجع السابق، ص١٣١.

[٣]- **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص٣٣. . **خالد مصطفي فهمي:** النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، االمرجع السابق، ص ١٤٩-١٥٠. **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص٦٤.

[٤]- **د. محمد سامي الشوا:** المرجع السابق، ص ٦٥٤. **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المرجع السابق، ص ٢٠٠.

٢- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق المتبرع.

٣- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المتلقي، وأن يهيأ لها كافة العناصر اللازمة لنجاحها من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض، ومراعاة ألا يترتب على عملية الاستئصال وفاة المتنازل أو إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه.

٤- يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتبرع، ولهذا يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يجري عملية الاستئصال غير الفريق الطبي الذي يقوم بعملية الزرع.

كما يرى جانب من الفقه الانجلو–الأمريكي أن عمليات نقل الأعضاء البشرية تجسد نموذجاً مثالياً لتطبيق حالة الضرورة بكافة أركانها، وتبرير ذلك أن الطبيب الذي يقوم بإنتزاع عضو من جسم شخص ما لإنقاذ المريض إنما يتسم عمله بالنبل والشهامة، إذ أن مقصده دائماً هو دفع الخطر عن المتلقي وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على المتبرع، فمن كان مثله يجب اعتباره بمثابة المنقذ أو رجل الإطفاء الذي يوقع ضرر أقل ليدفع خطر أكبر، لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يعد من قبيل أعمال الإغاثة[١].

وإذا كانت غالبية الفقة الفرنسي قد استحسنت نظرية الضرورة، إلا أنهم يرون مع ذلك عدم كفايتها وحدها للقول بمشروعية عمليات نقل الأعضاء، فمسايرة منطق هذه النظرية إلى نهايته يؤدي إلى تحكم الطبيب وإجباره مثلاً علي إخضاع أي شخص لعملية استئصال إحدى كليته لمجرد تطابق أنسجته مع أنسجة شخص مريض مصاب بفشل كلوي[٢].

وإدراكاً لما ترتبه هذه النتيجة من إنتهاك واضح لحق المتبرع في سلامة وتكامل كيانة الجسدي، وهو ما يتعارض وكافة المبادئ القانونية والأخلاقية، فقد عمد أنصار نظرية حالة الضرورة إلى اشتراط اقترانها بالرضا الحر والمستنير للمتبرع حتى يمكن إجراء نقل العضو منه، فإذا توافر هذان الشرطان( حالة الضرورة، والرضا المستنير) قام الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[٣].

---

[١] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٣.

[٢] – **د. محمد سامي الشوا:** المرجع السابق، ص ٦٥٤. **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص ٤٢٤– ٤٢٥.

[٣] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٨.

ولقد اختلف فقهاء القانون حول ما إذا كانت حالة الضرورة سبباً من أسباب الإباحة أو مانعاً من موانع المسئولية[١]. إلا أن البعض[٢]، يرى أن هذا الجدال الفقهي غير مهم في هذا المجال، ومن ثم يمكن القول بأنه متى توافرت شروط حالة الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء لا يسأل الطبيب عن عملية استئصال العضو من جسم المتبرع طالما لم يصدر منه خطأ بغض النظر عما إذا كان تدخله عملاً غير مشروع وفقاً للاتجاه الذي يكيف حالة الضرورة ضمن موانع المسئولية، أو ارتفعت عنه الصفة الإجرامية وفقاً للاتجاه الذي يدرج حالة الضرورة ضمن أسباب الإباحة.

**ثانياً: تقدير نظرية الضرورة:**

لقد انتقد جانب من الفقه تأسيس عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية تأسيساً علي حالة الضرورة سواء كانت سبب إباحة أو مانع مسئولية[٣]، وبالتالي لا تصلح سنداً قانونياً لإباحة هذه العمليات، وأخذ على هذه النظرية ما يلي:

١- أن إستخدام حالة الضرورة للتخلص من عبء المسئولية المدنية والجنائية إنما يفترض ظرفاً يتعرض فيه شخص ما لخطر معين، فيدفعه لإلحاق ضرر أقل بالغير، ومن الصعب أن يتوافر هذا المنطق بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات نقل وزرع الأعضاء باعتبار أنه محترف يمارس مهنته في حدود الأصول القانونية، والتي تفرض عليه أن يحمي الطرفين المتبرع والمريض على حد سواء، وليس له أن يدعي التعرض لضغط أخلاقي أو أدبي ولدته ضرورة إنقاذ شخص مريض على حساب صحة شخص سليم، ولا يهم في هذا المقام أن تثار بساطة التضحية من جانب المتبرع وضخامة الفائدة من جانب الم ريض، كما أن الوضع الطبيعي هو أن الطبيب حين يمارس مهنة الطب إنما يمارسها بقدر من حرية التفكير والاختيار يمكنه من اتخاذ القرار المناسب بالنسبة للحالة المعروضة عليه بما لا يدع مجالا للشك بوقوعه في حالة خطر محدق على نفس غيره[٤].

---

[١]- **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص ٣٩-٤٢.

[٢]- **د. مأمون عبد الكريم:** المرجع السابق، ص ٤٢٥- ٤٢٦

[٣]- **ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الفقهي** الذي يرى أن حالة الضرورة هي أقرب إلى أسباب الإباحة منه إلى موانع المسئولية في المجال الطبي، لأن عمل الطبيب يحتاج إلى حرية كاملة لأداء عمله، والقول بأنه معرض للمسئولية يحد من هذه الحرية. **د. طارق سرور:** نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٤٨.

[٤]- **د. علي محمد بيومي:** أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، المرجع السابق، ص١٣.

٢- أنه وإن كان صحيحاً أن حالة الضرورة قد تتوافر بشروطها في جانب المريض، إلا أنها لا تجد لها تطبيقاً بالنسبة للمنقول منه العضو، وذلك لكونه شخص سليم ولا يتهدده أي خطر، وبالتالي فإن حالة الضرورة لا تغطي أطراف عملية نقل وزرع الأعضاء جميعهم بل أنها تنطبق على طرف واحد فقط وهو الشخص المريض( المتلقي)، وعلى ذلك لا يمكن للطبيب التعلل بهذه النظرية لدرء المسئولية عن نفسه إزاء المتبرع الذي وقع عليه ضرر تمثل في نقص تكامله الجسماني واستئصال جزء من أجزاء جسمه دون مسوغ قانوني[١].

٣- إن من شروط حالة الضرورة أن يكون الخطر حالاً ومحدقاً ولا توجد وسيلة أخرى يمكن عن طريقها دفع هذا الخطر وهذا الشرط لا يمكن القول بتوافره في بعض عمليات نقل وزرع الأعضاء وبصفة خاصة في عمليات زراعة الكلى، إذ نجد أن مريض الفشل الكلوي وإن كان مهدداً بخطر جسيم وحال بالفعل إلا أن ذاك وسيلة أخري يمكن اللجوء إليها وهي عملية الغسيل الكلوي[٢]، ومن ثم لا توجد حالة الضرورة لوجود البديل، وكذلك في مجال نقل

---

[١] – **د. أحمد شوقي أبة خطوة:** القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص٤٣. **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص١٥٣. **د. إدريس عبد الجواد:** المرجع السابق، ص ٧٤.

[٢] – **الحكم الصادر من محكمة جنايات القاهرة** في الجناية رقم ١٤١٣ لسنة ٢٠١٧ قسم التجمع الخامس والمقيدة برقم ٣٥١ لسنة ٢٠١٧ حصر جنايات القاهرة الجديدة والمحكوم فيها بجلسة ٢٠١٨/٧/١٢. والذي قضت فيه: أن حالة الضرورة غير متوفره ذلك أن الخطر الذي حاق بالمنقول إليهم والمتمثل في أصابتهم بأمراض لحقت بعضو الكلي لا يعد من قبيل الخطر الحال، إذ أن عنصر المتطلب لقيام الخطر الجسيم منتفي وغير متوافر في جميع الحالات التي حضرت لزرع الكلي سواء ما تم الزرع له أو التي تم تحضيرها لنقل الكلي إليها حيث أن المرضي المذكورين والواردة أسمائهم بأمر الاحالة وسائر أوراق الدعوي وضمنها هذا الحكم عندهم الوقت الكافي لمجابهه هذا المرض ولا يوجد ما يضطرهم علي اتيان فعلهم الإجرامي إذ أن الثابت أن المنقول إليهم وباقي المرضي خططوا لذلك... مما ينفي حالة الضرورة، ثم أن قانون تنظيم وزرع الأعضاء البشرية نظم آلية محددة ووسيلة معينة لدفع حالة الضرورة الناجمة عن المرض عن طريق النقل من جسم إنسان آخر في حالة كون ذلك الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا المرض إذ نص في الفقرة الأولي من المادة الثانية علي أنه : لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زراعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة المتلقي أو علاجة من مرض جسيم وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدةلمواجهة هذه الضرورة، والا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم علي حياتة أو صحته، أي أن الضابطتين لجواز النقل وفقاً للقانون تتمثل في حالة الضرورة القائمة علي الخطر الجسيم الحال كذلك وكون ذلك الوسيلة الوحيدة لدفع ذلك ولا يعرض المتبرع لخطر جسيم علي حياته والتي بتوافرها نظم القانون إجراءات محدده لا يجوز الاخلال بها أو عدم الإلتزام بها، ومنها أن يكون ذلك علي سبيل التبرع وحظر التبرع علي سبيل البيع والشراء وبإجراءات محددة تضمن سلامة المرضي الصادر منه التبرع وبموافقة اللجنتين المختصتين المبينتين بالقانون ( اللجنة الثلاثية واللجنه العليا لزرع الأعضاء) وأن يكون ذلك في أحد المستشفيات المرخص لها والتي تتوافر بها الادوات والآلات الطبية الحديثة التي

القرنية فحالة الضرورة تفترض بذاتها وجود قيمة حقيقية مهددة بخطر وشيك الوقوع فلا يترتب على عدم نقل القرنية هلاك المريض.

٤- أن عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تخلو من المخاطر، وليس من المؤكد أن الحسابات التي يقوم بها الطبيب للموازنة بين النفع والضرر صحيحة ومؤكدة، فهناك احتمال للخطأ بمعنى أن نجاح نقل العضو ليس مؤكداً دائماً وبالتالي لا يمكن تقبل تدخل الطبيب لتجنب خطر حال خاصة وأن عمليات نقل الأعضاء تواجه مشكلة رفض الجسم الغريب.

٥- أن إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بناء على حالة الضرورة اهدر لحماية الحق في سلامة الجسم، حيث يصبح حين ذاك استئصال أعضاء الناس جبراً خصوصاً وأن رضا المتبرع ليس عنصراً في حالة الضرورة، وإنما هو شرط يَمكن الطبيب من استخدامه والتعلل بها لذلك فإنه لا يتصور أن نُنزل فعل الطبيب الذي يقوم بانتزاع كلية من شخص سليم على سبيل المثال منزلة فعل رجل الإطفاء الذي يهدم حائطاً لإنقاذ من يتهدده خطر الحريق[١].

فهذه النظرية تجاهلت إرادة المتبرع بالعضو كونها ترتكز فقط على حالة الضرورة، ولا تشترط الحصول على رضا المتبرع، وهذا يتعارض مع حق الإنسان في قبول أو رفض المساس بجسمه. ومن ثم، فإن حالة الضرورة لا تتوافر في كافة حالات نقل الأعضاء، وهو ما يجعلها غير صالحة

---

تضمن سلامة المنقول منه والمنقول إلية، كما حظر النقل فيما بين المصريين واجانب سوى بين الزوجين والوالدين والابناء أو بين الاجانب من جنسية واحدة بناء علي طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذه القانون، وحتي لا يتحول المصري الي سلعة تباع وتشتري لمن يدفع أو يملك أموالاً أكثر، ومن ثم لا يجوز أن يتخلص الأجنبي من آلام المرض بأن يسلب للمواطن المصري أعضائه حيث أستلزم القانون المصري ضوابط محدده لدفع الخطر الذي يحيق به من المرض الجسيم ولا يجوز معها التزرع بحالة الضرورة لدفعها إذ لا يمكن الارتكان الي تلك الحالة للفكاك من أحكام القانون والا أضحي القانون لغواً تنزه الشارع عنه حيث أن مناط اللجوء إلي النقل وزرع الأعضاء البشرية بدائة هو وجود حالة ضرورة تتمثل في عنصر الخطر وهو المرض الجسيم الذي يخشي معه حياة المنقول الية فضلاً عن وجوب أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المرض والتناسب من عدم تعريض المتبرع لخطر يهدده وهذه الشروط ولا ريب هي اركان حالة الضرورة، فالمشرع اشترط توافرها واستلزم بعد توافرها أن يكون دفعها في شكل محدد وهو التبرع وفق ضوابط محدده نظمها القانون بما يتعين معه الالتزام بها ولا يجوز التعويل علي حالة الضرورة في الفكاك من تلك الضوابط التي استلزمها القانون إذ أنها شرطاً للجوء إلي تلك الآلية وليست وسيلة للهروب من تلك الضوابط فلا يستقيم الحال بدفع حالة الضرورة الا بالية معينة وبضوابط مستحكمة وأسس مسترعاه نظمها ذلك القانون بما لا يمكن معه اعمال أثر حالة الضرورة.

[١] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٧١.

كأساس لمشروعية التدخل الطبي في هذا المجال، إذ يجب أن يكون لهذا الأساس صفة العمومية بحيث يصلح ليواجه مختلف الحالات وعدم الاقتصار على بعضها فقط[١].

## الفرع الثالث

## نظرية المصلحة الاجتماعية

ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية يقوم علي أساس فكرة لمصلحة الاجتماعية، ولبيان مدي صلاحيتها لإصباغ صفة المشروعية علي هذا النوع من الممارسات الطبية علي جسم الإنسان سوف نتناول مضمون هذه النظرية، ثم نتعرض لتقديرها علي ضوء ما خلصت إلية من نتائج.

**أولاً: مضمون نظرية المصلحة الإجتماعية:**

تقوم هذه النظرية على فكرة أساسية مضمونها أن الحق في الحياة وسلامة الجسم من الحقوق التي يعترف بها القانون لكل فرد، ومن مصلحة الفرد أن يحتفظ بسلامة جسمه وأن يتحرر من الآلام البدنية وأن تؤدي أعضاؤه وظائفها أداء طبيعياً، وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لأحد وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم وهو ما يجرمة القانون[٢].

والحق في سلامة الجسم لدى أنصار هذه النظرية يتنازعه اعتبارين:

**الاعتبار الأول:** الجانب الفردي لهذا الحق ويتمثل في كافة المصالح التي تعود على الفرد من خلال تكامله الجسدي.

**الاعتبار الثاني:** يتمثل في حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام كي يؤدوا الوظيفة الاجتماعية[٣]، ويعني ذلك أن عدد من المصالح التي يتضمنها هذا الحق هي للمجتمع، فلا يستطيع الفرد أن يحرمه منها إذ هو غير ذي صفة في ذلك، فإن تصرف في هذا الحق يعتبر تصرف فيما لا يملك، بمعنى آخر إذا كان للفرد حق التصرف فيما يتعلق بالجانب الفردي إلا أنه لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إذا كان هذا التصرف يتضمنه مساساً بالوظيفة الاجتماعية للجسم[٤].

---

[١] – **د. إيهاب يسر أنور**: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه– كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ٤٦٢.

[٢] – **د. أحمد شوقي أبة خطوة**: القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص ٤٤.

[٣] – **د. خالد مصطفي فهمي**: المرجع السابق، ص ١٥٨.

[٤] – **د. محمد سعد خليفة**: الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١١٨– ١١٩.

والصفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم لا تجرده من أصله الفردي، إذ أن الفرد صاحب مصلحة مباشرة في سلامة جسمه فيهمه كل المصالح المرتبطة بهذه السلامة ويحرص على المحافظة عليها. كما أن المجتمع لا يعنيه من هذه المصالح بالقدر الذي يمثل أهمية اجتماعية فحق المجتمع لا يعدو أن يكون حق ارتفاق على سلامة جسم الفرد[١].

إذا كان الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم يهدف إلى تكامل الأفراد والرقي بالمجتمع كوحدة واحدة فإنه يجب النظر دائما إلى المحصلة النهائية لسلامة الأفراد ككل من غير التعويل على تقييم كل فرد على حدة[٢]، فالمعيار إذن هو الحاصل النهائي للمصلحة الاجتماعية وما تؤديه للمجتمع بشكل عام[٣]. وعلى ذلك فإن أي اعتداء يمس سلامة الجس ويؤدي إلى عدم قدرة الفرد على القيام بأداء وظيفته الاجتماعية يعد إهداراً لارتفاقات المجتمع، حتى ولو كان برضا المجني عليه، فإن هذا الرضا لا يكون له أية قيمة قانونية في إباحة الفعل لأنه غير ذي صفة إذ يتصرف في ارتفاق مقرر للمجتمع، فيظل حق المجتمع قائما ويظل هذا الاعتداء بالتالي خاضعا للتجريم، أما إذا تجاوزنا هذه الحدود فيتحرر الحق في سلامة الجسم من هذا الارتفاق، فلا يخضع فعل الاعتداء لتجريم القانون، إلا إذا كان بغير رضا المجني عليه، وبناء على ذلك فإن رضا المجني عليه بأي اعتداء لا يؤدي إلى الانتقاص من صلاحيته لأداء الوظيفة الاجتماعية يكون له أثر في إباحة الفعل.

وبتطبيق نظرية المصلحة الاجتماعية على نقل الأعضاء البشرية نجد أن رضا المتبرع سوف تكون له قيمة قانونية تبيح نقل عضو من أعضائه إذا كانت المحصلة التي سوف تنتجها عملية استئصال العضو وزراعته أكبر من حاصل المنفعة الاجتماعية قبل إجراء هذه العملية. فالذي يهم المجتمع هو الحصول على مجموع المنفعة ومتى تحقق له ذلك فإن الأطراف يكون لها حرية التصرف، وهذا يعني أنه إذا كان التصرف لا يستهدف الانتقاص من الارتفاق المقرر للمجتمع على الجسم، بل يستهدف الزيادة في المجموع النهائي للمنفعة الاجتماعية فإنه لا مفر من الاعتراف للشخص بسلطة التصرف في جسمه[٤].

---

[١] – **د. أحمد شوقي أبة خطوة:** المرجع السابق، ص ٤٤.

[2] – **Robert Jacques, Duffar Jean:** Droits de l'homme et libertés fondamentales, 7e édition, Montchrestien, Paris, 1999, pp 361, 365.

[٣] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٧١.

[٤] – **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٥. **د. أحمد شوقي أبة خطوة:** المرجع السابق، ص ٤٨.

وبناء على ذلك فإذا كان استئصال أحد الأعضاء البشرية لا يترتب عليه تهديد للوظيفة الاجتماعية للجسم أو يترتب عليه مساس محدود فإنه لا مانع من الاستئصال لأن هذا الفعل يترتب عليه زيادة المنافع الاجتماعية، وذلك بإنقاذ حياة شخص كان سيفقده المجتمع ولمعرفة ذلك يجب أن ننظر إلى مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع وذلك على مستوى شخصين وليس شخص واحد[١].

ومن ثم، فرغم تعرض جسم المتبرع لعاهة مستديمة من جراء استئصال أحد أعضائه إلا أن ذلك يبقى مقبولاً مقارنة بالنفع الكبير الذي استفاد منه المريض المستقبل للعضو وهو النجاة من الموت[٢].

كما يعتبر أصحاب هذا الاتجاه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فعلاً يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية فهو تصرف اجتماعي يعد تعبيراً صادقاً عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع. والمقصود بالتكافل الاجتماعي مساعدة أفراد المجتمع لبعضهم البعض، كلاً بقدر إمكانياته واستطاعته، وكلما قويت روابط التضامن بين الأفراد كلما زادت قوة ذلك المجتمع في التصدي لكل ما يهدد أمنه وإستقراره[٣]. وبإستعراض ما تقدم حول معيار المصلحة الاجتماعية يتضح بأنه يحمل بين طياته مبدأً أساسياً مضمونه أن الفرد جزء من المجتمع وعليه أعباء تجاه مجتمعه وأي عمل ينقص من قدراته على القيام بمثل هذه الأعباء يعد خروجاً عن المصلحة العامة.

يُستخلص مما سبق أنه إذا كانت المحصلة النهائية لاستئصال عضو من جسم المتبرع لزرعه في جسم المريض هي حماية مصلحة اجتماعية، فإن المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع يكون مباحاً قانوناً، فالفرد يستطيع أن يتصرف في أحد أعضائه ما دام أن للمتبرع يكون مباحاً قانوناً، فالفرد يستطيع في أحد أعضاءه مادام أن ذلك لا يترتب عنه إنقاص من صلاحياته لأداء وظيفته الاجتماعية. وأن كان هذا لا يعني أن المتبرع بالعضو لا تلحقة أية أضرار في صحته العامة، إلا أن هذه الأضرار سوف يقابلها زيادة أكبر في السلامة الجسمانية للمتلقي، وهذا يعني أن المحصلة النهائية للمنفعة الاجتماعية لطرفي العملية سوف تكون أكبر لو احتفظ المتبرع بكامل صحته، وظل في المقابل المريض عاجزاً عن أداء وظيفته الاجتماعية.

---

[١] – **د. إيهاب يسر أنور**: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص٤٦٦. **د. محمد سعد خليفة**: الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١١٩.

[٢] – **د. عصام أحمد محمد**: النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دراسة مقارنة، المجلد الثاني، دار الفكر والقانون، المنصورة ، ٢٠٠٨، ص ١٠٦٢. **د. حسام الدين الأهواني**: المرجع السابق، ص ٤٣.

[٣] – **د. مأمون عبد الكريم**: رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص ٤٢٤– ٤٢٥.

**ثانياً: تقدير نظرية المصلحة الإجتماعية:**

الفرق واضح بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية[1]، ويذهب الفقة الفرنسي إلي أن الأصل هو عدم جواز التصرف في جسم الإنسان وحالة الضرورة هي التي ترفع صفة الخطأ عن السلوك الذي ارتكبه الشخص. أما أصحاب الاتجاه الثاني فهو يبيح للشخص التصرف في جسمه طالما أن ذلك لا يمس ارتفاق المجتمع على الجسم، حيث يكون حاصل المنفعة الاجتماعية بعد الزرع أكبر منه من قبلها، فالإباحة تقوم على أساس رضا المجني عليه في المجال الذي يعترف به بفعالية الرضا بشرط الموازنة بين المنافع الاجتماعية، إلا أن هناك اتفاق بين النظريتين حول نقطة أساسية تتمثل في فكرة الموازنة بين المصالح والأضرار، فحالة الضرورة تقوم على فكرة الموازنة بين الضرر المسبب والضرر المتفادي، أما نظرية المصلحة الاجتماعية تقوم علي فكرة الموازنة بين المنافع الإجتماعية[2].

وعلى الرغم من اجتهاد أنصار نظرية المصلحة الاجتماعية في إيجاد الحجج المنطقية والتمسك بالقيم الإنسانية وفكرة التكافل الاجتماعي لإثبات سلامة منطقهم، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات، والتي يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

١- إن معيار المصلحة الاجتماعية معيار غامض ومطاط، كما أنه لا يوجد معيار فاصل بين جوانب الحق في سلامة الجسم التي تكون محلاً لارتفاق المجتمع وتلك التي تكون محلاً لحق الفرد[3]، فمتى ينتهي حق المجتمع، حتى يبدأ حق الفرد، وما هو المعيار الذي يفصل بين ما يعتبر حقا للمجتمع وما يعتبر حقاً للفرد؟.

---

[1] – **يذهب البعض من الفقة** إلي أن فكرة المصلحة الاجتماعية تتميز بعدة مزا يا تفتقر إليها أي من النظريات السابقة لعدة أسباب منها:

– أن المصلحة الاجتماعية تصلح أساسا لمشروعية بعض الأعمال الطبية التي لا يتوافر فيها شرط قصد الشفاء أو
العلاج.

– تفرض على الجميع واجب احترام القوانين واللوائح السائدة في المجتمع.

– تفرض المصلحة الاجتماعية على الكافة واجبا عاما يخلص في مراعاة احترام حق الإنسان في الحياة وفي التعبير عن إرادته. **راجع. أسامة قايد:** المسئولية الجنائية للأطباء–، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص١٤١–١٤٢.

[2] – **راجع في المقارنة بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية. د حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٨–٦٠.

[3] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١١٩. **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص١٥٣.

٢- أن معيار المصلحة الاجتماعية يصعب اعتباره معياراً منضبطاً، ذلك أن القول بأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تحقق المصلحة الاجتماعية يبدو أمراً غير مفهوم وغير دقيق[١]، إذ أنه إن كان صحيحاً أن عملية زرع العضو سوف تعود بالمنفعة على المريض( المتلقي) وترفع من كفاءة أداء جسمه لوظائفه، وبالتالي سوف تزيد من العائد الاجتماعي المنتظر منه، إلا أن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة للمتبرع الذي لن يجني أية فائدة من جراء تنازله عن جزء من جسمه، بل بالعكس سوف يلحقه ضرر وانتقاص في سلامته الجسمانية وبالتالي انخفاض ملموس في أدائه.

٣- يمكن أن يترتب عن نظرية المصلحة الاجتماعية آثار خطيرة، والتي تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، وقد تؤدي إلى هدر الحقوق الفردية خاصة في الأنظمة الغير ديمقراطية[٢].

٤- أن الأخذ بمعيار المصلحة الاجتماعية في مجال نقل الأعضاء سوف يؤدي إلي نتائج ربما تتناقض وبعض القيم الإنسانية وذلك لأن الموازنة في هذا الصدد سوف يكون مناطها دائما الفائدة والمنفعة التي سوف تعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية الإنسانية، وهذا ما يعني أن تقدير المنفعة سوف يكون منوطاً دائماً بالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز علمي أو قيادي، بحيث يصبح تنازل عالم معين عن أحد أعضائه لعامل بسيط مثلا أمراً لا ينطوي على أية فائدة اجتماعية، أما في الحالة العكسية فاستئصال جزء من جسم صاحب مهنة متواضعة لمصلحة أحد العلماء سوف تحقق فائدة ومنفعة اجتماعية كبيرة، ولاشك أن هذه الحسابات سوف تتجاوز البعد الإنساني وتطغى عليه تحت ستار المصلحة العامة[٣].

٥- نظرية المصلحة الاجتماعية[٤]، تقوم على فكرة حساب الاحتمالات، وهذه لا تخلو من مخاطر فليس من المؤكد أن الحسابات التي يقوم بها الطبيب للموازنة بين مجموع المنافع قبل وبعد العملية صحيحة فهناك احتمال للخطأ[١].

---

[١] – **د. ميرفت منصور حسن:** التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص٢٨٥.

[٢] – **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص٤٣١.

[٣] – **د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص٧٩-٨٠.

[٤] – **ويري بعض الفقة:** أن نظرية الضرورة هي الأجدر بالتأييد لأن الإنسان في حد ذاته قيمة يجب الحفاظ عليها ولا يجوز أن تخضع قيمته لمركز اجتماعي أو علمي، وأن نظرية الضرورة تضع حدوداً معقولة لعمليات نقل

٦- أن نظرية المصلحة الاجتماعية تحمل في طياتها بذور ما يمكن تسميته الشيوع في الصحة، إذ نأخذ جزء من صحة فرد معين في المجتمع ونضيفه إلي إلي صحة فرد آخر بحجة أن الحصيلة النهائية اجتماعياً إيجابية.

لذلك يؤكد البعض على ضرورة التفرقة بين معيار المصلحة الاجتماعية وفكرة التضامن الإنساني التي يجب أن تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهي فكرة أعم وأشمل وترتكز على أسس إنسانية وعلى ما لدى كل فرد من روح التعاون والتكافل الإنساني، وتحقق في الوقت نفسه النفع الاجتماعي المنشود، واشتراط الرضا من جانب المتبرع يؤكد على عدم إغفال الجانب الشخصي وضرورة أن يكون التنازل قد تم عن قناعة وروح عالية من جانبه[٢]. إلا أن هذه البدائل التي يقترحها جانب من الفقه كمحاولة لتوطيد أركان نظرية المصلحة الاجتماعية تبدو في مجملها مجرد مترادفات لفظية ليس من شأنها تغيير وجه المسألة، بل بالعكس ربما زادت الأمر غموضاً، فالتضامن الإنساني والتكافل الاجتماعي والتعاون وروح الجماعة تبدو كلها أوجه عديدة لعملة واحدة ألا وهي المصلحة الاجتماعية[٣].

ومن ثم، فرغم أهمية مبدأ التكافل أو التضامن الاجتماعي إلا أنه لا يكفي لاعتباره سنداً لمشروعية عمليات نقل الأعضاء، لأن هذه العمليات تنطوي على خطورة تختلف من حالة إلى أخرى وفيها مساس بالسلامة الجسدية للفرد والأصل في أغلبية الأنظمة القانونية هو عدم جواز المساس بسلامة الجسم، لأن في ذلك اعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة بالرعاية[٤].

---

الأعضاء، ومن ثم، فإن فكرة الضرورة أوضح وأكثر انضباطاً من فكرة المصلحة الاجتماعية. **د حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٦٠.

[١] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١٢٠.

[٢] – **د. إدريس عبد الجواد:** المرجع السابق، ص٨٠.

[٣] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٨٤.

[٤] – **د. إيهاب يسر أنور:** المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص ٤٦٨. **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

## المطلب الثاني

## التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أثراً للتطور الذي عاصر عمليات نقل الأعضاء البشرية، كان لزاماً علي التشريعات إلا تقف موقفاً سلبياً تجاه ذلك، وتتخلف عن ركب التطور الطبي الحاصل، إلا أن هذه المعالجة لم تكن علي وتيرة واحدة بحيث ذهبت بعض التشريعات إلي إباحة نقل الأعضاء البشرية بشكل عام، دون تحديد لنوع الأعضاء التي يجوز نقلها، في حيث ذهبت تشريعات أخري إلي معالجة جزئية، فأجازت نقل أنواع محددة من الأعضاء وكانت التشريعات الأجنبية هي السباقة إلي تنظيم مثل هذه العمليات، وهو أمراً أقضاه بطبيعة الحال التطور الطبي الذي شهدت هذه البلاد. كما أباحت التشريعات العربية نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتي، وذلك وفقاً للضوابط والشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية، في محاولة لمسايرة التطور الطبي الحاصل، وتوجب الدراسة للإحاطة بموضوعها تناول هذه الأسس سواء في التشريعات الأجنبية أو التشريعات المصري كنموذج للتشريعات العربية علي النحو الآتي:

### الفرع الأول

### التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء في التشريعات الأجنبية

رغم ما شهده علم القانون من طفرة تشريعية في الربع الأخير من القرن العشرين في مجال أخلاقيات العلوم الإحيائية بوجه عام، وعمليات نقل الأعضاء بوجه خاص، إلا أن أياً من هذه التشريعات التي تنظم هذه الممارسات لم يرد في طياتها ما يمكن اعتباره معياراً واضحاً محدداً لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية[1]، وسوف نستعرض أهم التشريعات التي تولت التنظيم التشريعي لهذه العمليات وخاصة في فرنسا باعتبارها كانت من التشريعات التي لها السبق في هذا المجال، ثم التشريع الألماني والسويسري ثم نتناول موقف التشريع الأنجليزي والأمريكي علي النحو الآتي:

**أولاً: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي:**

[1] – **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ١١٦.

إن أول قانون أصدره المشرع الفرنسي في مجال استئصال الأعضاء البشري بقصد زرعها هو القانون الصادر في ٧ يوليو ١٩٤٩ والمعروف بأسم قانون Lafay، وقد ركز هذا التشريع علي وجوب الحصول علي الموافقة الصريحة من الشخص المتوفي لإقتطاع القرنية[١].

وعند تناول مسألة تنظيم المشرع الفرنسي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب عرض هذا التطور التشريعي الذي حصل في هذا المجال، بمعني تناول هذا التطور منذ صدور القانون رقم ٧٦- ١١٨١ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٢٢ إلي صدور قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية في سنة ١٩٩٤[٢]، بالإضافة إلي التطور الذي حصل في هذا المجال عند تعديل هذه القوانين بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٦[٣].

**١- القانون رقم٧٦-١١٨١ الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢( قانون Caillavet ).**

تظهر أهمية هذا التشريع باعتباره أول تشريع ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة عامة، وهذا القانون دخل حيز التنفيذ بالمرسوم التنفيذي رقم ( ٧٨- ٥٠١) الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣١ وعند تناول قانون Caillavet يتضح أن المشرع الفرنسي ركز على الآتي:

- الهدف من هذه العمليات وهو الهدف العلاجي المباشر للمستفيد.
- أن المشرع الفرنسي اشترط ضرورة صدور الرضا من المتبرع في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء[٤].

ومن ثم، فأن المشرع الفرنسي في هذا القانون يتطلب توافر المصلحة العلاجية من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وذلك بقصد تجنيب هذه العمليات الدخول في دائرة الاتجار ولا يمكن

---

[1]- **Hennette –Vauchez Stéphanie:** Disposer de soi?: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004, p. 200. **Pauvert Bertrand:** Le droit des éléments et produits du corps-ou les enjeux d'une reification silencieuse-", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011 pp. 14- 15.

[2]- **Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain: etude prospective à partir du modèle français, thèse en vue de l'obtention du Doctorat de l'Université de Toulouse, op. cit, pp 129, 141. .

[3]- **Binet Jean-René**: Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis, Paris, 2005, pp. 33- 51. **Elshouo Stéphane**: L'essentiel du droit de la santé et droit médical, éditions Ellipses, Paris, 2010, pp. 116- 118. **Anne Mathieu, Bertrand Tabuteau**: Droit de la santé. Paris, Presses universitaires de France, 2012, p. 728.

[4] - **Pauvert Bertrand**: "Le droit des éléments et produits du corps-ou les enjeux d'une reification silencieuse", op. cit, pp. 15- 16. **Bellivier Florence, Christine Contrats et vivant**: le droit de la circulation des ressources biologiques. Paris, LGDJ, 2006, p. 321.

بأي حال اعتبار ذلك أساساً لمشروعية هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان[١].

وقد فرق المشرع وفق ما نص علية القانون رقم ٧٦- ١١٨١ من أحكام تتعلق برضا المتبرع سواء كان بالغاً أو قاصراً:

- فإذا كان المتبرع كامل الأهلية، فإنه لا يمكن إجراء عمليات اقتطاع أحد أعضاؤه من حيث المبدأ إلا بعد أن يبدي موافقته النابعة من رضاءه الحر والمستنير.
- أما بالنسبة للقاصر، فقد أشترط المشرع الفرنسي ضرورة توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون المتبرع شقيق أو شقيقة المتبرع ويتعلق الأمر بعلاجة.

٢- موافقة ممثلة القانوني.

٣- أن تكون هذه الموافقة محل تقييم من طرف لجنة من الخبراء.

ثم يذهب المشرع الفرنسي بفاعلية الرضا إلى أقصى مدى لها، إذ يجعل من رفض القاصر حائلاً دون إجراء العملية. وعليه يمكن القول بأن رضا المتبرع يعد الأساس القانوني الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون Caillavet لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء.

نشير إلى أن المشرع الفرنسي في القانون رقم ( ٧٦- ١١٨١) لم يحدد المقصود بمصطلح العضو البشري، كما أن نصوص هذا القانون تناولت عمليات نقل الأعضاء دون تحديد لعضو معين[٢]، غير أن الأعمال التحضيرية أشارت بوضوح إلى أن هذا القانون قد تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى، وذلك لنجاح هذا النوع من العمليات، كما يلاحظ أن هذا القانون لم يذكر كلمة "Organes " إلا في عنوانه فقط[٣].

**٢- قوانين ١٩٩٤/٧/٢٩ المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية.**

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ( ٩٤- ٦٥٣ ) بتاريخ ١٩٩٤/٧/٢٩ المتعلق باحترام جسم الإنسان، وهذا القانون ضمن القانون المدني الفرنسي معظم النصوص المحددة للمبادئ العامة التي تضمن احترام جسم الإنسان، كما أن هذا القانون تضمن عقوبات في هذا

---

[١]- **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص٨٦. **د. إدريس عبد الجواد:** الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص١٠٢.

[2]- **Le Gros Berengère**: Droit de la bioéthique, éditions les études hospitalière, 2013, pp 194 - 195.

[٣]- **د. محمد صلاح الدين إبراهيم:** حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتجريم، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص١٦٦.

المجال[1]. كما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ( ٩٤- ٦٥٤) المتعلق باستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب[2]. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وضع نظاماً تشريعياً يتضمن عدة مبادئ تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأخلاقيات العلوم الإحيائية[3].

ومن المبادئ القانونية والأخلاقية التي كرستها القوانين المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية لسنة ١٩٩٤ مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا بناء على الرضا الحر والمستنير للشخص وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للشخص نفسه أو للغير[4]، وكذا مبدأ عدم مالية جسم الإنسان، وقد نصت المادة ١/١٦ أن لكل فرد حق في احترام جسمه ولجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشرى وعناصره لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي فهذه المادة تعتبر إعلاناً حقيقياً عن فلسفة المشرع الفرنسي التي ترمي إلى منع كل تعدٍ على كرامة الإنسان وضمان احترام الكائن البشرى من لحظة ميلاده[5].

وقد دعم المشرع الفرنسي مبدأ عدم مالية جسم الإنسان بمبدأ السرية بين المتبرع والمستفيد[6]، والذي يقضي بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي، بحيث أن المتبرع لا يمكن له معرفة هوية

---

[1]- Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF du 30 Juillet 1994, p. 11060.

[2]- Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatale, JORF du 30 Juillet 1994, p. 11060.

[3]- **Binet Jean-René, Leonetti Jean:** La réforme de la loi bioéthique: commentaire et analyse de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Paris, LexisNexis, 2012, p. 175. **Gaumont-Prat, Hélène Mélanges en l'honneur de Jean Michaud**: droit et bioéthique. Bordeaux, Les études hospitalières, 2012, p. 573. **Hennette-Vauchez: Stéphani**e: Le droit de la bioéthique. Paris, La Découverte, 2009, p. 125. **Gobert Michelle**: Médecine bioéthique et droit: questions choisies. Paris, Economica, 1999, p. 387. **Descamps, Philippe**: Le sacre de l'espèce humaine, le droit au risque de la bioéthique. Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 434.

[4]- **Manai, D.:** Les droits du patient face à la biomédecine, Berne, Stämpfli, 2006, p. 455.

[5]- **Binet Jean-René, Leonetti Jean:** La réforme de la loi bioéthique: commentaire et analyse de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Op.Cit, p. 176. **Gaumont-Prat, Hélène Mélanges en l'honneur de Jean Michaud**: droit et bioéthique. Bordeaux, Les études hospitalières, 2012, p. 573. **Jean-Manuel, Larralde:** La libre disposition de son corps: actes du colloque de Caen, les 16 et 17 octobre 2008. Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 356.

[6]- **Rage Andrieu Virginie**: **Rage Andrieu Virginie**: "La marchandisation des produits du corps humain: L'exigence éthique de renforcement des principes fondamentaux par un régime spécial", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, pp. 49, 64. **Carbillak Rémy**: Le corps humain, op.cit, p. 214 et s.

المتلقي وكذلك بالنسبة للمتلقي لا يمكن له معرفة المتبرع، ولا يمكن أن تعطى أية معلومات شخصية تخص المتبرع أو المتلقي[١].

ومبدأ السرية L'anonymat في مجال التبرع بعناصر جسم الإنسان ومنتجاته كرسته المادة (١٦-٨) من القانون المدني الفرنسي، وأكدته المادة ( ١٢١١-٥ L ) من قانون الصحة العامة، وتكريس المشرع الفرنسي لمبدأ السرية في قوانين العلوم الإحيائية يهدف إلى منع أي ضغط يمكن أن يمارس على المتبرع كما أن هذا المبدأ يلعب دور وقائي في درء شبهة الاتجار بالأعضاء البشرية[٢].

وفيما يتعلق بالإعلانات التجارية الداعية إلى التبرع بالأعضاء البشرية، فقد أورد قانون الصحة العامة نص يحظر القيام بمثل هذه الإعلانات سواء أكانت الدعوة للتبرع موجهة لمصلحة فرد أو لأحد المؤسسات أو الهيئات العاملة في هذا المجال، نظراً لما تؤدي إليه هذه الإعلانات من إهدار لكرامة الإنسان، فمنع المشرع الفرنسي مثل هذه الإعلانات بموجب نص المادة ( ١١٢١ -٣ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، ولضمان احترام مبدأ المجانية فإن المشرع الفرنسي حصر مجال التبرع بالأعضاء البشرية بين الأقارب فقط[٣].

ولم يكتفي المشرع الفرنسي بوضع المبادئ العامة التي تؤكد علي مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية وإتباع إستراتيجية وقائية في هذا المجال، بل فرض عقوبات جنائية رادعة علي نحو ما نصت علية المادة ( ٢/٥١٢) من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت علي عقوبة السجن لمدة سبع سنوات وغرامة ١٠٠,٠٠٠ يورو علي فعل الحصول علي الأعضاء البشرية بمقابل مادي مهما كانت صورته.

ومن ناحية أخري، فقد ضيق المشرع الفرنسي في تشريعات العلوم الإحيائية الصادرة في ١٩٩٤ في مجال الاقتطاع من جسم القاصر التي جاءت بعدة أحكام تضمن تحقيق حماية كبيرة وواسعة النطاق للقصر ومن كان في حكمهم[٤]، وذلك خلافاً لقانون نقل الأعضاء( ٧٦- ١١٨١)

---

[1]– **Al-Kandari Fayez**: "Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien", revue de la recherche juridique, N° 1, 2004, p. 44.

[2]– **Carbillak Rémy**: Le corps humain, op.cit, p. 218 et s

[3]– **Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain, Op. Cit, p 103. et s.

[4]–**Benchaabane Hanifa**: Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant: D'un point de vue juridique, en droit algérien et en droit français, R.A.S.J.E.P, N° 3, 1999, p. 72.

الصادر في ٢٢/١٢/[1]، فالمشرع الفرنسي كرس مبدأ حظر نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ في نص المادة ( ٢- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة[2]، والاستثناء الوحيد الذي أورده المشرع الفرنسي يتمثل في إباحة اقتطاع الخلايا المسئولة عن إنتاج خلايا الدم على مستوى النخاع العظمي (Moelle osseuse) [3]، وهذا في غياب وسيلة علاجية أخرى على أن يكون ذلك لصالح الأخ أو الأخت، وبعض الأقارب على سبيل الأستثناء، وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( ٣- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي[4]، وفي جميع الحالات لابد من موافقة الوالدين أو الممثل القانوني أمام القاضي بالإضافة لموافقة لجنة الخبراء (Le comité d'experts) المشار إليها في نص المادة ( ٣- L١٢٣١ ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، وفي حالة رفض القاصر فإن ذلك يعد حائلاً دون إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية، وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( ٣- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، فالقاصر يملك حق الاعتراض[5].

وأكد جانب من الفقه في هذا الصدد على أن هذه القوانين تعمل على تحقيق عدة أهداف منها: إبعاد عمليات نقل الأعضاء البشرية عن الصفقات التجارية غير الأخلاقية، وأن تتم في إطار

---

[1]- **Duvat –Arnould Domitille**: Le corps de l'enfant: Sous leregard du droit, Bibliotéque de droit privé, 1999, pp. 58 – 64. **Ponchon François**: Les prélèvements d'organes et de tissus humain, Berger – Levrault, 1997, pp. 37- 38. **Nefussy –Leroy Nathalie**: Organes humain, prélèvements, dons, transplantations, éditionop. Op.cit,, p 139 et s.

[2]-"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 majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale ". Art. L 1241-2 du code de la santé publiques.

[3]- **Binet Jean-Renne**: Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis, pp. 46- 47. **Ponchon François**: Les prélèvements d'organes, op.cit, p. 41.

[4]- Binet Jean-Renne: op.cit, p. 47.

[5]- **Benchaabane Hanifa**: op.cit, p 71. **Nefussy –Leroy Nathalie**: op. cit, p 148.

قانوني متكامل، تسهيل التعبير عن الرضا الحر والمتبصر الصادر من المتبرع، ضمان الأمن الصحي في مواجهة العدوى وانتقال الأمراض[١].

وأكد المشرع الفرنسي في هذه القوانين على ضرورة توافر رضا المتبرع والتعبير الصريح من جانبه عن موافقته على إجراء عملية الاقتطاع، فالرضا الصادر من المتبرع يعد العنصر الرئيسي في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وإصباغ صفة المشروعية عليها، ولعل الرخصة التي أعطاها المشرع الفرنسي للمتبرع والمتمثلة في مكنة الرجوع عن عمليات الاقتطاع وما يرتبه ذلك من أثر يتمثل في إلغاء أو عدم جواز إجراء العملية ولو توافرت كافة شروطها قرينة تؤكد على فعالية الرضا وكونه يشكل الأساس القانوني لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة ودائماً بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

وقد أخضع المشرع الفرنسي رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية، إذ يشترط المشرع الفرنسي بموجب المادة (L١٢٣١ ) الفقرة الأولي من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يكون الأعلان عن الرضا أمام رئيس محكمة عليا أو أمام قاضي معين من طرفه، بعد أن يتم إعلامه مسبقاً عن طريق لجنة الخبراء المنصوص عليها بالمادة (L١٢٣١ ) الفقرة الثالثة بالمخاطر التي يواجهها والتبعات المحتملة لعملية اقتطاع العضو منه، وفي حالة الاستعجال يحصل وكيل الجمهورية علي رضا المتبرع بكل الوسائل[٢]، ويراقب القاضي رضا المتبرع سواء تعلق الأمر بالتبرع بأعضاء متجددة أو أعضاء غير متجدده[٣]. والحكمة من إخضاع المشرع الفرنسي رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية وعدم الاكتفاء بدعم الموافقة بشهادة الشهود إنما يتمثل أولاً في ضرورة تأكد القاضي من وجود علاقة قرابة بين الشخص المتبرع والشخص المستفيد، ويتأكد كذلك القاضي من حقيقة وجدية رضا المتبرع وبأن رضاه حر ومستنير.

وقد أجري المشرع الفرنسي تعديلاً لقوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية بموجب القانون رقم ( ٢٠٠٤- ٨٠٠ ) المؤرخ ٦/ ٨ / ٢٠٠٤، ومن الأحكام التي يتضمنها هذا القانون في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء التوسيع في دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم بالتبرع بالأعضاء

---

[١]- **د. طارق سرور**: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص١٢٢. **د. خالد مصطفي فهمي**: النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٥.

[2]- **Carbillak Rémy**: "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux, 21ème édition, Dalloz, 2015, pp. 216-217. **Binet Jean-Renne:** Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis, op. cit, p. 38.

[3]- **Nefussy –Leroy Nathalie**: Organes humain, prélèvement, dons, transplantations, édition, ESKA, 1999, p. 89. **Al-Kandari Fayez**: "Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien", op. cit, pp. 448 – 449.

البشرية علي نحو ما نصت عليه المادة (١-L١٢٣١ ) من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٨١٤ لسنة ٢٠١١ والصادر بتاريخ ٢٠١١/٧/٧، حيث اشترط لنقل الأعضاء بين الأحياء أن تكون هناك علاقة قرابة بين المتبرع والمتلقي، واشترطت كقاعدة عامة أن يكون المتبرع له صفة الأب أو الأم بالنسبة للمتلقي، إلا أن المشرع سمح في نص هذه المادة وعلى سبيل الاستثناء اقتطاع الأعضاء إذا كان في ذلك مصلحة علاجية مباشرة للمستفيد من زوجه، إخوته أو أخواته، أبنائه أو بناته، جده أو جدته، عمه أو عمته، أولاد الأعمام والعمات وكذلك زوجة الأب وزوج الأم.

كما أجاز أن يكون المتبرع أي شخص يأتي بإثبات عن وجود حياة مشتركة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل. مع إرسائه في الوقت ذاته نظاماً له حدود معروفة للتغلب على المجالات المخالفة لقانون نقل الأعضاء البشرية، وسبب ذلك يرجع إلى أن نسبة عدد المتبرعين الأحياء قليلة جداً.

وأكد المشرع الفرنسي مرة أخرى على أن الغرض من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء هو الغرض العلاجي أو العلمي. أما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، فإن المشرع الفرنسي حدد الغرض من هذه العمليات إما لأغراض علاجية أو علمية وأضاف أغراض تشريح الجثة[١].

وقد قدر المشرع الفرنسي هذه العمليات خطورتها وأعتبرها مسألة وطنية[٢]، فحدد مكان إجرائها المستشفيات العامة، وهذه الضمانة أقرها المشرع بقصد توفير الإمكانيات الفنية والأخصائيين وهيئات التمريض وجميع الإمكانيات اللازمة، التي تسمح بإجراء هذه العمليات وفق الأصول الطبية وتسمح أيضاً بتوفير العناية التي يقتضيها إجراء هذه العمليات.

ومن ناحية أخري مراقبة العملية والتأكد من إجرائها وفق النسق القانوني المحدد لخطورتها ودورها في إنقاذ المرضي المهددة حياتهم بالخطر[٣]، وهو ما نص علي المشرع الفرنسي بالمادة

---

[1]- **Legros Bérengère**: Droit de la bioéthique. Bordeaux, Les études hospitalières, 2013, p. 34. **Eric Martinez**: Terrier, Emmanuel Dix ans de lois de bioéthique en France: actes du colloque. Bordeaux, Les Études hospitalières, 2006, p. 230. **Terré François, Puigelier Catherine**: Réflexions sur la loi bioéthique: actes des entretiens tenus à l'Institut de France, le 21 mars 2011. Paris, Mare & Martin, 2012, p. 258. **Binet Jean-René**: Le nouveau droit de la bioéthique, op. cit, 2005, p. 38 et s

[2]- **Rage Andrieu Virginie**: "La marchandisation des produits du corps humain: op. cit, p. 55.

[3]- **Mathieu Bertrand**: La bioéthique, Dalloz, Paris, 2009, p. 109. **Pauvert Bertrand**: "Le droit des éléments et produits du corps-ou les enjeux d'une reification silencieuse", op. cit, p. 16.

( ١-١٢٣٣) من قانون الصحة العامة أن نقل الأعضاء على وجه التبرع لا يمكن إجرائها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من السلطة الإدارية بعد استطلاع رأي وكالة الطب الحيوي، وهذا الترخيص يمنح لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد[١]. وفرض المشرع الفرنسي في حالة الإخلال بشرط الحصول علي هذا الترخيص القانوني عقوبة الحبس لمدة سنين وغرامة ٣٠,٠٠٠ يورو[٢].

كما أشترط المشرع الفرنسي قبل عمليات نقل وزرع الأعضاء خضوع هذه العمليات لقواعد الضمان الصحي وخاصة فيما يتعلق بإختبار الأمراض المعدية وهو ما نص علية المشرع الفرنسي في المادة ( ٦-١٢١١ L ) من قانون الصحة الفرنسي[٣]. فيشترط في المتبرع وقت إجراء عملية استئصال العضو منه أن يكون خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية.

**ثانياً: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الألماني:**

**وفي ألمانيا**، يحدد قانون زرع الأعضاء (Transplantationsgesetz) الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٩٧ ، المعدل في عام ٢٠١٢[4]، شروط زرع الأعضاء والذي يهدف إلى تنفيذ مبادئ التوجيه الأوروبي بشأن التبرع بالأنسجة والخلايا، وفق ما نصت علية المادة الثامنة من قانون زرع الأعضاء علي وجوب تحقق الشروط الآتية:

١- أن يكون المتبرع بالغاً ومميزاً وأن تكون موافقته مجانية صادرة عن أرادة حرة.

٢- أن يخطر المتبرع بالمخاطر الفورية أو المستقبلية للعملية، وأن النقل قد يترتب عليه آثار خطيرة علي المتبرع مستقبلاً أن وجدت.

---

[1]- Les prélèvement d'organes en vue de don à des fines thérapeutique ne peuvent être pratiques que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable…» Art L 1233-1 code de la santé publiques.

[2]- Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvement de tissus ou des cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans établissements n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code. de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende ». Art 511-7 code pénal.

[3]- **Riai-Sebbag Emmanuelle, Thomas Agnés**: "La mort, le droit et le don d'organes pour la greffe", in DUGUET Anne-Marie, (sous la coordination), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, pp. 26, 27.

[٤]- **العنوان الكامل للقانون هو** " **قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة وإزالتها وزرعها**".
(Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben).

٣- أن زرع العضو هو السبيل الوحيد لوقاية المتبرع له من مرض يهدد حياته وأن النقل والزرع هو السبيل الوحيد.

٤- وجود صلة قرابة بين المتبرع والمترع له، وحددها المشرع بالقرابة من الدرجة الأولى أو الثانية من المتبرع أو الزوج أو الزوجة أو الخاطب أو المخطوبة أو أي شخص آخر له علاقة وثيقة ( المادة ٤/٨ )[1].

٥- أن العضو المنقول لا يمكن توفيره من قبل شخص متوفى[2].

ويحدد القانون في المادة الثامنة لإلتزامات الطبيب ووجوب إخطار المتبرع طبيعة العملية، والمخاطر والعواقب المحتملة على صحته، ويشترط في الموافقة الصادرة من المتبرع أن تكون كتابية، ويخضع المتبرع لفحص طبي ونفسي للتأكد من حرية ارادة المتبرع وعدم خضوعة لأي اكراه وهو ما يفسر شرط المشرع الكشف النفسي للمتبرع، وكذا التاكد من مجانية التبرع، وقد أوجب القانون مشاركة لجنة مستقلة متعددة التخصصات في هذه العملية تسمي ( Lebendspendekommissionen).

**ثالثاً: نقل الأعضاء البشرية في التشريع السويسري:**

**وفي التشريع السويسري**، فقد نظم المشرع السويسري نقل وزرع الأعضاء البشرية بموجب القانون الصادر في ٢٠٠٤/١٠/٨ والذي دخل حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٧، وقد نص المشرع الدستوري السويسري في المادة ١١٩أ علي حظر الاتجار في الأعضاء البشرية.

ويشترط القانون أن يكون المتبرع من بالغاً ومميزاً، وأن يكون الرضا حراً وصريحاً ومكتوباً، وأن التبرع لا يترتب عليه أي خطر جسيم علي المتبرع سوى علي صحته أو حياته، وأن المتبرع له لا يمكن علاجه بطريقة علاجية أخرى ذات فعالية مماثلة، أي أنه لا يمكنه نقل العضو من شخص متوفى، ومن ثم فإن الأولوية لأخذ العضو من شخص آخر بعد الوفاة وهو الشرط المنصوص علية بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والطب الحيوي المادة ١/١٩ وهذا الشرط تحفظت عليه بعض الدول كما هو الحال في المانيا وسويسرا التي تحفظت علي التصديق علي الاتفاقية عام ٢٠٠٨[3].

---

[1]- **(Art. 8/ 4):** Le receveur doit avoir un lien de parenté de premier ou deuxième degré avec le donneur, ou être le conjoint ou une personne faisant preuve de vie commune, le fiancé ou la fiancée ou toute autre individu ayant un rapport étroit avec le donneur.

[2]- **Biller-Andorno, et Schauenburg, H.:** «Vulnerable Spender, Eine medizinethische Studie zur Praxis der Lebendorganspende », Ethik in der Medizin, 2003, vol. 15, n° 1, pp. 25-35. **Breyer, F**.: Organmangel. Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?, Heidelberg, Springer, 2006, p. 61.

[3]- La Suisse déclare que les articles 19 et 20 de la Convention sont applicables sous réserve des articles 12 et 13 de la loi du 8 octobre 2004 sur la transplantation (état au 1er juillet 2007), qui ne prévoient pas le principe de la subsidiarité d'un prélèvement

وقد أتخذ المشرع السويسري موقفاً أقل تشدد من التشريعات السابقة فيما يتعلق بشرط صلة القرابة بين المتبرع والمتبرع له فلم يشترط وجود صلة قرابة، رغم أن البروتوكول الإضافي للاتفاقية الطب الحيوي بشأن زرع الأعضاء يشترط توافر شرط القرابة كمبدأ، ويشترط خضوع المتبرع لإختبارات طبية لضمان أن العضو المتبرع به صالح للزرع ولا يحتوي علي مسببات الأمراض علي نحو ما نصت المواد ( ٣٠-٣٢ ) من قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر عام ٢٠٠٤[١].

**رابعاً: نقل الأعضاء البشرية في القانون الإنجليزي.**

عرف التشريع الإنجليزي تطوراً مهما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية منذ صدور قانون الأنسجة البشرية سنة ١٩٦١ ثم قانون زرع الأعضاء البشرية الصادر في سنة ١٩٨٩ والذي استبدل بقانون الأنسجة البشرية لسنة ٢٠٠٤ ونتناول ذلك على النحو التالي:

**١- قانون الأنسجة البشرية ١٩٦١/٧/٢٧.**

في عام ١٩٦١ أصدر المشرع الإنجليزي قانون الأنسجة البشرية، وحل محل القانون الخاص بالقرنية الصادر عام ١٩٥٢[٢]، وقانون الأنسجة البشرية هو أول تشريع عام وشامل ينظم نقل الأعضاء من الجثث وعن أساس إباحة اقتطاع جزء من جثة الشخص في هذا القانون فإنه يتمثل في الرضا الصادر من الشخص قبل وفاته سواء كان ذلك لغرض علاجي أو غرض علمي، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة الأولى من هذا القانون والتي بينت أن تعبير الشخص كتابة أو حتى شفاهة أمام شاهدين أو أكثر عن موافقته على تسخير جسمه للأغراض العلمية أو العلاجية، يعد كافياً بذاته وسببا لمشروعية اقتطاع جزء أو أكثر من جثته للاستفادة منه في هذه المجالات، مع وجود استثناء يؤكد على فعالية الرضا ويتمثل في إثبات من له السلطة القانونية على جثة المتوفى من أقاربه أنه قد تم الرجوع عن هذه الرغبة من جانب الشخص قبل وفاته فإذا ثبت ذلك امتنع على الغير المساس بالجثة[٣].

فهذا القانون جاء لتنظيم عملية اقتطاع الأعضاء البشرية من المتوفين فقط في حالة عدم وجود اعتراض سابق وصريح من الشخص حال حياته أو اعتراض الزوج والزوجة أو أحد الأقارب

---

sur une personne vivante » (Conseil de l'Europe, Comité Directeur pour la Bioéthique (CDBI), Etat des signatures et des ratifications, INF (2009)3, Strasbourg, 2009, pp. 9-10. Disponible en ligne dans: http://www.coe.int/bioethics.

[1]- **Gachter, T. et Vollenweider, I.:** Gesundheitsrecht. Ein Kurzlehrbuch, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, p. 241.

[٢]- **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ١٢٢.

[٣]- **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٤٢.

الأحياء، كما وضع هذا القانون نصوصاً خاصة تتعلق باستخدام جثث الموتى في أغراض علاجية وكذلك أغراض التعليم الطبي والبحث[١].

وهذا القانون هو الذي وضع قاعدة مغايرة تماما للقاعدة التي كانت مستقرة في الشريعة العامة ( Common Law )، فالقانون الإنجليزي كان يكرس بصفة عامة مبدأ أن الجثة الإنسان لا يمكن أن تكون موضوعاً لحق ملكية[٢]، فالشخص لا يملك جسمه وبالتالي لا يملك الإذن بالتصرف فيه بعد وفاته والاستثناء هو حق الشخص في تحديد طريقة دفنه وفي مرحلة لاحقة منح الفرد الحق في أن يأذن بتشريح جثته، أما فيما عدا ذلك فليس للشخص على جثته أية سلطة[٣].

**٢- قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ١٩٨٩/١/٢٧.**

بعد قانون ١٩٦١ جاء قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ليكمله بحيث أصبح هذين القانونين يشكلان الشريعة العامة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في إنجلترا ، وقانون ١٩٦١ كان ينظم نقل الأعضاء من الموتى فقط أما قانون ١٩٨٩ تطرق إلى العديد من المسائل في مجال نقل الأعضاء البشرية. ويعد قانون ١٩٨٩ من التشريعات الرائدة في وضع تعريف منضبط للمقصود بالعضو البشري، إذ نصت المادة ٢/٧ علي أنه: يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصال بالكامل[٤].

وأول ما يمكن ملاحظته على قانون ١٩٨٩ هو تجريمه للعديد من الأفعال في هذا المجال، فقد تناول القسم الأول من هذا القانون تجريم عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية من حيث المقابل المادي المدفوع للمتبرع، والإعلانات ذات الصبغة التجارية والداعية للتبرع بالأعضاء، بالإضافة إلى تجريم أعمال الوساطة فيهذا المجال[٥].

---

[١]- **دد. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ٢٠٠٢، ص ٦٣.

[2]- **Haoulia Naima:** "Le droit anglo-saxon de la propriété appliqué au statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, pp. 141- 157.

[٣]- **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص١٦٢.

[٤]- **د. خالد مصطفي فهمي:** النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٦-٥٧.

[٥]- **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ١٢٣. **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، المرجع السابق، ص ١٩٣.

ثم جاء القسم الثاني من هذا القانون ليفرض عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، أو الغرامة أو كلتا العقوبتين على نقل وزراعة الأعضاء بين أشخاص لا تربطهم صلة قرابة جينية أو وراثية. وقد حدد المشرع المقصود بصلة القرابة الجينية في كونها: القرابة بين الفروع والأصول حتى الدرجة الأولى ( الابن وأبويه)، وقرابة الحواشي حتى الدرجة الثالثة (الإخوة وأبناؤهم، والأخوة لأحد الأبوين ).

وقد اشترط المشرع أن تكون علاقة الفروع بالأصول بين هؤلاء الأقارب علاقة شرعية، كما أنه يستوي في نظر القانون أن يكون إخوة الشخص أو أحد الأبوين أشقاء أو غير أشقاء[١].

كما اشترط القانون توافر موافقة الشخص المتبرع ونص على ضرورة إعلام المتبرع بكل مخاطر العملية[٢]. وتؤكد اللوائح المنظمة لقانون ١٩٨٩/١/٢٧ على حظر تعرض المتبرع لأي ضغط أو إكراه، ويجب أن يدرك المخاطر التي قد يتعرض لها بسبب إجراء هذه العمليات، كما أكدت على حق المتبرع في العدول عن موافقته في أي مرحلة تسبق إجراء العملية[٣]. وهو ما يبرز شرط رضا المتبرع لإجراء هذه العمليه، ولا يكون الرضا صحيح إلا إذا تم إحاطة المتبرع بكافة المخاطر الصحية الحالية أو المستقبليه المترتبه علي العملية، ويشترط في الرضا أن يكون صريحاً، ولا يقبل الرضا الضمني .

والجدير بالذكر أن قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية لسنة ١٩٨٩ قد خلت نصوصه مما يمكن اعتباره أساس الإباحة الذي تقوم عليه عمليات نقل الأعضاء، وذلك راجع إلى أن القانون الأنجلو–أمريكي بوجه عام يعطي للرضا القيمة القانونية الكاملة في إباحة الأفعال المساس بسلامة الجسم، لذلك لم ير المشرع الإنجليزي ضرورة لإفراد نص يعالج فيه هذه المسألة في قانون ١٩٨٩.

**٣- قانون الأنسجة البشرية ( ١٥ /١١/٢٠٠٤).**

أستبدل المشرع الإنجليزي قانون الأنسجة البشرية لسنة ١٩٦١، وقانون نقل وزرع الأعضاء البشرية لسنة ١٩٨٩ بقانون الأنسجة البشرية لسنة ٢٠٠٤ والصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٥[٤].

وقد صدور هذا القانون جاء بعد إجراء عدة تحقيقات واحتجاجات نتيجة التجاوزات التي حدثت في بعض مستشفيات المملكة المتحدة، خاصة في مستشفى برستول الملكي ومستشفى ليفربول للأطفال، وأصبح هذا القانون ينظم اقتطاع وتخزين واستخدام الأعضاء والأنسجة البشرية.

---

[١]– **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص١٢٤.

[٢]– **د. مأمون عبد الكريم:** المرجع السابق، ص ٤٤٢–٤٤٤.

[٣]– **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص٥٧.

[٤]– **د. أسامة علي عصمت الشناوي:** الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص١٢٢. **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ١٢٤.

ومن الأحكام الجديدة التي تضمنها هذا القانون السماح بإجراء التبرع الهجين[١]، والتوسع من دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم بالتبرع بالأعضاء البشرية، كما نص علي إنشاء هيئة الأنسجة البشرية (Humain Tissus Authority) وأسند إليها اختصاص تأطير اقتطاع الأعضاء البشرية وتخزين واستعمال عناصر جسم الإنسان. وتم تطبيق هذا القانون الذي ينظم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء والأموات في إنجلترا وويلز وشمال إيرلندا واسكتلندا[٢]. وأن كان التشريع السابق أكد علي شرطا الرضا الارادي الصريح كمعيار مميز لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ومنح الصلاحية بتقرير العملية لهيئة الأنسجة البشرية، سعياً من قبل المشرع الأنجليزي لمواجهة عمليات الأتجار بالأعضاء البشرية، وضمان سلامة المتبرع.

**خامساً: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الأمريكي.**

قامت الحكومة الأمريكية على غرار غيرها من الحكومات بوضع نصوص قانونية لتنظيم نقل الأعضاء البشرية، ورغم تمتع الولايات الداخلية باستقلالية في تنظيم هذا المجال، إلا إن الحكومة الفدرالية بادرت بوضع عدة قوانين لتوحيد الأحكام العامة التي يجب أن تحكم هذه العملى[٣]. وتم وضع أول تشريع شامل ينظم نقل الأعضاء من الجثث سنة ١٩٦٨، ومع شيوع ونجاح عمليات نقل وزرع الأعضضاء البشرية فيما بين الأحياء، واكب المشرع الأمريكي ذلك بإصداره القانون القومى لنقل وزراعة الأعضاء البشرية سنة ١٩٨٤[٤]، وسوف نتناول التشريعين علي النحو الآتي:

---

[١] – **يقصد بالتبرع الهجين:** وجود فريقين ( أ ، ب ) يحتوي كل فوج على متبرع ومستفيد، لكن لا يوجد تجانس بين المتبرع

والمستفيد في كلا الفريقين، لعدة أسباب كعدم وجود تتطابق بين فصيلة دم المتبرع وفصيلة دم المستفيد، فلهذا يقوم المتبرع من الفوج ( أ ) بالتبرع بأحد أعضائه للمستفيد من الفريق( ب )، وبالمقابل يقوم المتبرع من الفريق ( ب ) بالتبرع بأحد أعضائه للمستفيد من الفريق ( أ )، وتساعد هذه الطريقة على مواجهة نقص الأعضاء، خاصة في مجال زرع الكلي

وتمت إجازته في العديد من الدول: ألمانيا، النمسا، بلجيكا، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية. **راجع في ذلك:**

**Agence de la biomédecine**: Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2016, p. 21.

[٢] – **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص ٥٨. **د. أسامة علي عصمت الشناوي:** المرجع السابق، ص١٢٢

[٣] – **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية– دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

[٤] – **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ١٢٥.

**١- قانون الهبة التشريحية الاتحادي ( ١٩٦٨).**

تضمن هذا القانون نصوصاً واضحة الدلالة في صياغتها وشاملة في وضع الأحكام والقواعد التي تتعلق بعمليات نقل الأعضاء من الجثث، فبعد أن حدد القسم الأول من هذا القانون مختلف المصطلحات المستخدمة فيه، جاء القسم الثاني منه ليوضح من له حق التبرع بجسمه أو جزء منه بعد الوفاة.

إذ سمح قانون الهبة التشريحية لسنة ١٩٦٨ للشخص البالغ من العمر ١٨ سنة فأكثر أن يهب كل جثته أو جزء منها بعد وفاته لغرض من الأغراض المحددة في القانون، والهبة لا تنفذ إلا بعد الموت أي أن التصرف يكون بالإيصاء، وفقا للشكل القانوني المحدد للوصية[١]، ويشترط إفراغ الرضا في وثيقة مكتوبة يتم التوقيع عليها من جانب المتبرع وشاهدين على أن يكون ذلك في مجلس واحد، كما رخص لأبناء المتوفى وأخواته أو أحد الزوجين أو من له سلطة أو من يقع علية إلتزام التصرف بالجثة ودفنها، بالتبرع بجزء من الجثة أو كلها طالما لم يثبت تحديد المتبرع لمتلقي بعينه أو لغرض استخدام محدد أو اعتراضه على التبرع جملة وتفصيلاً أثناء حياته[٢].

وهذا يوضح أن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية أصبحت تجيز للشخص التصرف في جثته بعد وفاته باحترام وصيته، بعد أن كان المبدأ السائد هو أن جثة الإنسان لا يمكن أن تكون موضوعا للملكية، والقانون الأمريكي لم يسمح فقط للشخص بالتصرف في جثته، وإنما اعترف أيضاً بهذا الحق لأقاربه من بعده على الرغم من أن الجثة لا تعد جزءاً من التركة للمطالبة بكل ما من شأنه المساس بها أو تشريحها إلى غير ذلك من الحقوق.

ولقد حدد قانون ١٩٦٨ الأغراض التي يتم التبرع من أجلها في قسمه الثالث ولم يحصرها في نطاق المصلحة العلاجية فقط، بل أضاف إلي ذلك أغراض التعليم الأكاديمي والبحث العلمي وكل ما من شأنه الإسهام في تطوير عمليات نقل وزراعة الأعضاء وسائر الوسائل العلاجية بشكل عام، وإذا كان الرضا يُشكل الركيزة القانونية لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية في هذا القانون، فإنه من الطبيعي منح المتبرع الحق في الرجوع عن التبرع والتعديل فيه سواء من حيث المتلقي أو من حيث الغرض[٣].

**٢- قانون زراعة الاعضاء الفيدرالي ( ١٩٨٤).**

صدر قانون زراعة الأعضاء الفيدرالي برقم ٩٨- ٥٠٧ بتاريخ ١٩٨٤/١٠/١٩، وتضمن هذا القانون العديد من المسائل والنقاط المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ونص علي

---

[١]- **د. حسام الدين الأهواني**: المرجع السابق، ص ٨٥.
[٢]- **د. إيهاب يسر أنور**: المرجع السابق، ص٥١١.
[٣]- **د. مهند صلاح أحمد**: المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

مجموعة من الضوابط التي يجب احترامها في هذا المجال، خاصة ما يتعلق منها بمنع الاتجار بالأعضاء[١].

وقد نص هذا القانون الفيدرالي علي إنشاء فريق عمل خاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتولى القيام بدراسة هذه الممارسات من كل الجوانب الطبية والقانونية والأخلاقية والاقتصادية وآثارها الاجتماعية، وكذلك يجب على هذا الفريق دراسة آثار هذه العمليات على المتلقي من حيث استخدام مثبطات المناعة والتعويضات والتأمينات. وبعبارة أخرى يستوجب هذا القانون تقييم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقاً لما تتناوله قواعد ومبادئ أخلاقيات العلوم الإحيائية[٢].

ويمكن ملاحظة اتساع نطاق الحماية القانونية للجسم في هذا القانون وذلك عند استقراء النصوص القانونية التي تحظر الاتجار بالأعضاء البشرية، وذلك بفرض عقوبات على مرتكبي هذه الجرائم حسب ما هو منصوص عليه في القسم الثاني من هذا القانون، والمتمثلة في عقوبة الحبس مدة خمسة سنوات أو غرامة مالية لا تزيد عن خمسين ألف دولار أمريكي أو كلتا العقوبتين معا في حالة ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية داخل الولاية الواحدة أو بين الولايات، ويسري التجريم حتى في حالة بيع أعضاء الموتى، سواء كان الاتفاق قبل وفاة المتبرع أو بعده من طرف أقاربة أو ممثلة القانوني[٣].

ويمكن كذلك ملاحظة اتساع نطاق الحماية المقررة للجسم في هذا القانون من خلال تحديد المشرع الأمريكي للمقصود بالعضو البشري في نطاق تطبيق القانون، فيشمل هذا الاصطلاح غالبية مشتقات وعناصر الجسم البشري بما في ذلك النخاع العظمي والذي خصص له قسم كامل يعالج فيه عمليات التبرع به وزراعته[٤].

أما الأعضاء الأخرى التي يشملها تطبيق هذا القانون هي: الكلية، الكبد، القلب، الرئة، البنكرياس، القرنية والعين، العظم والجلد وكل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هذا الوصف.

---

[١] – **د. خالد مصطفي فهمي**: المرجع السابق، ص ٥٨.

[٢] – **يرى البعض** أن الهدف من إصدار هذه القوانين الفيدرالية هو توفير الحماية لعمليات التبرع بالأعضاء البشرية أو توزيعها، وكذلك زيادة أعداد المتبرعين وبالتالي زيادة أعداد الأعضاء المتاحة للزرع. **راجع في ذلك. د. أسامة علي عصمت الشناوي**: المرجع السابق، ص ١٢٣.

[٣] – **د. مأمون عبد الكريم**: المرجع السابق، ص ٤٤٤–٤٤٥.

[٤] – **د. إدريس عبد الجواد**: المرجع السابق، ص ٣٨.

وينعقد الإجماع لدى الفقه والقضاء الأمريكي على أن الأساس القانوني الوحيد لإباحة اقتطاع جزء من جسم شخص على قيد الحياة هو الرضا الحر والمستنير لهذا الشخص[١]. والرضا الحر المستنير يقتضي بطبيعة الحال إعلام المتبرع بالمخاطر الصحية المترتبة علي العملية، ويجوز العدول عن الرضا في أي وقت طالما حدث العدول عن الرضا قبل إجراء العملية.

كما يجب على الطبيب في هذا المجال مراعاة الأصول الطبية للعمل الطبي، ومن بين ما تقتضي به هذه الأصول المقارنة بين منفعة الزرع ومخاطره وعدم الإقدام عليها

إلا إذا كانت المنافع ترجح على المخاطر، بحيث يجب أن ترقى نتيجة العملية إلى مستوى يجعل منها مصلحة اجتماعية محترمة تبرر التضحية ببعض حقوق المتبرع لإنقاذ صحة المريض، بحيث يترتب على التضحية بجزء من الحق الأول لإنقاذ الحق الثاني بكامله[٢].

وقد حددت المنظمة الطبية الأمريكية American Medical Association مجموعة من القواعد التي يجب على العاملين في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية التقيد بها باعتبارها قواعد أساسية ومنها:

- يجب ألا يكون المريض مصاباً بأمراض أخرى غير المرض المتعلق بالعضو
- البشري.
- مراعاة سن المريض بمعنى أن الأصغر أولى من العناية بالأكبر سناً، فيشترط أن لا يقل عمر كل من المتبرع والمريض عن عشر سنوات ولا يزيد علي خمسين سنه لأن نسب النجاح تتحقق أكثر في هذه السن، ومع ذلك اشترطت بعض التشريعات أن لا يزيد عمر المتبرع عن خمسه واربعين عام، والا يكون مدمناً للمخدرات أو الأدوية الضارة بالكبد أو الكحول.
- الحالة الصحية للمتبرع يجب أن تكون جيدة[٣]، وغير مصاب أو حامل لأي مرض معدي مثل التهاب الكبد أو مرض السل أو مرض الإيدز أو أي مرض يمكن أن يعيق إجراء هذه العملية، بالأضافة الي ضرورة التأكد أن استئصال العض لا يشكل خطر علي حياته أو يصيبه بضرر صحي جسيم.

---

[١]- **د. مهند صلاح أحمد**: المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

[٢]- **د. خالد مصطفي فهمي**: المرجع السابق، ص ٨٠. **د. محمد سامي الشوا**: المرجع السابق، ص ٥٥٨. **د. ايهاب يسر أنور**: المرجع السابق، ص ٤٨٤-٤٨٦.

[3]- **Cabrol Christian**: "Le don d'organes: laissons parler le coeur", in MUZNY Peter (sous la direction de), la liberté de la personne sur don corps, éditions Dalloz, 2010, p. 32.

كما يجب أن يستبعد من عمليات نقل الأعضاء الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض، مثل الالتهابات الرئوية أو قرحة المعدة، وذلك نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة. كما يشترط خلو المريض من موانع الزرع المطلقة كوجود أمراض خبيثة كالسرطان أو قصور القلب المتعذر شفاؤه أو وجود موانع مؤقتة إلى حين شفائه كالسمنة المفرطة أو الإدمان على المخدرات.

## الفرع الثاني

## نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري

حاولت العديد من التشريعات العربية إيجاد إطار تنظيمي شامل يحمل في طياته كافة الجوانب القانونية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والجدير بالذكر أن دولة الكويت كانت سباقة في تبني تشريع خاص في مجال زراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة، حيث أصدرت القانون ٧ لسنة ١٩٨٣ ثم تلى ذلك المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء[١].

وبعد ذلك تلاحق صدور التشريعات العربية في هذا المجال، فأصدرت المملكة الأردنية الهاشمية رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وأصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي ١٥ لسنة ١٩٩٣، ثم تلى ذلك مملكة البحرين والتي أصدرت المرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ بشأن نقل وزراعة الأعضاء، ثم أصدرت مصر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠. وبإستعراض جل التشريعات العربية يتضح تطابقها من حيث المضمون والصياغة بإستثناء القانون المصري الذي تمييز بتبنيه قواعد تميزه عن باقي التشريعات الأخري، وأختلفت السياسية العقابية المشرع المصري عن باقي التشريعات، وفيما يلي نحاول دراسة خطة المشرع المصري في مواجهة هذه الجرائم والذي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ والتي أقتصر علي إصلاح السياسة العقابية للمشرع المصري في مواجهة هذه

[١]– تعتبر دولة الكويت أول دولة عربية تصدر قانونا تتعرض فيه لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ أصدرت القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣والمتعلق بنقل وزرع الكلى، ثم أصدرت المرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٧ يتعلق بزا رعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، حيث تناول في المادة الأولى منه مشروعية التنازل عن الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، وجعل المصلحة العلاجية هي الغاية من إجراء تلك العمليات، ومنع في المادة السابعة منه بيع وشراء الأعضاء البشرية، وحدد أماكن إجراء هذه العمليات في المنشآت التي تحددها وزارة الصحة طبقاً لنص المادة الثامنة منه وفي المادة العاشرة منه تناول العقوبات المقررة لمخالفة أحكام هذا القانون.

الجرائم وهو ما يقتضي منا أن نميز بين مرحلتين: مرحلة ما قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠، ثم المرحلة التالية لصدور القانون. علي النحو الآتي:

**أولاً: مرحلة ما قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠.**

لم يكن يوجد في هذه المرحلة تنظيم قانوني شامل لنقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري، ومع ذلك كانت هناك بعض النصوص القانونية المتفرقة والخاصة بمسائل معينة، وهذه القوانين تتمثل أساساً في القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠، والقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون[١]. وقد نظم القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠عمليات جمع الدم وتخزينه وكذلك توزيعه، فأجاز لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع أو الشراء بمقابل رمزي.

وقد استند جانب من الفقه، إلى هذا القانون للقول بإباحة التبرع بالأعضاء البشرية قياسا على إباحة التبرع بالدم، وأن المشرع يبيح بذلك التعامل في جزء من جسم الإنسان[٢].

غير أن فريقاً آخر من الفقه المصري قد اعترض على هذا الرأي، ذلك لأن الدم على خلاف الأعضاء من العناصر التي تتجدد تلقائياً في الجسم بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر جسيم[٣]. فضلاً علي أن القياس في غير محلة بإعتبار أن المخاطر الصحية علي المتبرع مختلفة بينهما.

كما نظم المشرع المصري التنازل عن القرنيات في القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ بنصه في المادة الثانية على أنه: تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر التالية:

- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.
- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبياً.

وقد أعتمد جانب من الفقه المصري اعتمد على نص هذه المادة قبل تعديلها كأساس لإباحة نقل الأعضاء مستنداً إلى أن المشرع استعمل في النص المذكور أعلاه تعبير يوصون أو يتبرعون بها، وكما هو معلوم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والهبة حال الحياة[٤]. غير أن جانباً من الفقه المصري رأى غير ذلك لأن هذا القانون استثناء علي الأصل العام وهو عدم جواز التعامل على جسم الإنسان ولا يجوز القياس عليه، كما أنه لا ينشئ سبب إباحة، بل يقرر مجرد

---

[١] – **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، المرجع السابق، ص ١٣٥–١٤٠.

[٢] – **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ١٣٨.

[٣] – **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ٦٠.

[٤] – **د. عمرون شهرزاد:** أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلي الأحياء في الفقة الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص٨٤. **د. إيهاب يسر أنور:** المرجع السابق، ص ٤٧٣– ٤٧٦.

مانع مسئولية[1]، وتم تعديل القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ وأصبحت المادة الثانية منه تنص على ما يلي: ( تحصل هذه البنوك على قرنيات العيون من المصادر التالية: قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بغير مقابل). وبذلك يكون المشرع المصري قد رجع إلى الأصل بشأن التوصية بالعين، ومن ثم فإن الجدال الفقهي الذي أثير حول جواز تبرع شخص سليم العينين بإحدى قرنيتيه ليس له معنى بعد هذا التعديل[2].

**ثانياً: مرحلة ما بعد صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته بالقانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصلاح سياسة العقابية.**

حاول المشرع المصري بدوره إيجاد تنظيم شامل يعالج في طياته مختلف الجوانب القانونية الخاصة بعمليات نقل الأعضاء ضمن القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية[3]. وتضمن هذا القانون ٢٨ مادة.

جاءت في أربعة فصول، الفصل الأول، تضمن أحكاماً عامة حول هذه العمليات، الفصل الثاني، يتعلق بإنشاء اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، الفصل الثالث، يتعلق بإجراءات زرع الأعضاء البشرية ومن الأحكام التي تضمنها هذا القانون تأكيده على أنه لا يجوز نقل أي عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وأن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته، كما أن هذا القانون منع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وأن يكون التبرع صادراً عن أرادة حره، خالية من عيوب الرضا وثابتة بالكتابة، كما نص على منع التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته، وهذا ضماناً لإبقاء جسم الإنسان بعيداً عن دائرة المعاملات المالية[4].

وما يؤخذ علي المشرع المصري أنه لم يخضع رضا المتبرع لرقابة القضاء، علي نحو ما نظم المشرع الفرنسي، إلا أن المشرع أكتفي من جانبة بتحديد شروط الرضا الواجب توافره، دون أن يفعل

---

[1] – **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ٦٦. **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، المرجع السابق، ص ١٣٨–١٤٠. **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، المرجع السابق، ص ٢٠٤– ٢٠٥.

[2] – **د. خالد مصطفي فهمي:** المرجع السابق، ص ٦٧.

[3] – الجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر المنشور بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٦.

[4] – **د. عمرون شهرزاد:** المرجع السابق، ص ٩٥**د. أسامة علي عصمت الشناوي:** المرجع السابق، ص ١٣٢–١٣٣.

أي رقابة قضائية علي رقابة هذا الرضا ومدي صحته، وهو أمراً من الخطورة بما يوجب إجراء تعديل تشريعي لمواجهة هذا النقض والقصور، خاصة أن المشرع أجاز التبرع لغير الأقارب من المصريين وهو ما يوجب بسط وتشديد الرقابة علي هذه الطائفة من العمليات.

كما نص هذا القانون على إنشاء اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والمختصة بالإشراف والرقابة علي المستشفيات والمركز الطبية المعنية بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذه اللجنة منح لها المشرع المصري الشخصية المعنوية، ويتولى وزير الصحة رئاسة هذه اللجنة ويعين أمانة فنية لها. والجدير بالذكر أن القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ لم يلغي القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين الدم ومركباته، والقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون. وقد نصت المادة ٢٦ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠علي ما يلي: تلغي الفقرتان الثالثة والرابعة المادة ٢٤٠ عقوبات ويلغي كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون فيما عدا الأحكام الخاصة بالقانونيين ١٧٨ لسن ١٩٦٠ بشأن تنظيم عمليات جمع وتوزيع الدم ومركباته، و١٠٣ لسنة ١٩٦٢ والخاص إعادة تنظيم بنوك العيون.

**ثالثاً: السياسة الجنائية للمشرع المصري بشأن القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية في ضوء القانون ٥ لسنة ٢٠١٠**

تناول المشرع المصري أسس إباحة نقل وزرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية سواء كان النقل من إنسان حي أو ميت بقصد زراعتها في جسم إنسان آخر[١]، وقد خص طرفي العملية بوجوب توافر شروط محددة علي النحو الآتي:

أ- **الشروط الواجب توافرها في المتبرع له.**

- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة التي تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجة من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة. وإذا كان المشرع الفرنسي في القانون رقم ( ٧٦- ١١٨١) لم يحدد المقصود بمصطلح العضو البشري، فإن المشرع المصري لم يحدد ماهية المرض الجسيم، فضلاً علي أن ما يمكن اليوم وصفة بالمرض الجسيم قد يؤدي التطور الطبي المستقبل لإمكانية تداركة بالعلاج، وهو ما يدعونا للقول أن المشرع المصري أحسن صنعاً بأن قرن المرض الجسيم بنصه علي أن يكون الزرع هو السبيل الوحيد لمواجهته.

---

[١]- **د. بشير سعد زغلول:** الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة علي ضوء القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢٤.

- توسع المشرع المصري في نقل وزرع الأعضاء فلم يقيده بشرط القرابة واجاز التبرع لغير الاقارب بشرط توافر الضرورة العلاجية علي نحو ما نصت علية المادة الرابعة، مع مراعاة ما نصت عليه المادتين الثانية والثالثة من الحظر المفروض علي الزرع من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين وفق الشروط المحدده، وقد تجاوز بتوسعة توسع المشرع الفرنسي في القانون رقم (٢٠٠٤- ٨٠٠ ) المؤرخ ٦/٨/ ٢٠٠٤[1]، والذي توسيع من دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم التبرع بالأعضاء البشرية شريطة وجود حياة مشتركة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل. كما أن المشرع الألماني وبموجب قانون زرع الأعضاء (Transplantationsgesetz) الصادر في ٥ ١٩٩٧/١١ ، المعدل في عام ٢٠١٢، ووفقاً لما نصت علية المادة الثامنة من قانون زرع الأعضاء علي وجوب وجود صلة قرابة بين المتبرع والمترع له، وحددها المشرع بالقرابة من الدرجة الأولى أو الثانية من المتبرع أو الزوج أو الزوجة أو الخاطب أو المخطوبة أو أي شخص آخر له علاقة وثيقة ( المادة ٤/٨ ). وهو ما غايره المشرع المصري بإجازة التبرع لغير الاقارب.

**ب- الشروط الواجب توافرها في المتبرع.**

أحاط المشرع عملية النقل بمجموعة من القواعد الضابطة التي تكفل حماية المتبرع من ناحية، ومواجهة ظاهرة الأتجار بالأعضاء البشرية من ناحية أخري، وهو ما يتضح كذلك من مراجعة سياسته العقابية والتي سوف نتناولها لاحقاً، وقد جاء القواعد الضابطة متسقة في أغلبها مع منهج التشريعات الأجنبية التي نظمت عملية نقل وزرع الأعضاء، وهو ما سوف نستعرض شروطها علي النحو الآتي:

- **توافر الأهلية القانونية.** اشترط المشرع المصري وجوب توافر الأهلية القانونية للمتبرع كشرط لإباحة التبرع، وحظر المشرع التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثلة قانوناً. وهو ذات ما نص علية المشرع الألماني المادة ١/٨ من قانون زرع الأعضاء علي وجوب أن يكون المتبرع بالغاً ومميزاً وأن تكون موافقته مجانية صادرة عن أرادة حرة. كما نص المشرع السويسري في قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر في ٨/١٠/٢٠٠٤ علي شرط أكتمال الأهلية.

ومن جانبة أجاز المشرع المصري في القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ نقل وزرع الخلايا الأم من عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة وقيد شرط الإباحة بعدم وجود متبرع آخر من غير هؤلاء، بشرط صدور موافقة كتابية من النائب أو الممثل القانونى لعديم الأهلية

[1]- **Binet, J-R**: Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Paris, LexisNexis, 2005, p. 36.

أو ناقصها. وفى جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع قبل البدء فى إجراء عملية النقل.

وقد حظر المشرع المصري علي نحو ما نصت علية المادة الخامسة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ النقل من الأطفال، ولا يعتد بموافقة أبوية أو من له الولاية أو الوصاية عليه[١]، وإستثناءاً من ذلك يجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل إلى الأبوين أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء[٢]، بشرط صدور موافقة كتابية من أبوى الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما فى حالة وفاة الثانى أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ويجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء فى إجراء عملية النقل.

وقد ضيق المشرع الفرنسي في تشريعات العلوم الإحيائية الصادرة في ١٩٩٤ في مجال الاقتطاع من جسم القاصر خلافاً لقانون نقل الأعضاء ( ٧٦-١١٨١) الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢. فالمشرع الفرنسي كرس مبدأ حظر نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ في نص المادة ( ٢- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة، والاستثناء الوحيد يتمثل في إباحة اقتطاع الخلايا المسئولة عن إنتاج خلايا الدم على مستوى النخاع العظمي، شرط أن يكون الوسيلة العلاجية الوحيده، ويكون ذلك لصالح الأخ أو الأخت، وبعض الأقارب على سبيل الأستثناء، وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( ٣- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، وفي جميع الحالات لابد من موافقة الوالدين أو الممثل القانوني أمام القاضي بالإضافة لموافقة لجنة الخبراء (Le comité d'experts) المشار إليها في نص المادة ( ٣- L١٢٣١ ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، وفي حالة رفض القاصر فإن ذلك يعد حائلاً دون إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية، وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( ٣- ١٢٤١ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي، فالقاصر يملك حق الاعتراض.

والواقع أنّ موقف المشرع الفرنسي من مسألة نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم على هذا النحو يعد جديراً بكل التأييد لما يحققه من توسيع لنطاق الحماية المدنية والجنائية لجسم القاصر أو من حكمه، كما أن الاستثناء الذي يجيز نقل خلايا النخاع العظمي جاء موفقا بالنظر إلى ما تحققه هذه العمليات من فائدة كبيرة للمريض، ودون أن تحدث أضراراً جسيمة لجسم القاصر

---

[١] – **د. طارق سرور**: المرجع السابق، ص٢٠١. **د. أحمد شوقي أبو خطوة**: المرجع السابق، ص ٨٥.

[٢] – **د. أحمد محمود سعد**: زرع الأعضاء بين احظر والاباحة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ٨٦. **د. مهند صلاح أحمد**: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

مقارنة مع استئصال أعضاء أخرى من جسمه فخلايا النخاع العظمي لها القابلية للتجدد، ولهذا أجاز المشرع الفرنسي استئصالها من القصر.

- **أن يكون مصري الجنسية**، وقيد المشرع عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بشرط أن يكون الطرفين مصريا الجنسية بنصة بإجازة التبرع لغير الأقارب.

وقد حظر المشرع المصري النقل من مصري لأجنبي عدا الزوجين إن كان أحدهما مصري شرط ذلك أن يكون مر علي زواجهم ثلاث سنوات بعقد موثق قانوناً والأبناء من أم مصرية وأب أجنبى فيما بينهم جميعاً مع مراعة القيد الوارد بالمادة الخامسة. كما أن المشرع اجاز نقل الأعضاء وزراعتها فيما بين الاجانب، إذا كان الطرفين من جنسية دولة واحدة، وأن يكون بناء علي طلب الدولة التى ينتمى إليها المتبرع والمتلقى، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن المشرع قيد شرط الإباحة بإن يكون الطرفين مصريا الجنسية، فيما عدا ما قرره من حالات جاءت حصراً إذا كان أحد الطرفين مصري الجنسية والآخر أجنبي إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً.

- **خلو ارادة المتبرع من عيوب الرضا**، نص المشرع المصري بالمادة ١/٥ علي وجوب خلو هذه أرادة المترع من عيوب الرضا[١]، فعدم خلو الأرادة من العيوب ووقوعها تحت تأثير غش أو تدليس أو غلط أو إكراه مادي أو معنوي يجردها من قيمتها القانونية[٢].

ويعد الأغراء بالمال أو بجني فائده، من شأنة أن يعدم الرضا، ويعود بالفعل لدائرة التجريم بإعتبار أن المشرع قيد الاباحة بأن يكون التبرع بدون مقابل وهو ما يعد أنتهاك لحرمة الجسد ومساساً بتكامل الانسان الجسدي[٣].

كما يشترط يكون هذا الرضا في شكل محدد أي كتابتاً، وأن يكون سابقاً علي اجراء عملية النقل، فالرضا الحاصل بعد إتمام العملية لا يسبغ أي مشروعية علي الفعل ولو كان هذا الرضا بدون مقابل.

---

[١] –د. **مهند صلاح أحمد**: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ١٣٣.

[2]- **Mathieu Bertrand**: La bioéthique, op.cit, p. 110. **Binet Jean-René**: Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis op.cit, p. 37. **Carbillak Rémy**: "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux, op. cit, p. 218.
**Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain: etude prospective à partir du modèle français, thèse en vue de l'obtention du Doctorat de l'Université de Toulouse, op. cit, p. 104.

[٣] – **د. طارق سرور**: المرجع السابق، ص ٢١٣. **د. أحمد شوقي أبو خطوة**: المرجع السابق، ص ٨٢.

ويثور التساؤل عن الرضا المعاصر لإجراء العملية؟، ففي تقديري أن هذا الرضا لا ينتج أثراً في الإباحة، فلابد وأن يكون الرضا سابق علي إجراء العملية حتي يتثني للمتبرع التفكير والتدبر، فضلاً أن معاصرة الرضا للعملية تحول دون إحاطته إحاطة كاملة بالمخاطر الصحية الحالية والمستقبلية التي قد يتعرض لها المريض، ولذا لا ينتج هذا الرضا أثراً ولو أفصح المتبرع عنه كتابتاً، وكان دون مقابل.

ومن ناحية أخري فقد كفل المشرع للمتبرع حق العدول عن الرضا الحاصل طالما لم تتم عملة التبرع اي أنه لم يكتفي بالرضا بل أشترط استمرارية الرضا واتصاله حتي تمام العمل الطبي، وهو ما يعني أن شرط الرضا الواجب توافره لإباحة هذه العمليات له من الخصوصية بما تميزه عن الرضا المتعارف علية قانوناً[1]. ولا يعتد بالرضا الصادر من الأشخاص الخاضعين لإجراء من إجراءات الحماية القانونية كالسجناء.

- **ضرورة تبصير المتبرع بمخاطر التبرع الصحية سواء الحالية منها أو المستقبلية التي تحيط ببنائه الجسدي المؤكد منها والمحتمل**[2].

وهو شرط يقتضية صحة الرضا المعتبر قانوناً لإباحة عملية نقل وزرع الأعضاء، وقد أكد المشرع الألماني علي القيد بالمادة ٢/٨ من قانون زرع الأعضاء بنصه علي أن يخطر المتبرع بالمخاطر الفورية أو المستقبلية للعملية، وأن النقل قد يترتب عليه آثار خطيرة علي المتبرع مستقبلاً أن وجدت.

ولذا يعد الغش في إحاطة المتبرع بالمخاطر الصحية الحالية أو المستقبلية التي تحيط ببنائة الجسد، مبطلاً للرضا الحاصل علي أثر التبصير المعيب، وهو يعد أحد جالات الغش المبطلة للرضا. ولذا يجب أن يحرر في الأقرار الكتابي الصادر من المتبرع بالرضا أنه تم أحاطته بالمخاطر التي قد تترتب علي عملية النقل والزرع، وأن يكون توقيع المتبرع لاحق لما دونه الأقرار من مخاطر، بما يفيد إطلاع المتبرع عليها، وقد نصت المادة السابعة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ علي ضرورة قيام لجنة طبية ثلاثية بتحرير محضر يوثع عليه المتبرع أو ممثلة القانوني، والمنقول له أن سمحت حالتة الصحية بذلك، وقد أكدت المادة ٢/٧ من اللائحة التنفيذية للقانون أن تكون الاحاطة بالمخاطر شفاهة وكتابة. ويجوز للمتبرع العدل عن الرضا الحاصل منه بعد تبصيرة

---

[1]- **Carbillak Rémy**: "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux, op. cit, p. 216.

[2]- **د. طارق سرور**: المرجع السابق، ص ٢١٠. **د. أحمد شوقي أبو خطوة**: المرجع السابق، ص ١٠٩. **د. حسام الدين الأهواني**: المرجع السابق، ص ١١٥. **د. أسامة علي عصمت الشناوي**: المرجع السابق، ص ٢٠٦-٢١٢. **د. مأمون عبد الكريم**: المرجع السابق، ص ٥٨٥-٥٨٦.

طالما لم يتم إجراء العملية، فإذا تحقق الرضا الصحيح وتمت إجراء العملية، فلا يعتد بإنفاء الرضا بعد ذلك، وليس للمتبرع حق استرداد العضو الذي تبرع به وتم زرعة للمريض.

- **الضرورة العلاجية**، وأن يكون النقل والزرع إلا لضرورة علاجية تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجة من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

وهو ما نص علية المشرع الألماني بقانون زرع الأعضاء في المادة ٣/٨ بنصه علي أن يكون زرع العضو هو السبيل الوحيد لوقاية المتبرع له من مرض يهدد حياته وأن النقل والزرع هو السبيل الوحيد. وهو ما انتهجة المشرع السويسري في قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر في ٢٠٠٤/١٠/٨ بالنص علي أن لا يترتب علي التبرع أي خطر جسيم علي المتبرع سوى علي صحته أو حياته، وان المتبرع له لا يمكن علاجه بطريقة علاجية أخرى ذات فعالية مماثلة.

وإستقراء خطة المشرع المصري يتضح أنها تتسق في مضمونها مع ما قرره المشرع الفرنسي والألماني والسويسري من حظر النقل بين الأحياء إذا أمكن توفير العضو المنقول من جسد متوفى، حيث أن المشرع المصري نص في المادة ١/٢ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ علي عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي إلا إذا كان النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة حالة ضرورة تقتضي المحافظة علي حياة المتلقي أو علاجة من مرض جسيم. كما نصت المادة ٨ من ذات القانون علي إمكانية نقل عضو من جسد إنسان ميت لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة إنسان حي أو علاجة من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده.

وهدياً بما قررته النصوص السابقة فإن الأولوية لا تكون بالنقل من إنسان حي، وإنما الأولوية للوسائل العلاجية الأخري التي أن توافرت أحداهما أنتفت الضرورة العلاجية التي تجيز نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن هذه الوسائل النقل من إنسان ميت متي تحققت شروطة. وهو ما نص علية صراحةً المشرع الفرنسي في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية، كذلك المشرع الألماني في قانون زرع الأعضاءالصادر في ٥ نوفمبر ١٩٩٧، المعدل في عام ٢٠١٢، وكذلك المشرع السويسري في قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر في ٢٠٠٤/١٠/٨ والذي دخل حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٧.

ولذا لا تتحقق الضرورة العلاجية التي تجيز النقل والزرع إذا أمكن علاج المتبرع بطريقة علاجية أخرى ذات فعالية مماثلة، أي أنه يمكنه نقل العضو من شخص متوفى. وقد أجاز المشرع المصري لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال

نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو وجزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، شرط ذلك أن يكون بين المصريين، وأن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية. مع مراعاة ما نصت عليه المادة ١٤ من أشتراط تحقق الوفاة فعلياً بقرار من اللجنه المشكلة لذلك.

- **أن يكون نقل الأعضاء وزرعتها بدون مقابل أي علي سبيل التبرع.** وفي جميع الحالات اشترط المشرع أن يكون النقل والزرع علي سبيل التبرع بين الأقارب.

وكذا يجوز التبرع لغير الاقارب بشرط تحقق الضرورة العلاجية بشروطها المنصوص عليها قانوناً، وبموافقة اللجنه الخاصة التي تشكل بقرار من وزير الصحة، ويحظر التعامل بالبيع أو الشراء أو بأي مقابل أياً كانت طبيعته. وفي جميع الحالات يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدى إلى اختلاط الأنساب.

## المبحث الثاني

## نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

مما لاشك فيه أنه لا يجوز اقتطاع كل أعضاء جسم الإنسان الحي، لأن الأعضاء القابلة للاقتطاع مرتبطة بعدم المساس بحياة المتبرع وبالتالي لا يجوز الاقتطاع إلا بالنسبة للأعضاء المزدوجة أما الأعضاء المنفردة لا يجوز اقتطاعها لأن هذه الأعضاء يتوقف على وجودها حياة الإنسان واقتطاعها يؤدي إلى الهلاك، ولهذا لابد من البحث عن مصدر آخر للحصول على الأعضاء البشرية، وهذا المصدر هو جثث الموتى ولأن الحياة قد انتهت منها فلا تثور مشكلة المساس بالحق في الحياة، ولا مجال لإعمال النظرية العامة في حماية حياة الإنسان وسلامته وتكامله الجسدي.

ونظراً للتقدم الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وخاصة من جثث الموتى باعتبارها المصدر الأهم لهذه العمليات فإن العديد من التشريعات نظمت مسألة الحصول على الأعضاء من جثث الموتى واشترطت ضرورة التحقق من الوفاة قبل مباشرة عملية الاقتطاع.

كما اشترطت غالبية التشريعات صدور الموافقة على الاقتطاع من الجثة سواء من الشخص نفسه قبل الوفاة أو من أي شخص يخول له القانون ذلك بعد الوفاة، وهو ما سوف نتناوله تفصيلاً في مطلبين علي النحو الآتي:

## المطلب الأول

## تحقق حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثث

لا تثير عمليات نقل الأعضاء من الجثث مسألة تطبيق النظرية العامة لحماية حياة الإنسان وتكامله الجسدي ومع ذلك فهذه العمليات تعترضها العديد من المشاكل وإن كانت تختلف عن المشاكل التي تعترض عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وأول مشكلة تعترضها تتعلق بتحديد لحظة الوفاة، ثم نتناول الموقف القانوني لجهزة الاتعاش الصناعي.

### الفرع الأول

### تحديد لحظة الوفاة

يجب التحقق من حدوث الوفاة قبل إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة الميت إلى شخص حي، وتحديد لحظة حدوث الوفاة من المسائل البالغة الأهمية لأنها توضح الحد الفاصل بين الحياة والموت، وبين التعامل مع إنسان حي والتعامل مع الجثة[1]. لهذا اهتم الفقه بهذه المسألة وأن تباينت آرائهم حول معيار تحديد لحظة الوفاة، كما أن هذه المسألة أثارت خلافاً بين رجال الفقه وعلماء الطب، وهو ما سوف نتناولة علي النحو الآتي:

**أولاً: معيار تحديد لحظة الوفاة.**

اختلف الفقه بشأن تحديد لحظة الوفاة فهناك اتجاه يعبر عن تلك اللحظة بالتوقف الكامل للدورة الدموية والتنفسية وهذا هو المعيار التقليدي، ومعيار آخر يركز على موت خلايا الدماغ وهو المعيار الحديث.

**١- المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.**

تتحقق الوفاة طبقا لهذا المعيار باعتبارها حادث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد[2]، وتحدث الوفاة نتيجة توقف القلب والرئتان عن العمل بمعنى آخر إذا توقفت الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل تتوقف معها العمليات الحيوية ويتحول جسم الإنسان الذي ينبض بالحياة إلى جثة. إذ أن الدورة الدموية تتوقف بجهازها وهو القلب، أما توقف التنفس فيحصل بتوقف الرئتان وأن هذا التوقف لهذه الأجهزة تسبقه إشارات منها فقدان الوعي.

---

[1] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص٢٣.

[2] – **د. محمود أحمد طه:** المسئولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، اكاديمية نايف للعلوم الآمنية، الرياض، ٢٠١١، ص٢٨.

ومن الوسائل التقليدية التي يستعان بها للتثبت من حدوث الوفاة والتي أشار إليها قرار وزير الصحة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٤٨/١١/٣ طريقة الوخز الوريدي (L'atériotomie)، طريقة إيكارد (La méthode d'Icard)، وعلامة الأثير (Signe de l'éther )، وترتكز كل هذه الوسائل على توقف الدورة الدموية داخل الجسم[١]. وبالتالي فإنه وفقاً لهذا المعيار لا يستطيع الطبيب الجراح استئصال أي عضو من الإنسان قبل توقف قلبه عن العمل توقفا تلقائيا وموت خلاياه وتوقف الجهاز التنفسي لديه، وقد أخذ على هذا المعيار ما يلي:

١- أنه يفتقر للدقة ولم يعد يتماشى والتقدم الطبي الحديث ذلك أن توقف القلب عن العمل وتوقف الجهاز التنفسي قد لا يدل إلا على مجرد الموت الظاهري[٢]، وليس الموت الحقيقي[٣].

٢- قد يحدث عكس ما سبق فقد يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما تموت خلايا المخ وهنا يكون الموت حقيقياً، لا ظاهرياً، لأنه بموت خلايا المخ تتوقف وظائف المراكز العصبية العليا ويعتبر الإنسان ميتاً هنا رغم أن وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها بطريقة صناعية بواسطة ما يسمى القلب الرئة[٤].

٣- هذا المعيار يقف حجر عثرة أمام التقدم العلمي إذ أن التعويل عليه من شأنه إعاقة العديد من الممارسات الطبية العلاجية وعلى أ رسها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتي يلزم لنجاحها نقل العضو وزراعته قبل تآكل أنسجته وتلفها، الأمر الذي لن يتأتى إذا ما

---

[١]- **د. خالد مصطفي فهمي:** النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٣٨٩-٣٩٠. **د. مهند صلاح أحمد:** الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ٥١.

[٢]- **الموت الظاهري:** الغياب المؤقت للمقومات الأساسية للحياة :التنفس، النبضخفقان القلب لشخص ما ا زل حيا، ولكنه يظهر بمظهر الميت. **د. محمود أحمد طة:** الأساليب الطبية المعاصرة وأنعكاساتها علي المسئولية الجنائية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥، ص٣١. **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ٣٩١.

[٣]- **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المسئولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في
الطب، المرجع السابق، ص ٢٢٣-٢٢٤. **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٥٢-٥٣.

[٤]- **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق، ص ١٧٢. **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:** المرجع السابق، ص ٢٢٤. **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ٢٤.

تبنينا المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة والذي سوف يترتب عليه في معظم الحالات فساد أعضاء جسم الإنسان وعدم إمكانية الاستفادة منها[١].

ودرءاً لهذه الانتقادات ومواجهتها، جاءت أهمية البحث عن معيار يحافظ على الحياة الإنسانية، وفي الوقت نفسه يساعد على التقدم العلمي، بحفظ القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله.

**٢- المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.**

نظراً لما ينطوي عليه المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة من عدم موائمة واستحالة لا يمكن معها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تستلزم وجود نوع ما من الحياة في جسم الشخص محل هذه الممارسة الطبية، لذا كان معيار موت الدماغ[٢]، هو الملاذ الذي وجد فيه أنصار الممارسات الطبية الحديثة بوجه عام، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على وجه الخصوص الحل المناسب الذي يتيح نقل الأعضاء والخلايا ومختلف مشتقات جسم الإنسان وهي في حالة صالحة للزرع في جسم المريض، أو لاستخدامها في مختلف الممارسات الطبية الحديثة.

ووفقاً لهذا المعيار يكون الموت الحقيقي بموت خلايا المخ على الرغم من بقاء القلب حيا، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة كلية ونهائية يعني استحالة عودتها مرة أخرى للحياة[٣]. ويؤكد أنصار هذا المعيار على أنه بمجرد التوقف الكامل لوظائف المخ يتبعه بحكم الضرورة توقف الأعضاء الأخرى، وخاصة الرئتين والقلب وذلك خلال فترة زمنية وجيزة فتكون حالة الشخص ميئوساً منها تماما[٤]. وقد أخذ على معيار موت الدماغ ما يلي:

١- أن تبني معيار موت الدماغ يضيف بشكل كبير من نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، إذ أن جسم الإنسان سوف يتحول إلى جثة بمجرد توقف جذع المخ عن القيام بوظائفه ولو كانت باقي أعضاء الجسم تقوم بوظائفها الحيوية بشكل طبيعي، وكأن بالمخ يستأثر

---

[١]- **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٥٢.

[٢]- وهو ما خلص إليه الباحثان مولاري وكولون، إذ قاما بنشر بحث ضم ٢٣ مريضاً أصيبوا بغيبوبة عميقة وانقطاع التنفس مع غياب منعكسات جذع المخ وغياب أية فعالية للتخطيط الكهربائي للدماغ، وسميت هذه الحالة " مرحلة ما بعد الإغماء" Coma dépassé وبعد المدرسة الفرنسية ظهرت المدرسة الأمريكية عن طريق لجنة تابعة لجامعة هارفارد الأمريكية عام ١٩٦٨ والتي وضعت مواصفات لموت الدماغ، عرفت فيما بعد بمعايير هارفارد. راجع في ذلك:

**Hennette –Vauchez Stéphanie:** Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004, p. 25. **Arnoux Irma**: Les droits de l'être humain sur son corps, Presses universitaires de Bordeaux, France, 1994, p. 73.

[٣]- **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٥٢.

[٤]- **د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد:**المرجع السابق، ص ٣٢٠.

بالنصيب الأعظم من الحماية دون سائر مكونات الجسم وعناصره، وهذا غير صحيح لأن كل أعضاء جسم الإنسان تتمتع بالحماية القانونية من الناحية المدنية والجنائية.

٢- إن الدافع الرئيسي وراء تبني معيار الموت الدماغي إنما يكمن في الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة وخصوصاً عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن جثث الموتى هي المصدر الوحيد للحصول على الأعضاء البشرية المنفردة والتي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد، وهذا لا يبرر بأي حال إنهاء حياة إنسان من أجل حياة إنسان آخر[١].

٣- معيار موت الدماغ يثير العديد من الشكوك حسب رجال الطب أنفسهم، إذ أثبت مجموعة من الأطباء في امستردام بالدليل القاطع أن مخ الإنسان الذي اعتبر ميتا وفقا لمعيار موت الدماغ، استمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ[٢]. كما أن هذا المعيار ليس حاسماً في حالة الأطفال المصابين بغيبوبة أو الأشخاص المصابين بحالة تسمم غامض وخطير أو في حالة انخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي، وهذا يعني أن موت الدماغ إلى الآن ليس حقيقة طبية مسلم بها[٣].

٤- معيار الموت الدماغي لا يبدو في جوهره قادراً على تحقيق الموازنة بين مقتضيات التطور العلمي والحماية القانونية لسلامة الجسم والحياة، وإن كان يبدو ملائماً ومواكباً لما يحدث من ممارسات طبية وعملية مختلفة[٤].

أمام الانتقادات الموجهة لمعيار موت الدماغ، ذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن أساس تحديد لحظة الوفاة هي لحظة توقف مظاهر الحياة وأجهزة الجسم وأعضائه عن أداء وظائفها توقفا تاما لا رجعة فيه، وهذا ما أكدت عليه الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري سنة ١٩٥٥. ومن جانباً، نؤيد ما خلص إلية هذا الرأي بإعتباره هو الجدير بالتأييد لأن معيار موت الدماغ ليس حقيقة طبية مسلم بها[٥].

---

[١]- **د. حمدي عبد الرحمن** : الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء، بحث مقدم لمؤتمر الطب والقانون،الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، ١٩٩٨، ص ٤٤٩. **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٥٦.

[٢]- **د. محمود أحمد طة:** المسئولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص٤٣.

[٣]- **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ١٧٨. **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ٤٠١.

[٤]- **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٥٦.

[٥]- **د. محسن عبد الحميد البيه:** مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ١٨، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، ١٩٩٥، ص ٢١٣.

**ثانياً: الموت بين اعتباره مسألة طبية أو قانونية.**

أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا كبيراً بين الأطباء ورجال القانون[١]، فالأطباء يعتبرون تحديد تلك اللحظة من حقوقهم، لأن التحقق من الوفاة يعد في جوهره عملاً طبياً يقرره الأطباء وفقاً للوسائل الفنية المتبعة[٢]، بينما يرى رجال القانون أنها مسألة قانونية يجب أن يترك أمرها للمشرع. بينما يرى رجال القانون أنها مسألة قانونية يجب أن يترك أمرها للمشرع.

بيد أن هناك اتجاهان في الفقه القانوني يحكمان هذه المسألة:

الأول: ينادي بضرورة صدور تشريع يعرف الموت ويرسم حدوده.

الثاني: يرى أن تعريف الموت ورسم حدوده يدخلان ضمن اختصاص الطب. وسوف نتاول ذلك علي النحو الآتي:

**١- الوفاة مسألة قانونية:**

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الوفاة مسألة قانونية ومن ثم يجب أن يتضمن التشريع نصاً قانونياً يعرف الوفاة، فالوفاة من المسائل المتعلقة بحالة الشخص بل هي من أبرزها على الإطلاق، لذا يجب أن يستأثر القانون بتحديد مفهوم الموت وحسب أنصار هذا الاتجاه لا يجب ترك مسألة تحديد مفهوم الوفاة لقواعد آداب مهنة الطب دون أن يكون للضمير الاجتماعي الحق بأن يعبر عن أ ريه فيها، إذ أن مثل هذه القواعد قد لا تلقى لدى أفراد المجتمع التقدير نفسه الذي يكنه رجال الطب نحوها وما ج رى عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقى القبول لدى رجال القانون أو الرأي العام[٣]، وباعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي تخص كل أفراد المجتمع، فإنه بات من الضروري بلورتها عن طريق مناقشات عامة وبرلمانية تنتهي بإصدار قانون يوضحها[٤]، فحسب أنصار هذا الاتجاه هناك ضرورة لإصدار تشريع يعرف الموت لعدة أسباب نلخصها فيما يلي:

- الشخصية القانونية للفرد منحة من المشرع وهي بذاتها مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية فيصبح من الضروري ألا تخضع هذه المنحة لمعايير شخصية[٥].

---

[1]- **Rayroux Pascale**: Consentement, Liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1993, p. 208.

[٢]- **د. خالد مصطفي فهمي**: االمرجع السابق، ص ٣٦٩- ٣٧٢. **د. مهند صلاح أحمد**: المرجع السابق، ص ٤٨.

[٣]- **د. محمد سامي الشوا**: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٥٨٩.

[٤]- **د. حسام الدين الأهواني**: المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ١٨٢.

[٥]- **د. خالد مصطفي فهمي**: االمرجع السابق، ص ٣٦٨.

- وضع تعريف تشريعي للموت يستهدف طمأنة الرأي العام والأطباء، إذ يقوم الأطباء بعملهم وفق الأسس التي أرساها التشريع.
- القانون عندما يعالج الموت كواقعة قانونية يضع في حسبانه كل الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث هذه الواقعة.
- يترتب عن إعلان وفاة شخص ما أثار قانونية خطيرة على الصعيدين المدني والجنائي ويؤدي حتماً إلى انحصار الحماية الجنائية عن كيانه المادي لأنه يصبح جثة، فإنه يبدو جلياً أن معيار التحقق من الموت والذي تتبني على أساسه كافة هذه الآثار لابد وأن يطلع القانون بالدور الرئيسي في ضبطه واصباغ وصف المشروعية عليه[١]، فالناحية الأخلاقية والقانوني، يجب أن تحكم المسألة مع الناحية الطبية ولا تترك لمحض تصرف الأطباء[٢]، لذلك كله كان لزاما على المشرع القيام بوضع تعريف دقيق للموت آخذاً في عين الاعتبار المفاهيم والمبادئ الأخلاقية والعقائدية التي تسود المجتمع والتي تعكس بدورها اتجاه الرأي العام ومدى تقبله للمعيار الذي يحدد لحظة الوفاة.

**٢- الوفاة مسألة طبية**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن الوفاة هي مسألة طبية وعلمية بحتة لا علاقة للقانون بها[٣]، ومن ثم يجب أن يترك أمر تحديدها ومفهومها للأطباء على أساس أنهم الجهة الوحيدة القادرة من الناحية العلمية على البت في هذه المسألة، وذلك في كل حالة على حدة دون تقييدهم بنص وص قانونية جامدة تأبى طبيعة التحقق من الموت – بوصفه عملاً طبياً محضاً– الخضوع لها.

ومن ثم، فتخضع لتقديرهم طبقاً للقواعد الفنية والأصول العلمية المتعارف عليها، فضمير الأطباء هو المسئول الأول عن إعلان وفاة الشخص وأن رجال القانون ينبغي أن يطمئنوا إلى الضمير الحي لزملائهم الأطباء، وادراج الوفاة في نصوص قانونية يعتبر من المسائل الخطيرة وذلك بسبب التقدم المستمر للعلوم الطبية والبيولوجية، وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى نتيجة أساسية مفادها عدم جواز إصدار تشريع لتعريف الوفاة، وكل ما يمكن للقانون أن يفعله في هذا الصدد هو وضع بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دونما دخول في التفاصيل الفنية ويتولى

---

[١]– **د. مهند صلاح أحمد:** المرجع السابق، ص ٤٩.

[٢]– **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ٣٦٩.

[٣]– **د. حسام الدين الأهواني:** المرجع السابق، ص١٨٣. **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص٢٢.

القانون الذي ينظم الممارسات الطبية المستحدثة بيان هذه القواعد وتلك الأسس أو قد يكتفي بتضمينها في لائحة أو قرار وزاري.

وقد اعتنق هذا الاتجاه بعض القوانين المقارنة التي لم تعتمد على معايير تشريعية، ولا حتى على معايير تنظيمية لتحديد لحظة الوفاة، وإنما اعتمدت في ذلك على معايير طبية، مثال ذلك- المشرع الأردني الذي لم يجز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل، وهذا حسب نص المادة الثامنة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ترك مسألة التحقق من الوفاة في البداية للجهة الطبية دون وضع معايير خاصة بكيفية حدوث الوفاة في المنشور رقم ٦٧ الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢٤ الذي نص فقط علي بعض الاحتياطات التي يجب أن يراعيها الأطباء قبل تقرير الوفاة[1]. ثم صدر المرسوم رقم ٧٨- ٥٠٢ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣١ تطبيقاً لقانون ١٩٧٦/١٢/٢٢ المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية الذي نص في المادة ٢١ علي كيفية التثبت من الوفاة، وكان يجب انتظار صدور منشور آخر يحدد تقنيات التأكد من الوفاة، وهذا ما تم بالفعل بصدور منشور ١٩٧٨/٤/٣، إلا أنه أحال الأطباء إلي توجيهات منشور ١٩٦٨/٤/٢٤[2]، ولعل هذا ما دفع جانباً من الفقة الفرنسي إلي القول: لدينا انطباع بأننا نموت في فرنسا بحكم منشور، بحكم الإحالة من أوراق إلي أوراق[3].

كما انتقد الفقيه Savatier هذا النظام لأنه أنشئ بمجرد منشور تعرضت به السلطة الإدارية لمواضيع تتعلق بالحقوق الجوهرية للأفراد. ثم صدر ولأول مرة مرسوم يحدد شروط التحقق من الوفاة السابقة لعمليات استئصال الأعضاء والأنسجة التي تجرى لأغراض علاجية أو علمية، وهو المرسوم رقم ٩٦- ١٠٤١ المؤرخ ١٩٩٦/١٢/٢[4]، طبقاً لأحكام هذا المرسوم فإن الوفاة لا تتحقق إلا بتوافر ثلاثة معايير تتعلق بالغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم، وتوقف كافة ردود أفعال جذع المخ، بالإضافة إلى غياب التنفس التلقائي.

---

[1]- **Arnoux Irma**: Les droits de l'être humain sur son corps, op. cit, p. 73. **Ponchon François**: Les prélèvements d'organes et de tissus humain, op.cit, p. 44. **Rayroux Pascale**: Consentement, Liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, op. cit, p. 209.

[2]- **Rayroux Pascale**: op. cit, p. 209.

[3]- **Arnoux Irma**: op. cit, p. 73.

[4]- Décret N° 96-1041 du 2 Décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissue et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, JORF N° 282, du 4 Décembre 1996, p. 17615.

كما استلزمت المادة الأولى من هذا المرسوم على الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يتثبتوا من موت جذع المخ عن طريق جهاز الرسم الكهربائي، وذلك بما لا يقل عن مرتين يفصل بين كل منهما أربع ساعات على الأقل، ويحرر محضر بوفاة الشخص موقع عليه من الأطباء الذين قرروا الوفاة مبينين كافة الإجراءات والفحوص التي قاموا بها للتثبت من الموت[١].

غير أنه ونتيجة لنقص الأعضاء المتحصل عليها من الأشخاص المتوفين دماغياً أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم ٢٠٠٥- ٢٠٩ الصادر بتاريخ ٢/ ٢٠٠٥/٨[٢]. وأصبح يأخذ بموت القلب كاستثناء لنقل الأعضاء من الجثث، والفئات المذكورة في القسم الأول (I) والثاني (II) والرابع (IV) من التصنيف الدولي ماستريشت Maastricht هي فقط المعنية بذلك، دون الحالات المذكورة في القسم (III) والذين توقف قلبهم نتيجة اتخاذ قرار بوقف العلاج[٣].

فالمتبرعين المعنيين محددين وفقاً لمعايير معينة، ويتعلق الأمر بأشخاص تجاوزوا ١٨ عام وأقل من ٥٥ عام واللذين توفوا نتيجة توقف القلب الذي تحقق لعدة أسباب كحادث في طريق عمومي أو مرض أو انتحار[٤]، أما بالنسبة للأعضاء التي يجوز استئصالها من شخص متوفي نتيجة توقف قلبه تتمثل في الكبد والكلية[٥]، كما يجوز استئصال بعض الأنسجة والخلايا كالجلد والعظم والقرنية[٦].

---

[١]- **د. مهند صلاح أحمد**: المرجع السابق، ص ٥٤. **د. خالد مصطفي فهمي**: االمرجع السابق، ص ٤٠٤-٤٠٥. **د. أسامة علي عصمت الشناوي**: الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائة، المرجع السابق، ص ٢٦٤-٢٦٥.

[2]- Décret N° 2005-949 du 2 Août 2005, relatif au conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF N° 182 du 6 Août 2005, p. 12898.

[3]- CCNE, Avis N° 115, questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantations, 7 Avril 2011, p. 16.

[4]- **Jousset Nathalie, Jacob Jean Paul et autres**: "Prélèvement à coeur arrête en France: legislation et application", in accès aux transplantations d'organes et tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les étude hospitalière, 2009, pp. 29-36.

[5]- Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des organes lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé, JORF N° 182 du 6 Août 2005, p. 12901.

[6]- Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant et autorisé, JORF N° 182, du 6 Août 2005, p. 12902.

ونشير إلي أن بعض التشريعات قد تطلبت أن يكون الأطباء الذين يصدرون قرار وفاة المتبرع من أقسام مختلفة عن الأطباء الذين يشرفون على نقل وزرع الأعضاء البشرية[1]، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة ٢/١٦ من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية أوفيدو والخاص بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية ستراسبورج ٢٠٠٢ بنصها: لا يجوز أن يكون الأطباء الذين شهدوا علي وفاة المتبرع هم أنفسهم من يشرفون علي عملية نقل الاعضاء والانسجة[2].

أما بالنسبة للمشرع المصري فأنه لم يحدد معياً دقيقاً يحتكم إلية لتحديد لحظة الوفاة، رغم أنه نص علي ضرورة تحقق الأطباء من حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من جثث الموتي، إذ نصت المادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والخاص بنقل وزراعة الأعضاء بنصها: لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباءالمتخصصين فى أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجرى اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التى تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة فى سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرةبعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أى من المتلقين المحتملين.

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري أحال مسألة تحديد الوفاة إلى لجنة ثلاثية من الأطباءالمتخصصين فى أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والذي لها صلاحية تحديد معايير الوفاة حسب المقاييس العلمية، ومصطلح ( الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية) يقبل عدة تفسيرات يمكن أن يندرج ضمنه معيار موت الدماغ كمعيار حديث يتلائم مع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

---

[1] – **من التشريعات التي نصت علي ذلك:** التشريع الفرنسي في المادة ( ١٢٣٢ L ) من قانون الصحة الفرنسي، التشريع الإماراتي وفق نص المادة ٦ من المرسوم بقانون ١٥ لسنة ١٩٩٣ المتعلق بتنظيم وزراعة الأعضاء، التشريع الكويتي المادة ٥ من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٨٧ المتعلق بزراعة الأعضاء، والأردني بالمادة ٨ من القانون ٢٣ لسنة ١٩٧٧ المتعلق بزراعة الأعضاء والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٠.

[2] – **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ٤٠٩.

وفي تقديري، أن تحديد معيار التحقق من الموت ووسائل تطبيقه يعد شأناً طبياً من حيث تفاصيله الفنية وهو شأن قانوني من حيث صياغته في قالب تشريعي يضبطه بوضوح.

يُستخلص مما سبق إلى أنه: من المتعذر وإن لم يكن من المستحيل أن نقف بمسألة الوفاة عند كونها وفقط مسألة طبية أو قانونية، وذلك أن واقعة الوفاة تتمتع بالصفتين معا فهي واقعة بيولوجية تدخل من اختصاص الطبيب، كما أنه يترتب عليها آثار قانونية من الناحية الجنائية والمدنية، ومن ثم يستأثر القانون بتنظيمها وهذا يعني أن الموت مسألة طبية ذات آثار قانونية، وأعتقد أن هذا الرأي هو الأجدر بالتأييد لأنه اتجاه توفيقي يجد سنده بين وظيفة القانون والذي يهدف لحماية حقوق الإنسان، ومنها حقه في سلامة الجسم وغاية الطب والذي يهدف إلى شفاء الشخص والحفاظ على صحته.

## الفرع الثاني

## نقل الأعضاء من جثث الموتى في مرحلة الإنعاش الصناعي

أظهر التقدم العلوم البيولوجية ظهرت وسيلة فنية في مجال الطب والجراحة، تستهدف حفظ حياة الإنسان المريض الذي توقف قلبه بوسائل صناعية تعيد للقلب والجهاز التنفسي نشاط عمله بحيث يؤدي ذلك في بعض الحالات إلى استرداد الإنسان وعيه كاملاً واستعادة وظائفه الأساسية والحيوية وهذه الوسيلة هي الإنعاش الصناعي.

غير أن هذا التطور الطبي المتوصل إليه بفضل استخدام هذه الوسيلة كشف عن وضعية الإنسان الذي يعيش حالة اللاوعي أو الغيبوبة من الناحية الطبية، وما يهمنا

أكثر في هذا المجال هو البحث عن الحدود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي، بالإضافة إلى تحديد المسئولية الطبية إزاء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، وهو ما سوف نتناوله علي النحو الآتي:

**أولاً: حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي.**

يعرف الإنعاش الصناعي بأنه: مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضاً لاحتمالات الموت أو الموت إذا لم تستعمل هذه الوسائل[1] كما يقصد به العناية الطبية المركزة باستخدام أجهزة طبية اصطناعية

[1] – **د. أحمد جلال الجوهري**: الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، ع٢، س٥، الكويت، ١٩٨١، ص١٢٢.

ومعالجة دوائية تحت مراقبة فائقة يقدمها فريق طبي متخصص لمعالجة الحالات الحرجة التي تتوقف فيها وظائف الأعضاء الحيوية إلى أن تعود هذه الأعضاء إلى عملها الطبيعي.

والشخص الطبيعي قد يعيش في حالة اللاوعي أو الغيبوبة، بحيث قد يدخل في نوعين من الغيبوبة إما غيبوبة عميقة أو غيبوبة نهائية[1].

١- **حالة الغيبوبة العميقة:** كون المصاب في هذه الحالة فاقد الإحساس والمنعكسات، ولكن لا تموت خلايا المخ بل يبقى الجسم محتفظاً بحياة عضوية متمثلة في الإبقاء على درجة حرارة الجسم والتنفس والدورة الدموية ولا يعتبر الإنسان ميتاً في هذه الحالة بل يمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل ذبذبات معلناً عن وجود حياة لخلايا المخ. فقد أثبتت الدراسات الطبية التي أجريت على ألف مريض في حالة غيبوبة عميقة والتي كانت نتيجة إصابات على الرأس دون أن يتحقق فيها موت الدماغ وبعد معالجتهم من إصاباتهم استعادوا الوعي خلال مدة لم تتجاوز ثلاثة أشهر من الإصابة، لكن لا يجب أن يفهم هنا أن هذا العمل يعتبر من قبيل إعادة الحياة إلى المريض ذلك لأن الشخص ما زال حيا في حكم الشرع والقانون حتي وان كانت قد توقفت بعض أعضائه الحيوية عن العمل التلقائي بشكل مؤقت، ودور أجهزة الإنعاش الصناعي في هذه الحالة يكون لغرض إيصال الغذاء والأكسجين إلى الدماغ لكي لا تموت خلاياه، يتضح إذن أن الشخص الموجود في حالة غيبوبة عميقة لا يعتبر في حكم الميت لعدم تحقق الوفاة من الناحية الطبية والقانونية وبالتالي لا يجوز استئصال أي عضو من أعضائه.

٢- **حالة الغيبوبة النهائية** :أهم ما يميز هذه الحالة هو وفاة خلايا المخ لدى الشخص، وحينما تموت خلايا المخ يفقد الإنسان كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية ويعتبر الإنسان هنا في حكم الأموات فمن المستحيل بعد موت خلايا المخ إعادة الحياة الطبيعية للإنسان[2].

وإذا تم تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي بعد موت مخ المريض فإن وظيفتها تقتصر علي المحافظة علي بعض أعضاء الجسم من خلال تزويدها بالدم المحمل بالأكسجين وغيره من ضروريات الحياة، هنا لا تكفل الأجهزة سوى حياة صناعية لبعض خلايا الجسم ولا يمكن القول بأنها تعيد الحياة إلى الشخص الذي مات موتاً حقيقياً بموت خلايا المخ.

---

[1] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ٧٧.

[2] – **د. محمد سعد خليفة:** الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ٧٨.

فهناك اتفاق بين الأطباء على أن موت الدماغ هو باختصار رمز الموت، فهو معيار موت الإنسان موتاً حقيقياً[1].

يستخلص مما سبق أن وجود مريض في حالة غيبوبة نهائية يخول للطبيب الجراح المساس به واستئصال الأعضاء منه إذا توافرت له شروط الإباحة، ولا يمكن تصور إجراء أي استئصال للأعضاء من مريض مادام لم تثبت وفاته، فموت المتبرع شرط ضروري لإباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتي، ولكن يشكل تحديد لحظة وفاة الشخص الخاضع للغيبوبة النهائية أو المستديمة مشكلة معقدة لأن مدتها قد تطول أو تقصر في حين تفترض المعاينة القانونية دائماً حدوث الموت في لحظة محددة.

**ثانياً: القيود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي.**

سبق وأن تم التعرض إلى حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي ورأينا بأنه إذا كان في حالة غيبوبة عميقة فإنه يعتبر من الأحياء وإستئصال أي عضو من جسمة يخضع لضوابط نقل الأعضاء بين الأحياء، أما إذا كان الشخص في حالة غيبوبة نهائية وتلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره كائناً حياً وأن تمت المحافظة علي وظائف بعض الأعضاء الحيوية اصطناعيا، ولكن وضعه في هذه الحالة يكون وضعاً خاصا الأمر الذي أدى بالتشريعات الوضعية إلى وضع قيود قانونية لاستئصال أعضاء جسم هذا الشخص وأوضح هذه القيود على النحو الآتي:

**١- التحقق من الوفاة عن طريق لجان طبية خاصة:**

يتوقف التقرير بتحقق الوفاة علي قرار جماعي يصدر من اللجنة المشكلة علي النحو الذي نصت علية المادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠، وهو مناط إباحة استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى في التشريع المصري ومخالفة هذا الإجراء إعتبرها المشرع من طائفة الجرائم الجسيمة إذا أدت إلي الوفاة، وهو ما حدا بها لتشديد العقوبات المفروضة. فيجب التحقق من حدوثها بشكل يقيني، لأن الخطأ في التشخيص يؤدي إلى إنهاء حياة إنسان. ولذا نص المشرع المصري علي حظر نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة. وقد اخذ المشرع المصري بوجوب تعدد الأراء التي تقرر الوفاة وهو واضح من تشكيل اللجنة المختصة بذلك. وفي تقديري، أنه يجب علي المشرع المصري أن ينص علي وجود طبيب شرعي في تشكيل اللجنة المنصوص عليها بالمادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية باعتبارهم متخصصون في تحديد الوفاة وأسبابها ونتائجها أكثر من أي طبيب آخر.

---

[1] – **د. مأمون عبد الكريم:** رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص ٥٢٧-٥٢٨.

**٢- استقلالية أعضاء اللجنه:**

ويقصد بذلك أن التحقق من الوفاة سوف يتم من قبل أطباء لا يشكلون جزءاً من الفريق الطبي الذي سيقوم باقتطاع الأعضاء البشرية[١]، ويبدو أن هذا الإجراء الذي نصت عليه العديد من التشريعات مقنع للغاية، إذ أنه سيحمي الأطباء من أي شبهة قد تدور حول إعلانهم وفاة شخص بشكل مبكر بقصد استئصال أحد أعضائه، ويعتبر البعض هذا الإجراء بمثابة ضمانة تشريعية الهدف منها استبعاد التلاعب بالأعضاء البشرية، وهو ما نص عليه المشرع المصري بالمادة ١٤ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أى من المتلقين المحتملين.

**٣- الحصول على إذن من جهة رسمية:**

لا شك أن وقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن العمل بقرار فردي من الطبيب قد تحوطه بعض الشبهة[٢]، خاصة إذا كانت هذه الأجهزة قد وضعت على المريض قبل موت خلايا المخ. لهذا قرر القضاء الأمريكي والكندي بأنه لا يجوز للطبيب أن يقرر بصفة فردية عدم إمكانية عودة المريض للحياة الطبيعية، بل يجب عرض مثل هذه الحالات على فريق طبي متخصص فإذا ثبت لدى هذا الفريق الطبي أنه لا أمل في الحياة الطبيعية للمريض وجب حينئذ الحصول على إذن من جهة رسمية متخصصة[٣]،

في شأن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي[٤].

**٤- أن يكون المتلقي مصري وأن يوصي الميت بذلك:**

حظر المشرع المصري علي نحو ما نصت المادة الأولي من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ عمليات نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت إلا بالطرق المحدد بالقانون وقد جاء نصت علي أنه: لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائه أو الأنسجة بنقل أى عضو أو

---

[١]- **د. محمد سامي الشوا:** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٥٧١.

[٢]- **ويذهب البعض:** إلى أنه يجب حماية المريض وهو تحت أجهزة التنفس الصناعي بحيث أنه لا يجوز أن تراقبه عين طبيب متعجل لإجراء عملية نقل الأعضاء، طبيب قد تدفعه إلى هذه العملية شهوته العلمية، وقد يقف خلف رغبته صلة قرابة أو صداقة بالمريض الذي ينتظر إنقاذ حياته. **د. حمدي عبد الرحمن:** معصومية الجسد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

[3]- **La Merne Paula:** Ethique de la fin de vie, édition Ellipses, 1999, p. 19.

[٤]- **د. أحمد شرف الدين:** الأنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة، ع٢، س٥، ١٩٨١، الكويت، ص ١١٧-١١٨.

جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه فى جسم إنسان آخر إلا طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.

وفيما يتعلق بالنقل من جسد إنسان ميث نصت المادة ٨ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ علي أنه: يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حى أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوى فى جسده، أن يزرع فيه عضو أوجزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة فى أية ورقة رسمية، أوأقر بذلك وفقاً للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. والنص علي النحو المار ذكره قيده المشرع بتوافر شروطه وهي:

- تحقق الوفاة يقيناً.
- أن يكون نقل هذا العضو هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة علي حياة إنسان، أو علاجة من من مرض جسيم، أو استكمال نقص حيوي.
- أن يكون النقل فيما بين المصريين.
- أثبات الوصية في ورقة رسمية.

وليس مدلول صحة الوصية أن يستثني العمل الطبي من رقابة اللجنة المنصوص عليها بالمادة ٩ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ ( اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية )، حيث أن مناط عمل اللجنه إعداد قوائم بأسماء المرضى ذوى الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت بحسب أسبقية القيد فى السجل المعد لذلك، ولا يجوز تعديل هذه الأسبقية إلا إذا كان المريض فى حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقًا للقواعد الطبية والإجراءات التى تحددها اللجنة العليا، ولا تسرى هذه القوائم على الزرع فيما بين الأحياء. ولا يجوز بأى حال من الأحوال تخطى الترتيب الذى أوردته القوائم المذكورة بسبب عدم قدرة المريض على دفع نفقات عملية الزرع. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابطالخاصة ببيان الأسبقية المشار إليها طبقاً للظروف المرضية، وكيفية حفظسجلات القيد، والإجراءات الخاصة بحالات العجز عن السداد، والرجوع على المرضى القادرين بنفقات العملية ( المادة ١٠ من القانون).

إلا أنه تجب الإشارة هنا إلي أن اللجنة العليا لزرع الاعضاء البشرية لا تملك في حالة الوصية من الميت الالتزام بالقائمة المعدة سلفاً للمرض بحسب اسبقية القيد، فالنص علي هذا النحو لا يطبق التزاماً برغبة الموصي. وليس في الأمر خروجاً علي أحكام القانون، إذا أن العمل الطبي يمارس تحت أشراف اللجنة، وكان يجب علي المشرع المصري أن يضيف في هذه المادة عبارة ( في غير الحالات الموصي بها ).

ومن ناحية أخري استخدم المشرع مصطلح ( المرض الجسيم) لتقرير اباحة النقل من جسد ميت لإنسان حي، وهو مصطلح يعوزه التدقيق فهو علي عمومة لا يتفق ولغة التشريع، ثم أن المرض الجسيم اليوم قد يؤدي التطور العلمي اليومي الذي يصاحب العمليات الطبية لاعتباره مرض غير ذي جسامة غداً، وأن كان يرجع في تحديد مدي جسامة المرض الي ( اللجنة العليا لزرع أعضاءالبشرية ) وهي لجنة طبية ثلاثية فى كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع ( المادة ١٣ من القانون) .

## المطلب الثاني

## إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة

مما لا جدال فيه أنه لا يمكن للطبيب الجراح اقتطاع أي عضو من جثة المتوفى إلا بعد التأكد من صدور موافقة الموثقة منه أثناء حياته، فالموافقة الصريحة للمتبرع المحتمل ضرورية لمشروعية الاقتطاع من جثته بعد مماته، وفي كل الأحوال يجب احترام إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته. وفي حالة وفاة الشخص دون أن يعبر عن إرادته في رفض أو قبول التصرف بأعضائه، فهل يجوز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري حي من جسد ميت.

### الفرع الأول

### التصرف في الجثة بناء علي أرادة المتوفي

تقتضي دراسة موضوع الموافقة كسنداً لنقل الاعضاء من جسد الميت بحث صور التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته ومدى الالتزام بشكلية معينة لإثبات هذه الموافقة، والإجازة الضمنية التي أعتمدتها بعض التشريعات.

**أولاً: صور وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى:**

أشترط المشرع المصري في المادة ٨ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ ثبوت ارادة التبرع من الميت قبل الوفاة كتابياً سواء تمثلت هذه الكتابة في صورة وصية، أو في أي ورقة رسمية تثبت ذلك. في حين لم تشترط تشريعات أخرى أي شكل للتعبير عن ذلك سواء في حالة قبول الاقتطاع أو رفضه، وذهب اتجاه ثالث إلى وجوب اعتماد بطاقات خاصة بالتبرع. وسوف نتناول ذلك تفصيلاً لبيان وتقدير مسلك المشرع المصري.

**١- التصرف في جثة عن طريق الوصية أو إقرار كتابي.**

اعتمدت بعض التشريعات المقارنة على الشكلية لإثبات موافقة المتوفى على التصرف في الجثة، كأن يتم ذلك عن طريق الوصية، ومنها كذلك من اشترط الشكل الكتابي للتعبير عن رفض الاقتطاع من جثته بعد الوفاة.

**أ- التصرف في الجثة عن طريق الوصية:**

أن الصورة الأساسية للإذن في التصرف في الجثة يكون بناء على وصية[١]، صادرة من الشخص نفسه قبل وفاته، والوصية تشمل الأموال والمنافع المالية، إلا أن بعض التشريعات المقارنة قد أدخلت جسم الإنسان ضمن الأشياء التي يمكن الوصية بها، مع أن التسليم المطلق منها أن جسم الإنسان ليس بمال ولا يدخل ضمن التعامل المالي،

فيجوز للشخص طبقاً للأحكام العامة أن يوصي بجثته لأغراض علمية أو علاجية، ويلاحظ أن المشرع المصري لم يقيد التبرع بشرط القرابة فيجوز أن يكون لغير الأقارب، أو التصرف بالعضو دون تحديد شخص المنقول إلية العضو، وقد نظمت بعض التشريعات المقارنة التي أجازت ذلك أحكام الوصية وأوردت العديد من الأحكام الخاصة بهذا التصرف بما يتلائم وكرامة الإنسان، فهناك عدة شروط لصحة الوصية بالأعضاء البشرية أوضحها على النحو التالي:

- **صدور الوصية بناء على رضا حر وصريح:**

يجب أن تصدر الوصية قبل الوفاة عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الضغوط، سواء كانت مادية أو معنوية، فوقوع الارادة تحت غش وتدليس يبطل التصرف، ومن جانبنا، نري إلزاماً بالقواعد العامة في التبرع بالأعضاء أنه يجوز للموصي العدول عن وصيته طالما بقي علي قيج الحياة، فإذا توفي موصياً وتحققت الشروط الموجبه لصحة الوصية حال

---

[١]- استخدمت التشريعات المقارنة عبارة الوصية بالأعضاء البشرية إلا أنه يثو التساؤل عن مدي صحة هذا التعبير، حيث يري جانب من الفقة أن استعمال عبارة الوصية بالأعضاء البشرية تعبير غير دقيق من الناحية القانونية، فالوصية لا ترد إلا علي الأموال التي تصلح لأن تكون محلاً للتركة ولما كان جسم الإنسان ليس من الأموال التي تدخل في الذمة المالية، وبالتالي لا يدخل في التركة فإنه لا يصلح وصف التصرف بأنه وصية. ولهذا نجد الفقيهSavatier يستعمل عبارة التنازل في مجال الدم. بيد أن هناك جانب آخر من الفقة يري بأنه لا يوجد أي مانع من تكييف التصرف في الجثة بالوصية فالشخص الذي يطلب استعمال جثته من أجل الأغراض العلاجية أو العلمية بعد وفاته، لا يقوم بمجرد تصرف مضاف إلي ما بعد الموت وهذا هو تعريف الوصية ولا يوجد داع لوصف التصرف بعبارات أخري. راجع في ذلك. **د. خالد مصطفي فهمي:** االمرجع السابق، ص ١٣١. **د. حسام الدين الأهواني:** المرجع السابق، ص ١٩١.

حياته، فلا يجوز لأي من ورثته العدول عن ما أوصي به، وليس له حق رفض نقل العضو، أو طلب مقابل نقادي للنقل.

- **كمال الأهلية:**

تشترط معظم التشريعات لصحة الوصية الأهلية الكاملة، إلا أن بعض التشريعات المقارنة أجازت الحصول على الأعضاء البشرية من القاصر بشرط موافقة ولي القاصر، مثال ذلك- المادة ( ٢- ٢٣٢١ L ) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٢٠٤- ٨٠٠ لسنة ٢٠٠٤.

- **ضرورة إفراغ الوصية في شكل كتابي:**

تتجه التشريعات التي تأخذ بالوصية بشأن التصرف في الجثة إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية المصري ٥ لسنة ٢٠١٠ ، القانون الإماراتي في المادة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ في شأن نقل وزراعة الأعضاء، والقانون الكويتي في المادة ٢ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء.

**ب : التصريح الكتابي برفض الاقتطاع من الجثة.**

استلزمت بعض التشريعات من الشخص الذي يرفض المساس بجثته أن يعبر أثناء حياته عن ذلك صراحة بشكل كتابي، وفي هذه الحالة لا يجوز الاقتطاع من جثته ولو بإرادة أقاربه، لأن إرادة المتوفى تعلو من هذه الناحية عن إرادة أقاربه، ومن التشريعات التي اشترطت ذلك القانون المغربي رقم ٩٨-١٦ لسنة ١٩٩٩ الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية في المادة ١٥ والتي اشترطت علي كل شخص يريد وهو علي قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته أن يعبر عن ذلك بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين، لهذا الغرض ويتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات، ويشار إلى هذا التصريح في السجل الذي يمسك لهذا الغرض والمنصوص عليه في المادة ١٧ من القانون.

وفي حالة دخول المريض بقصد العلاج إلى أحد المستشفيات المرخص لها بأخذ الأعضاء من الأموات لأغراض علاجية أو علمية، ولم يكن قد عبر عن رفضه وفقاً للإجراءات السابقة، فإنه يمكنه التعبير عن رفضه بأخذ أعضائه أو بعضاً منها، وذلك بالتصريح للطبيب المدير أو للطبيب المعين لهذا الغرض خصيصا، وعلى الطبيب المدير أو الطبيب المعين أن يتلقى تصريح الشخص المريض ويضمنه في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض، ويبلغ التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية المادة ١٨ من القانون

المغربي رقم ٩٨-١٦ لسنة ١٩٩٩ الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية. ويلاحظ في هذا الصدد أن القانون المغربي يشترط تعبير الشخص أثناء حياته عن رفضه المساس بجثته أمام جهة رسمية وهي القاضي، مما يعني أن الكتابة غير كافية لوحدها وإنما يشترط أن يكون الإقرار قضائياً أي أن يتم بإشراف قضائي سواء أكان موافقة علي التبرع أو رفض له.

**٢- الإذن في التصرف في الجثة بدون شكلية:**

حرصت بعض التشريعات على الاعتداد بإذن أو رفض المتوفى التصرف في جثته دون التقييد لشروط شكلية تقيد ذلك، وعلى هذا الأساس يجوز للشخص أن يوصي بذلك شفاهة أو كتابة بدون الحاجة في إفراغ موافقته في شكل رسمي معين، كما يجوز له منع المساس بجثته بعد وفاته بالطريقة التي يراها مناسبة.

ومن التشريعات المقارنة التي اعتمدت هذه الطريقة المرسوم الملكي الإسباني الصادر سنة ١٩٨٠ والذي أشار في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على إمكانية التعبير عن موافقة الشخص بشأن الاقتطاع من جثته بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة، ويستطيع أن يحدد أعضاء بذاتها وعددها، مع إمكانية تحديد أغراض الاقتطاع علاجية أو علمية، بالإضافة إلى أنه يستطيع أن يحدد الجهة التي يجري فيها الاقتطاع حتى لا تشوه الجثة.

كما أن هذا المرسوم لم يشترط طريقة معينة للتعبير أيضا عن رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، إذ يمكن الإفصاح عن ذلك بطريقة الوصية الكتابية أو الشفهية أو بأية لكل شخص أن: طريقة يراها مناسبة، فقد جاء في المادة الثالثة من هذا المرسوم ما يلي يعبر صراحة عن رفضه لأية عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي تلتزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العملية أو في الوثيقة التي تجيز إجراء العملية الجراحية ...أو بأية طريقة أخرى بدون اتباع شكلية معينة.

والجدير بالملاحظة هو تساهل هذه الاتجاه في طرق التعبير عن إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته سواء في حالة الموافقة أو حالة الرفض، إلا أن هذا منتقد لأنه يطرح عدة صعوبات عند الإثبات، فإذا لم يعترض الشخص أثناء حياته على الاقتطاع من جثته وعبر صراحة لمقربيه عن رغبته بالتبرع بأعضائه فرغم ذلك يصعب الحصول على دليل مادي يكشف عن الإرادة الحقيقية لهذا الشخص، وهذا ما يحول دون الاستفادة من أعضائه خاصة في حالة حدوث الوفاة بصفة فجائية.

**٣- بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية:**

لتفادي الصعوبات المتعلقة بإثبات موافقة الشخص بشأن التصرف في جثته اقترح البعض عمل بطاقة خاصة للتبرع يحملها كل شخص بصفة دائمة مثل بطاقة تحقيق الشخصية، وفيهذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يوافق أو يعترض على الاقتطاع من جثته[١].

ورغم الشكلية المطلوبة في هذه الطريقة إلا أنها تجنب البحث عند الحاجة عن موقف الشخص من المساس بجثته[٢].

وقد أخذ بهذا النظام مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية الصادر في ١٩٦٨/٧/٣٠ فأجاز أن يعبر عن إرادته في بطاقات مخصصة لهذا الغرض، واشترطت الفقرة السادسة من المادة الرابعة منه لصحة هذا الإجراء أن يتم بحضور شاهدين يوقعان على البطاقة، وأعتقد أن أسلوب بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية جدير بالتأييد[٣].

**ثانياً: الموافقة الضمنية بشأن الاقتطاع من الجثة.**

من بين الوسائل القانونية المعتمدة للتعبير عن إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته قرينة الموافقة التي اعتمدها المشرع الفرنسي.

**١- قرينة الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثث في القانون الفرنسي:**

لقد تطور شكل التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي، فقد كان المبدأ في ظل قانون ١٩٤٩/٧/٨ يفرض أن تكون الموافقة صريحة بشأن الاقتطاع من الجثة سواء صدرت الموافقة مباشرة من المتوفى أثناء حياته أو بواسطة عائلته بعد مماته، ولا يمكن أن يتم الاقتطاع من جثة المتوفى بدون هذه الموافقة، ولكن قانون caillavet لسنة ١٩٧٦ عكس هذا المبدأ بنصه على قرينة الموافقة، وبالتالي لم تعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة إلا في حالات خاصة كالاقتطاع من جثة المتوفى القاصر أو عديم الأهلية، وهو ما يوجب أن نتعرض لموقف كلاً من التشريع الفرنسي والفقة الفرنسي علي النحو الآتي:

---

[١] – **د. حسام الدين الأهواني:** المشاكل القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ١٨٨.

[٢] – **د. أحمد شوقي أبو خطوة** : القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٢١٥. **د. أحمد محمد بدوي:** نقل وزرع الأعضاء البشرية، مطبعة سعد سمك للمطبعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٢٩.

[٣] – **د. أسامة علي عصمت الشناوي:** الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائة، المرجع السابق، ص ٣١٧.

**أ- مفهوم قرينة الموافقة في التشريع الفرنسي:**

قرينة الموافقة التي أخذ بها المشرع الفرنسي منذ قانون Caillavet الصادر عام ١٩٧٦ تعني أن الشخص الذي لم يعترض أثناء حياته على اقتطاع الأعضاء من جثته، يعتبر أنه وافق عليها[١]، وهذا ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون Caillavet حيث نص علي أنه: يمكن اقتطاع الأعضاء لأغ ا رض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعترض أثناء حياته على مثل هذا الاقتطاع. ودلالة ذلك أن المشرع الفرنسي اعتمد على آلية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الطبيب الجراح إلى المتبرع، فالمبدأ هو إذن حرية الأطباء باقتطاع الأعضاء من جثة الشخص لأغراض علاجية أو علمية والقيد الوحيد الذي يرد على هذه الحرية ويحول دون التصرف بالجثة هو صدور الاعتراض من قبل المتوفى أثناء حياته[٢].

إلا أن قرينة الموافقة أثارت صعوبة فيما يتعلق بعدد الأعضاء التي يجوز اقتطاعها من الجثة، لان المشرع الفرنسي في النص السابق إستعمل صيغة الجمع، مما دفع الكثير إلى الاعتقاد بمشروعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء، وهو ما دعى البعض للقول بأنه: نظرياً يمكن اقتطاع الأجزاء المختلفة للجثة حتى لا يبقى منها شئ أبداً[٣].

ولم يتعرض قانون Caillavet إلى رأي أقارب المتوفى بشأن موضوع الاقتطاع، وذلك على أساس أنه بثبوت الموافقة الضمنية للمتوفى كامل الأهلية يمنع تدخل الأقارب سواء لغرض الموافقة أو للاعتراض على الاقتطاع، وبهذا الخصوص ورد في حكم مجلس الدولة الصادر في ١٩٨٣ بأنه: يستبعد القانون قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر الشخص المتوفي معارضته أثناء حياته.

غير أنه قد يكون الرجوع إلى أقارب المتوفى ضرورياً إذا عبر لهم هذا الأخير عن رفضه الاقتطاع من الجثة ولم يقم بالإجراء اللازم لتأكيد ذلك، ومع هذا لم يهتم قانون Caillavet إلا بالرفض الذي عبر عنه المتوفى أثناء حياته أما العائلة ليست إلا ناطقاً رسمياً له.

---

[1]- **Binet Jean-René:** La réforme de la loi bioéthique, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 28.

[2]- **Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain: etude prospective à partir du modèle français, op.cit, p. 134.

[3]- **Anne-Marie Fixot**:«Don, corps et dette : questions anthropologiques et philosophiques, une approche maussienne », in Donner, recevoir un organe, droit, dû, devoir, sous la direction de Marie-Jo Thiel, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 115. **David Le Breton:** «Nulle société humaine ne perçoit le corps comme un cadavre indifférent après la mort » in « Greffe », in Le dictionnaire du corps, sous la direction de Michela Marzano, PUF, 2007, p. 417.

فقانون Caillavet لا يعول على موافقة الأسرة باقتطاع أعضاء من جثة أفرادها، وذلك لاعتبارات تتعلق بالتضامن الإنساني ومسايرة تقدم وتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[١].أما بالنسبة لقانون ١٩٩٤ فإنه لم يأتي بتعديلات جوهرية في مجال نقل الأعضاء من الأموات لأنه تبني المبادئ ذاتها التي جاء بها قانون Caillavet لسنة ١٩٧٦ فأكد أيضاً علي قرينة الموافقة[٢].

**ب- موقف الفقة من قرينة الموافقة:**

لم تجد قرينة الموافقة التي جاء بها قانون Caillavet تأيداً من بعض الفقة الفرنسي، بإعتبارها تتعارض مع قواعد الديمقراطية، ومن ناحية أخري أيد فريق من الفقة الفرنسي الأخذ بمبدأ الموافقة المفترضة، وذلك لأنه من الخطأ الاعتماد على الموافقة الصريحة من جانب المتبرع لأن الشخص المتمتع بصحة جيدة قلما يهتم باستخدام جثته بعد الوفاة، وأعتبروا ذلك الحل الأنسب لمشكلة إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثث والهدف الأساسي الذي قصده المشرع الفرنسي من خلال اعتماده على قرينة الموافقة هو بالتأكيد توفير الأعضاء البشرية اللازمة للأطباء، وذلك بالسماح لهم باقتطاع أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية وهذا لتغطية العدد المتزايد لطلبات الزرع وهو ما زال سارياً، ونشير إلي أن المشرع الفرنسي حاول درء بعض أوجه النقد في قانون ١٩٩٤ فباستثناء الاقتطاع الذي يكون لأغراض علمية محضة أو الاقتطاع الذي يتم من جثة القاصر لا يشترط القانون الفرنسي الموافقة الصريحة للمساس بالجثث[٣].

**٢- موقف المشرع المصري من الموافقة الضمنية.**

لم يشترط المشرع المصري شروط شكلية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من الجثة، وذلك على عكس المشرع الفرنسي، ولم يتوقف بالموافقة عند حد التعبير عنها كتابياً، بل أنه قيدها بوجوب افراغها في قالب رسمي سواء كانت في صورة وصية أو اقرار كتابي، وهو ما أفصح عنه المشرع المصري في المادة ٨ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن ثبوت ارادة التبرع من الميت قبل الوفاة كتابياً سواء تمثلت هذه الكتابة في صورة وصية، أو في أي ورقة رسمية تثبت ذلك. وفي المقابل لا يشترط أفراغ الرفض في ورقة رسمية، فإثر عدم وجود الورقة الرسمية بالموافقة عدم جواز النقل، سواء كان هذا النقل بين الاقارب أو غيرهم. ويبقي دور اللجنة المنصوص عليها في هذه الحالة التثبت من صحة المستندات.

---

[١]- **د. أحمد شوقي أبو خطوة:** المرجع السابق، ص ٢٢٦.

[2]- **Oikaoui Younes**: op. cit, p. 131.

[3]- **Oikaoui Younes**: Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain: etude prospective à partir du modèle français, op.cit, p. 134. **Binet Jean-René:** La réforme de la loi bioéthique, op.cit, p. 28.

بالنسبة للتشريح الطبي: فقد تكون جثة شخص محل طلب السلطة العمومية، ففي هذه الحالة لا يمكن للاعتراض الكتابي بعدم المساس بالجثة الذي يصدر من الشخص أثناء حياته أن يعيق عملية التشريح الطبي، فهذا الاعتراض لا فائدة منه لأن التشريح يتم بقوة القانون، كما تقدم مصلحة القيام بعملية التشريح على مصلحة اقتطاع الأعضاء البشرية، وهذا من أجل كشف أسباب الوفاة.

ونشير إلي أن هناك اتجاه في الفقه القانوني يرى أن الجثة ليست ملكاً للشخص أو أسرته بل هي ملك للدولة ويمكنها تبعاً لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة، ويري الفقة الإيطالي Giovanni الذي نادى بهذا الاتجاه ضرورة تغليب حقوق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة[1].

ويقوم هذا الاتجاه على أساس ضرورة مسايرة القانون للتقدم الطبي، فالموافقة كانت ضرورية في وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا للتشريح لمعرفة أسباب الوفاة، ومن ثم فلا استعجال ويمكن الحصول على موافقة الأقارب بتأني، أما وقد نجحت عمليات زرع الأعضاء ونجاحها يستلزم سرعة القيام بالاقتطاع من اللجنة بعد الوفاة مباشرة فإنه لابد من الاستغناء عن موافقه الأقارب أي يجب ترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة[2].

من هذا المنطلق يستطيع الطبيب بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أحد أقارب المتوفى تقدير مدى ملائمة إجراء عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث لنقلها إلى شخص آخر، ويستند تصرف الطبيب في مثل هذه الحالات إلى فكرة المصلحة العامة أو مصلحة الجماعة.

وقد استندت بعض التشريعات المقارنة إلى فكرة الضرورة أو الاستعجال لتبرير الاقتطاع من الجثث بدون موافقة أحد، كالقانون الكويتي في المادة ٦ من القانون ٨٧-٥٥ الصادر في ديسمبر ١٩٨٧ بشأن نقل الأعضاء البشرية حيث أجاز نقل الأعضاء من الجثة في حالة الضرورة ولو اعترض الأقارب بترخيص من وزير الصحة على ذلك، بناء على توصية لجنة تتكون من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل.

ومن جانبنا لا نتفق مع هذا النص الذي يمنح وزير الصحة اختصاص سلطة الترخيص بشأن هذه المسألة رغم أنه لا يملك أية صفة في هذا المجال، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون

---

[1] – **د. خالد مصطفي فهمي**: النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

[2] – **د. أسامة علي عصمت الشناوي**: الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائة، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

أن هذا النص عام بحيث يسري سواء أكان المتوفى مجهول الهوية أو معلوم الشخصية طالما تحققت الشروط.

## الفصل الثاني
## السياسة العقابية للمشرع المصري
## في مواجهة جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية.

نحو إصلاح للسياسة العقابية للمشرع المصري في مواجهة طائفة الجرائم الذي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ جاءت التعديلات التي تضمنها القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظم زرع الأعضاء البشرية[١]، لتدرء عن السياسة العقابية للمشرع المصري بعضاً من أوجه نقصها وقصورها والتي نص في مادته الأولي علي أن: يستبدل بنصوص المواد (١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٤ ) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

والواضح أن المشرع المصري أعتد بجسامة النتيجة الإجرامية كمعيار لتشديد العقوبات المفروضة وهو ما نصت عليه المادة ١٧ من التعديل سالف الذكر، كما أعتد بخطورة الفعل وأتخذ من الأكراه أو التحايل ظرفاً مشدداً إذا ترتب علي الفعل الوفاة وساوي في العقوبة بين الجريمة التي تقع بالاكراه أو التحايل إذا ترتب عليها الموت وبين عقوبة القتل مع سبق الإصرار المنصوص عليها بالمادة ٢٣٠ عقوبات، وهو ما نصت عليه المادة ١٩ من التعديل سالف الذكر. ولم يكن بمنأي عن التعديل التوسع من سلطة القاضي التقديرية في تفريد العقوبة علي النحو الذي نصت عليه المادة ٢٣ من التعديل المشار اليه سلفاً بفرض عقوبة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، لمخالفة أحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وقد أحسن المشرع المصري صنعاً بما فرض حتي لا يتم معاملة المتهمين علي أنهم علائق متناظرة، فالتفريد القضائي والتوسع من سلطة القاضي يضمن للعقوبة عدالتها وهو مناط شرعية العقوبة. وقد أحتفظ المشرع المصري بالمادتين ( ٢١ ، ٢٢) والذي جاء بهما القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية، وسوف نتناول السياسة العقابية علي النحو الآتي:

---

[١] – الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ مكرر والمنشور بتاريخ ٢٠١٧/٧/٢٢.

## المبحث الأول

## السياسة العقابية في ضوء القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧

سعياً من المشرع المصري لمواجهة جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية جاء التعديل الذي أفصح عن خطة المشرع المصري العقابية لتمايز بين الجرائم من حيث جسامة النتيجة الإجرامية المترتبة علي الفعل الإجرامي، متخذاً من الاكراه والتحايل ظرفاً مشدداً لينقل الجريمة من وصف الي وصف، متخذاً من جسامة النتيجة ( الوفاة ) سبباً لتشديد المشدد بفرض عقوبة الإعدام علي نحو ما أفصحت عنه المادة ١٩ من التعديل سالف الذكر وهو ما سوف نتناوله تفصيلاً في موضوعه.

وقد قدر المشرع أن هدف الجاني من نشاطة الإجرامي تحقيق الربح السريع وهو ما أهتمت السياسة العقابية للمشرع المصري بمواجهته بما فرضه من غرامات، وعقوبة الغرامة لا تأتي عقوبة أصلية إلا بما أورده المشرع بنص المادة ٢٣ والذي يجيز للقاضى الاختيار بين عقوبة الغرامة أوعقوبة السجن والغرامة. كما يجب أن تراعي أحكام المادة ١١٦ مكرراً من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الطفل الصادر في ٢٠٠٨/٦/١٥ والتي تنص علي: ( يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت من بالغ على طفل....). وهو الأمر الذي تصبح معة هذه المادة واجبة التطبيق دون مواد الإتهام التي تفرض عقوبه سالبة للحرية فقط، وهو ما يجعل الجريمة في صورتها البسيطة[١]. وسوف نتناول خطة المشرع العقابية التي جاء بها القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ علي النحو الآتي:

### المطلب الأول

### جسامة النتيجة المترتبة علي مخالفة القواعد التنظيمية

[١] – وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض: لما كانت المادة ١١٦ مكرراً من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الطفل الصادر في ٢٠٠٨/٦/١٥ تنص على أنه (يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت من بالغ على طفل....)، وكان مؤدى هذا النص أن المشرع قد شدد العقاب على الجاني البالغ الذي يرتكب جريمة تقع على طفل بأن يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لهذه الجريمة، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن المجني عليها طفلة لم تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة فقد توافرت في حق الطاعن – باعتباره بالغ – مقومات العقاب المشدد المنصوص عليه في المادة ١١٦ مكرراً سالفة الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ عاقب الطاعن بالسجن لمدة ثلاث سنوات وهي الحد الأدنى للعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، لأنه لم يفطن إلى نص المادة سالفة الذكر التي تتطلب زيادة هذا الحد الأدنى بمقدار المثل. **الطعن رقم** ٧٢٠٤ لسنة ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٣/٣/١٠. ( غير منشور).

نصت مادة ( ١٧) من القانون١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ علي أنه: يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من نقل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ( ٢، ٣، ٤، ٥، ٧ ) من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي، تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع، تكون العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه.

وقد ميز المشرع المصري في العقوبات المفروضة بالنظر لمحل الحماية الجنائية، مميزاً بين العضو البشر أو جزء منه وبين النسيج البشري الحي في العقوبات المفروضة. لكنه عاد وأتخذ من جسامة النتيجة معياراً للتشديد إذا أدي الفعل الواقع علي العضو أو جزء منه أو النسيج البشري الحي إلي الوفاة، ويشترط القانون لتحميل الجاني تبعة النتيجة الجسيمة التي تحيق بالمجني عليه أن تكون هذه النتيجة ناشئة عن فعله والمتمثل في نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان مما أدي للوفاة. والنص علي النحو المار ذكره ينطبق في الحالات الآتية:

**الحالة الأول:** إنتفاء حالة الضرورة العلاجية التي تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجه من مرض جسيم.

**الحالة الثانية:** أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

**الحالة الثالثة:** عدم إحاطة المتبرع والمتلقي بالمخاطر المحتملة علي نحو ما نصت المادة السابعة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها فى المادة الثالثة عشر. والحصول علي موافقة المتبرع أو نائبة أو ممثلة إذا كان ناقصى الأهلية أو عديمها– بالنسبة للخلايا الأم – وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من القانون. ولا يعتبر الرضا متوافر قانوناً إذا أفرغ في غير الشكل الذي نص علية القانون

**الحالة الرابعة:** النقل من مصري إلي أجنبي، أو من أجنبي إلي أجنبي دون مراعاة الشروط الواردة بالمادة الثالثة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والتي أجازت النقل بين الزوجين إذا كان أحدهما مصري والآخر أجنبي طالما مضي علي عقد الزواج الموثق ثلاث سنوات. أو بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي. أما فيما يتعلق بالنقل والزرع بين الأجانب فيشترط أن يكونا من جنسية واحدة بناء على طلب الدولة التى ينتمى إليها المتبرع والمتلقي.

**الحالة الخامسة:** مخالفة شرط عدم المالية ( مجانية التبرع )، أي أن يكون النقل والزرع بمقابل دون النظر لماهية المقابل أو قيمته.

**الحالة السادسة:** التبرع لغير الأقارب دون موافقة اللجنة الخاصة التى تُشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقاً للضوابط والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وولو كان المريض مهدد بخطر جسيم وأن النقل هو الوسيلة الوحيدة، طالما تخلف شرط موافقة اللجنه الخاصة المشكلة بقرار من وزير الصحة في حالة التبرع لغير الأقارب.

**الحالة السابعة: عدم توافر الرضا علي النحو الذي تطلبة المادة الخامسة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠**، الواضح أن للرضا في مفهوم قانون نقل وزرع الأعضاء مفهوم خاص، فيشترط في الرضا الذي يجيز التبرع أن يكون صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة ومستمراً ومتصلاً حتي البدء في عملية النقل، فإذا تم العدول قبل التنفيذ لا يعد الرضا متوافر، فضلاً علي أنه يشترط أن يكون الرضا متبصراً أي أنه تم إحاطة المتبرع بالمخاطر الصحية الحالية والمستقبلية المحتملة والمؤكده المترتبه علي عملية النقل، فإذا تخلف أياً من شروط الرضا خرج الفعل خارج دائرة الإباحة وخضع للتجريم لتخلف ركن أساسي لإباحته وهو الرضا.

**الحالة الثامنة: نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري حي من طفل أو عديم الأهلية أو ناقصها.** ولو كان التبرع الحاصل من أياً منهم رضائياً وتم بموافقة من ينوب عنهم أو يمثلهم. وخروجاً علي القاعدة العامة أجاز المشرع نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة شرط عدم وجود متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوى الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما فى حالة وفاة الثانى، أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانونى لعديم الأهلية أو ناقصها. وفي جميع الحالات يجوز للمتبرع العدول عن عملية النقل حتي ما قبل البدء في إجراءاتها.

**الحالة التاسعة:** نقل وزرع الخلايا التناسلية بما يودي لخلط الأنساب، ولا يعتد بالرضا في الإباحة.

والنص الوارد علي النحو المار ذكره بالمادة ١٧ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ والمعدل للقانون ٥ لسنة ٢٠١٠ فرق في العقوبات المفروضة بين ثلاث حالات:

**الأول: نقل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع.**

في الحالات السابقة إذا تمثل الفعل في نقل عضو بشري أو جزء منه وكان ذلك بقصد الزرع تكون العقوبة السجن المشدد والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه.

وقصد الزرع المنصوص عليه بالمادة ١٧ يجعل الجريمة من طائفة الجرائم التي اشترط المشرع لإنعقاد المسئولية الجنائية عنها توافر قصد جنائي خاص يتمثل في أن يكون النقل بقصد الذرع لإنسان آخر، وهو ما يخرج بعض الأفعال من دائرة التجريم، كأن يكون النقل بفصد الأستئصال لعلاج مريض وجب إستئصال العضو منه لتداركه بالشفاء.

ونشير إلي أن القصد الجنائي الخاص في الجريمة يبدو واضحاً من صياغة النص الجنائي، فإذا كان النص يفترض إتجاه الإرادة نحو نتيجة معينة بعيدة عن النتيجة التي يقوم عليها الركن المادي للجريمة وفقاً للوصف الذي حددة القانون، مما يعني أنه يتطلب القصد الخاص بجانب القصد العام[١]. ويرجع في تقدير توافره أو عدم توافره إلى سلطة محكمة الموضوع وحريتها في تقدير الأدلة ما دام استخلاصه سائغاً في حدود سلطته التقديرية من ظروف الدعوى ومما يأتيه الجاني من أمارات ومظاهر تنم عما يضمره.

فالقصد الجنائي الخاص الذي يعتد فيه المشرع بالباعث أو بغاية معينة أو بنية تحقيق نتيجة معينة يتطلبها القانون لاكتمال الركن المعنوي للجريمة، بحيث يؤثر فيها وجوداً وعدماً. ولكن إذا كان القصد الخاص يعرف بأنه قصد تحقيق نتيجة معينة، فإنه لا ينبغي الخلط بينه وبين النتيجة ذاتها. فهذه النتيجة قد لا تتحقق، وقد لا تتطابق مع النتيجة التي كانت متوقعة.

فالقصد الخاص هو إذن نية خاصة تتعلق بالنتيجة الإجرامية كما هو الشأن في الجريمة المنصوص عليها بالمادة ١٧ ويلزم فيها إلي جوار القصد العام أن تتوافر لدي الجاني" قصد الزرع". ولا يشترط للقول بتوافر القصد الخاص أن تكون النية واصلة لأقصي مداها" العزم والتصميم" الذي يدفع بالشخص لإتيان الفعل المحقق لرغباتها وأن كان الأصل أن تقع الأمور في الحياة كذلك، لأن النية تكون قائمة من غير جدال إذا أستوي لديها حدوث الزرع من عدمه بقبولهاالإستمرار في تنفيذ الفعل المحقق لها، غاية الأمر انها نية ليست عازمة ودافعة لوجود الفعل المحقق للزرع، وإنما هي نية قابلة ومؤيدة لإستمرار تنفيذ الفعل المحقق لها، فقصد الزرع المتطلب قانوناً يستوي أن يكون في أقصي مداها أو في مبدأ قواها. ومن ثم، فإن القصد الجنائي الخاص هو الذي يعتد فيه المشرع بالباعث أو بغاية معينة أو بنية تحقيق نتيجة معينة يتطلبها القانون لاكتمال الركن المعنوي للجريمة، بحيث يؤثر فيها وجوداً وعدماً، ويستخلص هذا القصد الخاص من الوصف التشريعي للجريمة.

---

[١] – **د. أحمد فتحي سرور**: الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص٥٧٦.

ولا يكتفي الشارع بثبوت القصد الخاص بالأخذ بإعتبارات وافتراضات قانونية، بل يجب التحقق من قيامه من الأدلة المستمدة من حقيقة الواقع[1]. دون النظر لجسامة الإعتداء الواقع علي جسم الإنسان، فجسامة السلوك الإجرامي أمراً يتعلق بالركن المادي للجريمة، اما القصد الخاص ( قصد الزرع) فهو القصد الجنائي الخاص ومناط المسئولية الجنائية للجاني عن الجريمة مناط التأثيم. وفي مثل هذا قضت محكمة النقض:" أن اشعال النار بالمجني عليه أو القاء لفافة مشتعلة بالنار على مخدع فى نوه لا يفيد حتما أن الطاعن أنتوى ازهاق روحه، لأحتمال أن لا تتجاوز نيته في هذه الحالة الارهاب أو التعدي[2].

ومن ثم، أصبح التزاماً علي محكمة الموضوع أن تستظهر القصد الجنائي للجريمة ( قصد الزرع ) بوصفة أمراً داخلياً يبطنة الجاني بعيد عن الأفعال التي اتاها الجاني وأن بلغت من الجسامة والخطورة قدراً كبيراً ، فمناط عمل القاضي أن يستظهر هذه النية ويقدم الدليل الجازم دون شك أو إبهام علي توافره

**الثانية: نقل نسيج بشري حي بقصد الزرع.**

إذا وقع الفعل على نسيج بشري، ويكون ذلك بقصد الزرع أيضاً، وأن جاء النص بشأنه غير مقترناً بالقصد، لكنه يعطف علي الصورة الإجرامية السابقة، بإعتبار أن هذه الصورة الاجرامية جزء لا يتجزء منها، تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات.

وقد قصر المشرع العقوبة لهذه الصورة علي العقوبة السالبة للحرية دون الغرامة، في تفرقة في غير محلها عن الصورة السابقة، وخاصة أنه ساوي بين نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري حي إذا ترتب علي أياً منها الوفاة، وهو يؤخذ علي خطة المشرع العقابية بشأن العقوبة المفروضة إذا وقع الفعل علي نسيج بشري حي بأن قصر العقوبة علي العقوبة السالبة للحرية دون الغرامة، التي تتكفل مع العقوبة السالبة للحرية في تحقيق الردع متي اراد لذلك سبيلاً.

**الثالثة: إذا حدث الوفاة نتيجة نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري حي.**

أتخذ المشرع المصري من جسامة النتيجة معياراً للتشديد وأتخذ من وفاة الناقل ظرفاً للتشديد بجعل العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه. إذ تحققت الوفاة أثراً لنقل العضو أو جزء من العضو أو النسيج البشري الحي.

وليس لفكرة السببية في هذا المجال مفهوم يختلف عن مفهومها العام لعلاقة السببية في جريمة القتل. فهي هنا كما هي هناك علاقة موضوعية بين أمرين متعاقبين في الزمان عرف الناس بهدي

---

[1] – **نقض** ١٣/١/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، س٢٠، ق٢٣، ص١٠٤.

[2] – **نقض** ٨/٢/١٩٩٠، مجموعة أحكام النقض، س٤١، ق٥٦، ص٣٤٠.

من تجاربهم ان أولهما يفضي بحكم العادة إلي الثاني، فجعلوا الأول سبباً والثاني نتيجة[1]. وليس من اللازم لإعتبار الفعل سبباً أن يستقل وحده بإحداث النتيجة، فقد تسهم معه في ذلك عوامل أخري، ومع ذلك يظل الفعل سبباً، بشرط أن يكون إسهام هذه العوامل مألوفاً غير مستنكر. وإنما يفقد الفعل دوره السلبي إذا اقتحم أحد العوامل الشاذة تسلسل الأمور الذي ألفه الناس فقطعه، فعندئذ لا تعزي النتيجة إلي الفعل الذي صدر من الجاني، بل إلي ذلك العامل الشاذ.

وقد يقع الفعل الإجرامي من الجاني بمفردة وقد يتعدد الجناة، ويسأل الجاني بصفته فاعلاً إذا كان هو الذى قام بنقل العضو أو جزء من عضو أو النسيج مما أدي إلي الوفاة، أو ساهم في ذلك بأن قام بفتح بطن المريض، وقام أخر بنزع العضو منها، أو أن يكون قد اتفق مع غيره وقام بنقل المريض للغرفة المخصصة لذلك وقام آخر بنزع العضو ولو لم يكن هو من قام بنقل العضو بل كان غيره ممن اتفق معهم هو الذى أحدث الوفاة[2]. وتلتزم المحكمة ببيان ما أتاه الجاني من أفعال ساهمت في تحقيق النتيجة الإجرامية وكذا بيان العلاقة بين هذه الأفعال والوفاة، ولا يغني عن ذلك قول المحكمة أن الوفاة حدثت بسبب فعل المتهمين مجتمعين علي المجني علية.

كما أنه لا عبرة بالبواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته إلى ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مملوءة بالشفقة وابتغاء الخير لمريض آخر ( المتلقي )، وكذلك لا يؤثر في قيام هذا القصد أن يكون من وقع منه فعل النقل بقصد الزرع مرخصاً له قانوناً في مزاولة مهنة الطب أو فرع من فروعه[3].

ويشترط حدوث الوفاة، ويستوي أن يكون حصولها أثراً للفعل أو تراخت عنه طالما ارتبطت به سبباً، سواء حدثت عقب الفعل الإجرامي مباشرة، أو تراخت عنه مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة، فالقانون يتطلب حصول الوفاة فعلاً على انسان حي ولو كان وليداً حديث العهد، والعبرة في المجني عليه بحياته لا بحيوته، فيكفي أن يقع عليه الوفاة وهو على قيد الحياة وأن كان غير قابل أن يعيش طويلاً سواء أكان بسبب المرض ام الشيخوخة ام غير ذلك[4].

وإذا كان الناقل طفل، تجب مراعاة تطبيق أحكام المادة ١١٦ مكرراً من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الطفل الصادر في ٢٠٠٨/٦/١٥ تنص

---

[1] – **د. رؤوف عبيد**: السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٨٤، ص٣.

[2] – **في ذات المعني الطعن** رقم ١٠٤٤ لسنة ٨١ ق، جلسة٢٠١٢/٣/١٥، س٦٣، رقم ٤٥، ص٢٩٠.

[3] – **الطعن** رقم ١٠٣٦٨ لسنة ٧١ ق، جلسة ٢٠٠٨/١١/٤، س ٥٩، رقم ٨٦، ص٤٦٧.

[4] – **د. رمسيس بهنام: د. رمسيس بهنام**: القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، ١٩٨٢،، ص ٢١٣.

على أنه ( يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت من بالغ على طفل....).

وهو الأمر الذي تصبح معة هذه المادة واجبة التطبيق دون المادة ١٧ والتي فرضت عقوبة السجن المشدد والسجن بين حديها العامين. إلا أن المادة ١١٦ مكرراً من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ قد زادت بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت من بالغ على طفل، وهو ما يفرض علي المحكمة لصحة تطبيق القانون رفع الحد الأدني المقرر للعقوبة بمقدار المثل شرط أن يكون الجاني ( بالغ )، وهو ما يجعل الجريمة في صورتها البسيطة، مشددة إذا وقعت من بالغاً علي طفل. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض: لما كان البيّن من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أورد واقعة الدعوى وأدلة الثبوت عليها انتهى إلى معاقبة الطاعن بالسجن لمدة ثلاث سنوات وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات المستبدل بالمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ والتي تنص على أن (كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالسجن)، وكانت المادة ١١٦ مكرراً من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الطفل الصادر في ٢٠٠٨/٦/١٥ تنص على أنه (يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت من بالغ على طفل....)، وكان مؤدى هذا النص أن المشرع قد شدد العقاب على الجاني البالغ الذي يرتكب جريمة تقع على طفل بأن يزداد بمقدار المثل الحد الأدنى للعقوبة المقررة لهذه الجريمة، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن المجني عليها طفلة لم تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة فقد توافرت في حق الطاعن – باعتباره بالغ – مقومات العقاب المشدد المنصوص عليه في المادة ١١٦ مكرراً سالفة الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ عاقب الطاعن بالسجن لمدة ثلاث سنوات وهي الحد الأدنى للعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، لأنه لم يفطن إلى نص المادة سالفة الذكر التي تتطلب زيادة هذا الحد الأدنى بمقدار المثل[١].

[١] – **الطعن رقم** ٧٢٠٤ لسنة ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٣/٣/١٠. (غير منشور)

## المطلب الثاني

## نقل وزرع الأعضاء في غير المنشأة الطبية المرخص لها

فرض المشرع المصري حمايتة الجنائية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في كفاة مراحلها علي نحو ما أنتظمته القواعد الموضوعية المنظمة للعملية، غير مفرق في ذلك بين قاعدة موضوعية وأخري، وأتخذ من تشديد العقوبات المفروضة سبيلاً لتحقيق الردع بنوعية، لمواجهة ظاهرة نقل الأعضاء البشرية خارج دائرة القانون.

وقد جاءت نص المادة ١٨ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ لتبسط الحماية الجنائية علي كل مراحل الفعل الإجرامي في مواجهة جادة من المشرع لكافة صور الجريمة، وقد أعتد المشرع بمكان الجريمة (المنشأت الطبية غير المرخص لها )، وأتخذ منه وقوع الفعل فيه مناطاً للتجريم بنصه: مع عدم الإخلال بالعقوبات المقررة في المادتين ( ١٧، ١٩ ) من هذا القانون، يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على مليوني جنيه كل من أجرى أو ساعد في إجراء عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد .

ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية غير المرخص لها، والتي تجرى فيها أي عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري حال ثبوت علمه بذلك .

وقد حددت المادة ١٢ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ علي سبيل الحصر المنشأة الطبية المرخص لها بإن تجري العمليات الطبية فيها بقوله: يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناءعلى موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين فى شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة فى هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات. ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون فئاته بما لا يجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد له. ويجب أن يتسم تنظيم وتنفيذ أنشطة التبرع والزرع بالشفافية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

والتزاماً بصريح النص، يعد في حكم المنشأت الطبية الغير مرخص لها المنشأت التي أنتهت مدة الترخيص الممنوح لها دون تجديد الترخيص الممنوح. كما لا عبرة بنقل وزرع العضو في نطاق أحكام قانون نقل وزرع الأعضاء طالما تمت العملية في منشأة طبية غير مرخص لها، فالأحكام الموضوعية التي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ قسائم متساندة يشاطر بها بعض، فلا يعفي الالتزام ببعض الأحكام دون الالتزام بكل الأحكام الواردة منها ، وأخصها نقل وزرع العضو في منشأة مرخص بها.

والعبرة في تحديد المنشأة مرخص لها من عدمة هو وقت عملية الزرع، فإذا تمت العملية في منشأة طبية غير مرخص لها، ثم حصلت المنشأة علي ترخيص القانون بعد ذلك فلا يغير ذلك من الفعل ولا يرتد بالفعل من دائرة التجريم إلي دائرة الإباحة، وقياساً علي ذلك إذا أجريت العملية في منشأة مرخص لها وإثناء مرحلة متابعة المريض علاجياً داخلها لم يتم تجديد الترخيص لها، فلا يعد الفعل خرقاً للحظر المفروض بالمادة ١٢ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والمعاقب عليه بالمادة ١٨ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٥، فالعبرة في التطبيق هو بوصف المنشأة وقت إجراء العملية.

ولكن يثور التساؤل إذا كانت المنشأة مرخص لها بإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء، وقد تم نقل العضو في ظل تصريح القانون لها، وقبل زرع العضو أنتهي الترخيص الممنوح قانوناً ولم يتم التجديد لها بممارسة هذه العمليات الطبية. ولدينا، أن الترخيص يمتد بقوة القانون لما بعد الإنتهاء من عملية الزرع مراعاة للضرورة الطبية العلاجية التي تقتضيها حالة المريض، كما أن التأخير في الزرع قد يؤدي لتلف العضو، فضلاً علي أن العبرة بمقدمات الإجراءات لا بخواتيمها.

ولا عبرة لصفة المنشأة، فقد تكون منشأة حكومية أو خاصة، فترخيص القانون هو مناط منح المشروعية لهذه الطائفة من العمليات الطبية، كما أنه لا عبرة بصفة القائم بالعملية فقد يكون متخصص في نقل وزرع الأعضاء في مستشفي مرخص لها، ولكن مناط إنعقاد المسئولية هو إجراء العملية في منشأة غير مرخص لها.

أما فيما يتعلق بتجاوز حدود الترخيص فيما يتعلق بمعايير الجودة وتنظيم عمليات التبرع والزرع، فقد رتب المشرع جزاءات إدارية ويتمثل في عدم تجديد الترخيص، ولذا جعل المشرع مدة الترخيص الممنوحة لمدة عام، فإذا لم تلتزم المنشأة بالشروط المنصوص عليها قانوناً كان أثراً لذلك عدم تجديد الترخيص، ومد الترخيص بعد انقضاء العام الأول يكون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

والعلة الذي إبتغاها المشرع المصري من النص المار ذكره هو بسط رقابته علي هذه العمليات لخطورتها وخطورة الآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بالمتبرع أو المريض المنقول له، ومن ناحية

أخري مواجهة عمليات الأتجار بالأعضاء البشرية التي تتم في بعض المنشأة، ولذا تنعقد المسئولية الجنائية لكل من أجرى أو ساعد في إجراء عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك، كما تنعقد المسئولية الجنائية للمدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية غير المرخص لها.

ولذا أفصحت خطة المشرع المصري لمواجهة صور الخروج عن القواعد التنظيمة فيما يتعلق بالمنشأة الطبية المرخص لها وإجراء عمليات النقل والزرع في غير المنشأة الطبية المرخص لها علي النحو الذي أوضحته المادة ١٨ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ في مسئولية كلاً من:

- كل من أجرى أو ساعد في إجراء عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها.
- المدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية غير المرخص لها، والتي تجرى فيها أي عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري.
- تحقق علم من أجري العملية أو من ساعده والمدير المسئول بإن المنشأة الطبية غير مرخص لها.

وأعتبر المشرع المساعدة في إجراء العملية جريمة قائمة بذاتها وليس من صور الأشتراك في الجريمة بإعتبار أن المصلحة المحمية هو إجراء هذه العمليات في المنشأة المرخص لها، وأن النشاط الذي ارتكبة المساعد قد وقع منه بعد علمة اليقيني أن المنشأة غير مرخص لها.

ويعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على مليوني جنيه كل من أجرى أو ساعد في إجراء عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد.

ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية غير المرخص لها، والتي تجرى فيها أي عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري حال ثبوت علمه بذلك.

وقد أفصحت خطة المشرع علي أنه أتخذ من جسامة النتيجة معياراً للتشديد بإن شدد العقوبة للسجن المؤبد إذا ترتب علي الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي. كما فرض المشرع فضلاً علي العقوبات السابقة بعض التدابير بشأن المنشأة الطبية الغير مرخص لها علي النحو الذي تضمنته المادة ٢٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ وهي:

- الحرمان من مزاولة المهنة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات.

- غلق المنشأة الطبية غير المرخص لها بإجراء أي من العمليات المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات، ويحكم بغلق المنشأة نهائياً إذا لم تكن من المنشآت الطبية.
- نشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه.

## المطلب الثالث

## نقل وزرع الأعضاء بطريق التحايل أو الإكراه

بهذا النص خرج الشارع على القواعد العامة في تعدد الجرائم والعقوبات[1]، ذلك انه وفقاً لهذه القواعد العامة إذا ارتكب الجاني عدة جرائم تجمعها وحدة الفعل أو الغرض فانه لا يسع القاضي ان يوقع عليه إلا عقوبة واحده هي عقوبة الجريمة الأشد ( م٣٢ ع )[2]، غير أن هذه النتيجة لم ترق في عين الشارع فقرر الخروج عليها بالنسبة لجريمة نقل وزرع الأعضاء فشدد عقوبتها إذا وقعت بطريق التحايل أو الإكراه ، وجعل هذه العقوبة الإعدام، إذا ترتب علي الفعل وفاة المنقول منه أو اليه.

فالشارع إذ تعرض للحالات المشار إليها فى المادة ١٩ من القانون ٤٢ لسنة ٢٠١٧ لم يجر على ما نهجه فى المادة ٣٢ من إعتبار الجرائم التى تنشأ من فعل واحد وتكون مرتبطة إرتباطاً يجعلها غير قابلة للتجزئة جريمة واحدة والحكم فيها بالعقوبة المقررة لأشدها، بل خرج على قواعد وحدة الجرائم وإرتباطها، وأوجب فى تلك الحالات بدلاً من الحكم بالعقوبة المقررة لأشدها ان يحكم بعقوبة واحدة.

وهو ما يعني أن المشرع أتخذ من الوسيلة التي يتم بها نقل العضو أو جزء من العضو أو النسيج البشري معياراً للتشديد، فإذا أفضي الفعل الإجرامي إلي الوفاة أتخذ المشرع من جسامة النتيجة التي أفضي إليها الفعل معياراً للتشديد مساوياً في ذلك بين المنقول منه أو إليه. فنص في المادة ١٩ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ علي أنه: يعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على مليوني جنيه، كل من نقل بقصد الزرع أو زرع العضو المنقول بطريق التحايل أو الإكراه وتطبق ذات العقوبة إذا وقع الفعل على جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع

---

[1] – **د. مأمون سلامة:** الجرائم المرتبطة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٨، ع ٤، ص ٩٥٨.

[2] – **نقض** ١٩٧٧/٤/٣، مجموعة أحكام النقض، س١٤، رقم ١٣٧، ص ٧٦٣.

الفعل المشار إليه على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد. وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المنقول منه أو إليه.

وإستقراءاً للنص علي النحو المار ذكره يتضح أن المشرع أتخذ صورة السلوك الإجرامي معياراً للتشديد إذا وقعت الجريمة بطريق التحايل أو الأكراه، سواء كان نقل العضو أو جزء من العضو بقصد الزرع أو زرع العضو تم بطريق التحايل أو الاكراه، وغاير في العقوبة إذا كان محل الفعل نسيج بشري. وللإحاطة بظرف الإكراه والتحايل كظرف مشدد سوف نتناوله في النقاط الأتيه:

**العلة من التشديد:** الإكراه أو التحايل في جريمة نقل وزرع الأعضاء من أشد ظروفها خطراً، لأن وقوع الفعل بإكراه لا تنطوي علي اعتداء علي سلامة الجسم وتكامل أعضاءه، بل علي النفس أيضاً. ولو ترك الأمر للقواعد العامة لما نال الجاني الذي يعمد إلي العنف بصورة أو التحايل لارتكاب الجريمة إلا عقوبة واحدة طبقاً المادة ٣٢ من قانون العقوبات، وهي عقوبة الجريمة الأشد، وقد رأي الشارع نزولاً علي مقتضيات العدالة وصالح المجتمع أن يدمج الإكراه في الجريمة وأن يجعله ظرفاً مشدداً فيها إذا اقترن بها شدد العقوبات المفروضة.

وقد فرض المشرع سلفاً علي نحو ما نصت المادة ١٧ إذا ما تخلف شرط الرضا عقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه لكل من نقل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع بالمخالفة لأحكام المادة ٥ من هذا القانون ( المنظمة لشروط الرضا الواجب توافره ). أما إذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي، تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع، تكون العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه.

بيد أن المشرع ووفقاً لما جاوبة نص المادة ١٩ أتخذ من التحايل والاكراه بوصفها أحد الصورة التي تبطل الرضا مأخذ لتشديد العقوبات المفروضة وميز بين صور ثلاث تقع بهما الجريمة وهما:

- النقل بقصد الزرع أو زرع العضو المنقول أو جزء من عضو إنسان حي بطريق التحايل أو الإكراه يعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على مليوني جنيه.
- كلا من نقل بقصد الزرع أو زرع نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد.
- وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المنقول منه أو إليه.

ويشترط أن يقع الفعل الأجرامي بقصد الزرع، فإذا تخلف القصد لدي الجاني ولو وقع الفعل بالتحايل والاكراه فلا مجال لإعمال نص المادة ١٩ بإعتبار أن المشرع قصد من التشديد أن يكون النقل الحاصل للعضو أو الجزء منه أو النسيج البشري الحي بقصد الزرع وهو معياراً للتشديد.

وقد أتخذ المشرع من جسامة النتيجة معياراً للتشديد إذا ترتب علي الفعل وفاة المنقول منه أو إلية فتكون العقوبة الاعدام، ولا يشترط في هذه الحالة توافر نية إزهاق الروح لدي الجاني طالما توافر القصد الموصوف من المشرع بقصد الزرع، وهو ما يعفي محكمة الموضوع من استخلاص نية إزهاق الروح لدي الجاني طالما استظهرت أن الفعل الإجرامي وقع بقصد الزرع، ولا عبرة بعد ذلك بصة المتوفى سواء كان المنقول منه أو المنقول إلية.

ومن ثم فإن معيار التفرقة بين المادة ١٧ والمادة ١٩ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ هو ظرف الإكراه أو التحايل، فتحقق أياً منهما ينقل الجريمة من وصف إلي وصف ويشدد العقوبات المفروضة. وقد جعل الشارع التشديد علي درجتين، تفترض أولهما مجرد الإكراه، وتفترض ثانيتهما ترتب وفاة المنقول منه أو إليه علي أثر الفعل.

**موقف المشرع من طبيعة الإكراه:**

الواضح من صريح نص المادة ١٩ أن المشرع أعتد بالاكراه المادي دون المعنوي، وهو المعني المستفاد من قوله ( بالاكراه أو التحايل). وهو ما لا يمكننا التسليم به بقصر صورة الاكراة علي المادي دون المعنوي، وخاصة أن المشرع أشار إلي الإكراه إطلاقاً دون تخصيص وفي هذا ما يكفي لأن يندرج في الإكراه كل وسيلة قسرية تستعمل لغل يد المجني عليه عن المقاومة والحيلولة بينه وبين وقوع الجريمة. كما أن العلة من التشديد تحقق سواء كان الاكراه مادياً أو معنوياً، طالما أدي بطبيعة الحالة للتأثير علي إرادة المجني عليها.

ولا يتطلب القانون في الإكراه أن يكون العنف مهدداً للإنسان في حياته أو أن يكون على درجة معينة من الجسامة أو حتى أن يترك إصابات أو جروح بجسم المجني عليه. ويعد الإكراه متوافر في حالة تخدير المجني عليه لشل مقاومته.

ولا يتحقق الإكراه ولو كان الجاني قد استغل وضعاً قائماً هيأه له الغير عرضاً أو تهياً له بفضل ظروف أخري دون أن يتدخل هو في خلق هذا الوضع أو في الإبقاء عليه، فتحقق الإكراه يستلزم علي أي حال سلوكاً مادياً من جانب الجاني يتسم بالعنف، فلا يعد إكراه وقوع الجريمة علي شخص فاقد الوعي بسبب مخدر تناوله أو إغماء أصابه. وكذلك الشئ إذا كان المجني عليه جريحاً لا يقوي علي المقاومة أو مشلولاً لا يستطيع الحركة أو كهلاً لا حول له ولا قوة، لأن ضعف المجني عليه أو عجزه عن الدفاع عن ماله في هذه الأحوال ليس ناشئاً عن فعل الجاني، فلا يسند إليه إكراه وإن كان الجاني قد أستفاد من سوء وضعه.

كما يجب أن تكون ثمة علاقة بين أفعال الإكراه ونقل العضو، وهذه العلاقة هي في أصلها رابطة السببية بين الفعل والنتيجة والتي تقتضي كون الإكراه وسيلة لإتمام الجريمة، أي قصد به

تسهيل ارتكابها. ويترتب على توافر علاقة السببية هذه ضرورة توافر رابطة زمنية هي كون الإكراه سابقاً أو معاصراً للجريمة. ولم يتطلب الشارع في الإكراه أن يبلغ درجة معينة من العنف فقد ورد لفظ الإكراه مطلقاً، ومن هنا لا يشترط أن يكون من شأنه تهديد حياته المجني عليه أو يترتب عليه خطر حتماً.

**الطبيعة القانونية للإكراه:** الإكراه في جريمة نقل وزرع الاعضاء ظرف عيني يتصل بركنها المادي، ولذلك فإن حكمة يسري علي كل من أسهم فيها ولو وقع من أحد الجناة دون سواه. ولا يلزم أن يتحدث الحكم عن ركن الإكراه استقلالاً مادامت مدوناته تكشف عن توافر هذا الركن. إلا أنه إذا كان وجود الإكراه في الواقعة محل شك، أو كان المتهم ينازع في شروطه، إذ يتعين عندئذ أن تدلل المحكمة علي وجوده قانوناً.

**التحايل كظرف مشدد:**

بدءً لم يضع المشرع تعريفاً للطرق الاحتيالية، وقد عرفها بعض الفقة بأنها: كل كذب مصحوب بوقائع خارجية أو أفعال مادية يكون من شأنها توليد الاعتقاد لدي المجني عليه بصدق هذا الكذب بما يدفعة إلي تسليم ما يراد منه طواعية واختياراً[1].أي أن الاحتيال يتحقق بكل فعل من شأنه الإخبار بأمر لا يطابق الواقع، سواء كان هذا الأمر مختلفاً برمته أو كان محرفاً أو مبتوراً في بعض جوانبه. ويترتب عليه نشوء عقيدة وهمية لدي من أدلي به إليه، وتعني هذه العقيدة الإقتناع بصحة ما القي اليه. ولا عبرة بالطريقة التي يتم بها الاحتيال، والتحايل المنصوص عليه بالمادة ١٩ لا يخرج بطبيعة الحال عن التحايل الواجب توافره لقيام جريمة النصب.

**قصد الزرع كأساس للمسئولية.**

إستقراءاً لمسلك المشرع في العقاب علي النحو الذي نصت عليه المادة ١٩ يتضح أن المشرع إشترط للعقاب قصد خاص لإنعقاد المسئولية الجنائية سماه المشرع بقصد الزرع. والجريمة علي النحو المار ذكره لا تقوم الا بتوافر قصد خاص علي النحو الذي تتطلبة المشرع صراحة بالنص.

فالقصد الخاص يوجد عندما يؤكد المشرع على وجوب تحقق قصد موصوف إلى جانب القصد العام كشرط أساسي لتحقق العنصر المعنوي، وبناءً على ذلك فأن البحث عن توافر القصد الخاص يقتضي توافر القصد العام لدى الجاني، بمعنى أن الجريمة التي يتطلب فيها قصد خاص يلزم أن يتوافر فيها أولاً العلم والإرادة عنصري القصد العام، ثم يضاف إليهما الغاية المنصوص عليها، ومن

---

[1] – **د. رؤوف عبيد:** جرائم الإعتداء علي الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ٤٦٢. **د. محمود محمود مصطفي:** شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، جرائم الاعتداء علي الأشخاص والأموال، مطبعة دار نشر الثقافة، ط٢، ص ١٩٥١، ص٤٨٠.

ثم، فإن أقتصار الحكم على الحديث على الفعل المادي الذي قارفه الجاني لا يكفي لثبوت قصد الزرع مهما بلغت جسامة الفعل، وهو ما يوجب علي محكمة الموضوع أن تقدم من إدله والبراهين ما خلصت إليه وقدمته تدليلاً علي توافر قصد الزرع بوصفه عمادة القصد الجنائي في الجريمة.

ولم يميز المشرع المصري بين المنقول منه أو إلية في العقوبات المفروضة إذا ما ترتب علي الفعل وفاة أياً منهما فتكون العقوبة الإعدام، وليس من اللازم أن تتحقق النتيجة الإجرامية فور مباشرة الجاني سلوكه الإجرامي، مما يؤدى أن يكون بين السلوك والنتيجة فاصل زمني قد يطول أو يقصر، وتراخي النتيجة لا يمنع من مسائلة الفاعل عن حدوثها مادامت رابطة السببية بين السلوك والنتيجة المتراخية متوافرة. فليس بلازم أن تتحقق النتيجة أثراً للفعل طالماً أنتوي الجاني تحقيقها وأرتكب النشاط الإجرامي قاصداً من ذلك تحقيق النتيجة الإجرامية، فتراخي تحقق النتيجة الإجرامية لفترة من الزمن لا ينفي المسئولية الجنائية.

ولدينا، أنه من المقبول أن يسلك المشرع المصري مسلكاً قوامة التشديد لكل من نقل بقصد الزرع عضو أو جزء من عضو بطريق الاكراه والتحايل، وأتخذ من وفاة المنقول منه سبباً للتشديد. إلا أنه لا يقبل من المشرع المصري ما أورده نص المادة ١٩ بقولة في مجال تحديد المسئولية الجنائية ( أو زرع العضو المنقول بطريق الاكراه أو التحايل ) وهذا القول من المشرع يفترض أن المريض يتم علاجة من مرضة بالاكراه أو التحايل، وهي من الأمور التي يصعب تصورها واقعياً بل لا نبالغ أن قلنا أنه يستحيل تصورها، وهو ما يجعل النص في هذا الموضع تحديداً منفصلاً عن الواقع، وكان يوجب علي المشرع أن يكتفي بالنص علي تجريم كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه، دون ما أضافة بقوله ( أو زرع العضو المنقول. وهو أمراً فيه تزايد من المشرع المصري في غير موضعة.

وقد قدر المشرع المصري أن هذه الطائفة من الجرائم هي من طائفة الجرائم الذي يسعي الجناة لإرتكابها بدافع المال وشهوته، لذا عاقب المشرع المصري الجناة بقدر سعيهم ففرض بجانب العقوبة السالبة للحرية عقوبة الغرامة التي لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على مليوني جنيه. مع تطبيق التدابير المنصوص عليها بالمادة ٢٤ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧.

## المطلب الرابع

## جريمة الاتجار في الأعضاء البشرية.

حظر المشرع المصري أتساقاً مع التشريعات العربية والاجنبية التعامل في الأعضاء البشرية إلتزاماً بمبدأ عدم مالية حسم الانسان، كما حظر علي الطبيب إجراء عملية الزرع عند علمية علي

نحو ما أفصحت عنه المادة السادسة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها: يحظر التعامل فى أى عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعتة. وفى جميع الأحوال لايجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أى من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقى أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء فى إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أى حكم من أحكام الفقرتين السابقتين.

وقد عاقب المشرع المصري في المادة ٢٠ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ المعدل لأحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من خالف أياً من الأحكام الواردة في المادة السادسة من هذا القانون، وذلك فضلاً عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة، أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه.

ولا تزيد العقوبة على السجن لمدة عشر سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لحكم المادة السادسة من هذا القانون.

وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقاً لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

والعلة من التجريم هي مواجهة الاتجار بالاعضاء البشرية كما هو واضح من مدلول النص، وقد ترك المشرع التعدد الإجرامي للقواعد العامة علي نحو ما فصحت عنه خطة المشرع في التجريم والعقاب، فإذا شكل الفعل الاجرامي عدة جرائم عوقب الجاني علي الجريمة ذات الوصف الأشد.

ولاعبرة برضا المنقول منه، طالما كان لهذا الرضا مقابل دون أهمية لماهية المقابل أو أو نوعة فقد يكون مادي وقد يكون ترقية في مجال العمل، فالعبرة بتحقق الاتجار المحظور ويمكن استخلاصة من أنه لو لا المقابل المدفوع ما كان التبرع. لأن العقاب على الجريمة يرهن قانوناً بثبوت غرض معين استهدفه الجانى وهو ( نية الاتجار بالعضو) اذ المشرع لا يجرم مجرد العطايا أو الهبات فى حد ذاته، انما هو يناهض انتواء الجانى غرض الاتجار بالعضو أو بجزء منه أو بنسيج بشري حي.

ولا يشترط المشرع أن يبلغ المقابل النقدي قدراً معيناً للقول بتحقق الاتجار بالعضو، ولكن تجب الملاحظة أن الهدايا تخرج من وصف المقابل المادي الذي يصح أن تقوم به جريمة الاتجار

بالاعضاء البشرية. وقد أفصحت خطة المشرع عن عدم الاعتداد بقيمة المقابل المادي، أو كنته فقد يكون مقابل نقدي أو عيني أو ميزة أو ترقية في العمل، أو تتجسد في مقابل ما كان ليحصل عليه المنقول منه إلا بموافقة علي التبرع، ولا عبرة بمقدارها فلم يشترط المشرع المصري أن تبلغ قدراً معين، أي أنه لا يشترط التماثل القيمي بين العضو المتبرع به والمقابل.

ومن جانبنا نري أن المقابل التافه لا يعد من صور المقابل المحظور ومن مثل ذلك الهديا الرمزيه. وتقدير صلاحية المقابل النقدي لكي تقوم به جريمة الأتجار في الاعضاء البشرية يترك في تقديره لقاضي الموضوع باعتبارة من مسائل الواقع التي يختص بتقديرها، وأن خضعت في تقديرها لرقابة محكمة النقض لأنها من الوقائع القانونية.

ولاعبرة بالرضا الحاصل من المنقول منه أو إلية في نفي الصفة التجريمة للفعل، فالرضا السابق علي الفعل لا ينقل الفعل خارج دائرة التجريم إلي دائرة الاباحة. إلا أن لهذا الرضا المعيب أثراً في تقدير العقوبة للجراح القائم بالنقل أو الزرع حيث أن المشرع فرض عقوبة السجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات، وهي عقوبة تقل عن المفروضة في المواد ( ١٧، ١٨، ١٩ )، بإعتبار أن المنقول منه أو الية لم يقع ثمة إكراه عليهما في إجراء الفعل.

وتجدر الإشارة إلي أنه في حالة إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء في منشأة طبية غير مرخص بها بالمخالفة لأحكام المادة السادسة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ فيكون النص الواجب التطبيق هنا هو المادة ١٨ والتي فرضت عقوبة السجن المشدد والغرامة التي لا تقل عن مليون جنية ولا تزيد عن مليوني جنية.

وبالتالي لن يعاقب الجاني علي الأتجار في الأعضاء البشرية لخضوع الفعل لوصف أشد وقد أخضع المشرع التعدد للقواعد العامة، وهو ما يؤخذ علي المشرع المصري، لأنه كان يجب أن يجعل من الاتجار في الأعضاء ظرف مشدد ويشدد العقوبه إذا أقترن الفعل به، لا أن يتركة للقواعد العامة فيعاقب الجاني علي الجريمة ذات الوصف الأشد، وهو أمر يتعارض مع خطة المشرع في التجريم والعقاب في مواجهة ظاهرة الاتجار بالاعضاء البشرية.

ولإنعقاد المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة الاتجار في الأعضاء البشرية يشترط تحقق علمة بأن عملية نقل وزرع العضو أو جزء منه أو النسيج البشري الحي كان بمقابل، ولا يشترط توسط الطبيب في عملية البيع والشراء ذاتها بل أكتفي المشرع في مجال تحقق الأسناد بتحقق علمة بعدم مجانية التبرع ( مالية التبرع)، ولاعبرة بالعلم اللاحق لعملية النقل والزرع، فيشترط في العلم فيما يتعلق بالطبيب أن يكون سابق أو معاصر لإجراء العمل الطبي.

والقصد الجنائي المطلوب لإنعقاد المسئولية الجنائية للطبيب هو القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة، فيكفي في مجال التأثيم أن يحاط الطبيب علماً بعدم مجانية التبرع، وأن تتجه رادته نحو إتيان الفعل مع علمة بذلك، فإذا شاب الإرادة أيا من وسائل الإكراه فأتجهت للفعل بغير إرادتها فلا مجال لمسائلة الطبيب عن الفعل تطبيقاً للقواعد العامة. مع مراعاة تطبيق التدابير المنصوص عليها قانوناً.

واعتبر المشرع الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٠ من صور الجرائم التي تخضع لنطاق العقوبات المنصوص عليها بالقانون ٨٠ لسنة ٢٠٠٢

## المطلب الخامس

## مخالفة أحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠

سعياً من المشرع لكفالة المواجهة الجنائية لكافة صور الخروج عن المصالح المحمية بموجب القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ فقد جاء القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بإضافة نص المادة ٢٣ ليفرض بموجبها الحماية اللازمة لكل خروج علي أحكام وقواعد القانون فقد نصت علي أنه: يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أي حكم من أحكام هذا القانون.

والنص علي النحو المار ذكرة في حقيقته نص بديل للعقوبات المقرره قانوناً، وهو ما يعني أنه في حالة خروج بعض الصور الإجرامية من التجريم لعدم النص عليها، فقد تصدى المشرع لها بما أورده نص المادة ٢٣، ولا يعد ذلك من صور الغموض في النص أو التوسع في التجريم والعقاب لأن المشرع احال في تطبيق حكم المادة ٢٣ لكل مخالفة لأحكام القانون، ونظراً لجسامة المخالفات التي جاوبها القانون فقد أعتبر المشرع الفعل جناية وعاقب عليه بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وللمحكمة سلطة في تفريد العقاب علي قدر المخالفة المرتكبة وهو أمراً أحسن به المشرع صنعاً حتي لا يعامل الجناة علي أنهم علائق متناظرة، وهو أمراً توجبه شرعية العقوبة وعدالتها، فافسح المشرع للقاضي بأن يتخير بين عقوبتي السجن والغرامة أو الغرامة بمفردها وهو أمراً تقدره محكمة الموضوع حسب جسامة الجريمة المرتكبة وخطورتها، وهو أمراً يوجبة التطبيق العادل للقانون فليس كل خروج يوجب السجن لمدة خمس سنوات، فبعض الصور الإجرامية قد لا تكون علي درجة من الخطورة أو الجسامة بما يوجب فرض عقوبات سالبة للحرية. ومن أمثلة ذلك– ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ من حظر الزرع من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين إذا

كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، شرط أن يكون الزواج ثلاث سنوات على الأقل وبعقد موثق، فمرور ثلاث سنوات الا شهر يجعل الفعل مخالفة ويقع تحت نطاق المادة ٢٣ ولكن تبقي عقوبة الغرامة عادلة إذا لجأ إلية القاضي.

ورغم أن المشرع المصري أتخذ من جسام النتيجة الإجرامية وخطورة بعض الأفعال معيار للتشديد في بعض الجرائم، وهو ما قد يبدو متناقضاً مع نص المادة ٢٣ والتي ساوت في عقوباتها لكل حالات مخالفة أحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠، إلا أننا لا يمكننا التسليم بهذا القول علي إطلاقة وعمومة، فالمشرع قصد بالتجريم والعقاب الوارد بنص المادة ٢٣ مواجهة حالات مخالفة القانون والتي لا تخضع لنص تجريمي، وأن خطته العقابية أفصحت عنها نصوص القانونين ٥ لسنة ٢٠١٠ و ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

ورغم أن نص المادة ٢٣ تجرم مخالفة أي حكم من أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ إلا أنها لا تسري من تاريخ سريان أحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بيد أن تاريخ سريانها هو تاريخ بدء سريان القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ وهو القانون الذي جاء بها وذلك تطبيقاً لمبدء عدم رجعية النص العقابي. ولا تطبق نص المادة ٢٣ إذا تعلقت المخالفة بالائحة التنفيذية للقانون.

وتجدر الإشارة أن النص قبل التعديل كان يعتبر الفعل جنحة، إلا أنه المشرع قدر للجريمة خطورتها فشدد عقوبتها وأعتبر االجريمة من طائفة الجنايات سعياً لتحقيق الردع بنوعية من ناحية، ومن ناحية أخري ليخلق التوازن فيما يتعلق بسياسته العقابية في مواجهة هذه الطائفة من الجرائم التي يمكننا أن نسميها الأشد خطوره والأكثر جسامة.

ولا يطبق نص المادة ٢٣ فيما يتعلق بمخالقة الأحكام الخاصة بالقانونين رقمى ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته و١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن إعادة تنظيم بنوك العيون، حيث أن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وفي ٢٦ منه نص غلي سريان أحكامهما دون الغاء.

واخيراً، فرض المشرع بعض التدابير بموجب نص المادة ٢٤ من القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بنصه:

يجوز للمحكمة أن تحكم، فضلا عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بالتدابير الآتية أو بعضها.

١- الحرمان من مزاولة المهنة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات.

٢- غلق المنشأة الطبية غير المرخص لها بإجراء أي من العمليات المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات، ويحكم بغلق المنشأة نهائيا إذا لم تكن من المنشآت الطبية.

٣- وقف الترخيص الصادر للمنشأة لإجراء أي من العمليات المنصوص عليها في هذا القانون لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات.

٤- نشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه.

## المبحث الثاني

## الجرائم الواردة بالقانون ٥ لسنة ٢٠١٠

استقراءاً لخطة المشرع المصري بشأن تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية التي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ يتضح أن المشرع المصري لا يجيز نقل الأعضاء البشرية الا بعد التثبت من الوفاة يقيناً علي النحو المنظم قانوناً، وهو ما يدل علي أن المشرع المصري لا يعتد في مجال التجريم بالحالة الصحية للمنقول منه العضو، سواء كان في كامل صحته أو ميئوس من شفاءة، بل أن المشرع المصري وعلي النحو الذي أفصحت عنه خطة التشريعية الذي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ أعتبرت نقل العضو من جسم إنسان دون التثبت من موته ثبوتاً يقينياً إذا أدي هذا الفعل للوفاة، من طائفة الجرائم الأد خطورة وأحال في العقوبات المفروضة لها الي الجرائم الواردة بالمادة ٢٣١ عقوبات ( القتل مع سبق الإصرار). بل أن المشرع الجنائي المصري لم يكتفي في مجال المواجهة الجنائية لكل من نقل العضو، بل بسط حمايتة أيضاً وعاقب كل من شارك في إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها فى الماة ١٤ من هذا القانون، وهو ما يمكننا تفسيرة بإن المشرع المصري لا يجيز نقل الأعضاء البشرية من المرضي الميئوس من شفائهم أو الموضعين علي أجهزة الإنعاش الصناعي ولو كان أوصي كتابياً بالتبرع من العضو بعد الوفاة، فشرط الإباحة هو الالتزام بأحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ فيما يتعلق بتحقيق الوفاة يقيناً علي النحو المار ذكره تفصيلاً في موضعة.

وقد أتخذ المشرع المصري بنظام الإحالة في العقوبات المفروض للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانن ٥ لسنة ٢٠١٠ فأحال الي العقوبات المفروضة لجريمة القتل مع سبق الإصرار علي النحو المنصوص عليه بالمادة ٢٣١ عقوبات لكن يبقي شرط ذلك أن يؤدي الفعل الي وفاة المنقول منه العضو، وأن تكون الوفاة راجعة لسبب النقل، ومن قبل ذلك كلة صدور قرار بالوفاة دون التثبت من الوفاة ثبوتاً يقينياً، وهو ما سوف نتناوله علي النحو الأتي:

## المطلب الأول

## جرائم نقل الاعضاء دون ثبوت الموت.

إستقراءاً للتعديل التشريعي الذي جاء به القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ يتضح أن المشرع أبقى علي نص المادة ٢١ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ دون تعديل، وأن لحق التعديل خطة العقابية في مواجهة هذه الطائفة من الجرائم، إلا أنه أبقي علي نص المادة ٢١ والتي تنص علي 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 وفقًا 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 ).

**الأحالة في التجريم:** بالتمعن في نصوص التجريم والعقاب الواردة في قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية، نجدها تشتمل في الأغلب الأعم من الأحوال على شقين، هما: النموذج القانوني للجريمة، والعقوبة الجنائية المقررة لها. ويأتي ذلك غالباً في شكل صيغة الشرط، بحيث ينطوي النص التشريعي علي فعل الشرط، أي النموذج القانوني للجريمة، وجواب الشرط، أي العقوبة الجنائية المقررة لمرتكبها. ورغبة في تحقيق أكبر قدر من الردع العام، وزجر المخاطبين عن إتيان السلوك الإجرامي، يحرص المشرع الجنائي– في الأغلب الأعم من الأحوال–على أن يأتي بيان العقوبة في صدر النص التجريمي، متبعاً ذلك ببيان الفعل أو السلوك غير المشروع.

وقد يقوم المشرع بتحديد الالتزامات التي لا يجوز مخالفتها، ثم يأتي في نص منفصل يحدد العقوبة الجنائية واجبة التطبيق، وقد يقتضي تحديد مفهوم الجريمة اللجوء إلى نص آخر[١]. فعلى سبيل المثال، نص المشرع المصري في المادة ٢١ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية علي تحديد الجريمة، وقد أحال في العقوبات المفروضة لنص المادة ٢٣١ عقوبات والخاصة بالقتل مع سبق الإصرار، وتتوقف حدود الأحالة إلي العقوبة المفروضة، دون تقيد ذلك بتوافر أياً من الظروف المشددة المصوص عليها بالمادة ٢٣١ عقوبات.

---

[١]– **د. عمرو إبراهيم الوقاد:** الحماية الجنائية لعلاقات العمل، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د. ت، ص١٠٤.

والإحالة بين الجريمتين في العقوبات المفروضة أمراً يمكننا رده لما بين الجريمتين من خطورة إجرامية وجسامة النتيجة الإجرامية المترتبة عليهما حتي أنهما من طائفة الجرائم الأشد خطورة والأكثر جسامة، وتكشف عن نفس إجرامية آثمه لم يردعها رادعاً نحو تحقيق النتيجة الاجرامية.

وجريمة نقل الأعضاء البشرية دون التثبت من الموت تقع في حقيقة الأمر علي إنسان حي لم يمت بعد، وأن لم يكن من شروطها أن يكون الجاني محاطاً علماً بإن فعلة يقع علي إنسان حي، كما هو الحال في جريمة القتل والتي تتطلب علم الجاني بإن فعلة يقع علي إنسان حي بقصد إزهاق روحه. فكل ما تشترطة جريمة نقل الأعضاء البشرية دون التثبت من الموت. أن يرتكب الجاني فعلة وهو عالماً بعدم ثبوت موته موتاً يقينياً علي النحو الذي نظمة القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ في المادة ١٤.

وقد حددت المادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ طريق تحديد موت انسان بنصها: لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباءالمتخصصين فى أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجرى اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقًا للمعايير الطبية التىتحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة فى سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أى من المتلقين المحتملين.

وقد فرض المشرع جزاء جنائي وفق ما نصت علية المادة ٢٠ لمخالفة المادة ١٤ علي النحو المار ذكره إذا وقع الفعل علي إنسان لم يثبت يثيناً موته وأدي الفعل للوفاة، مع علم الجاني بذلك، والنص يطبق في حالتين:

**الحالة الأول: النقل دون التثبت يقيناً من الموت.**

أن مناط التأثيم علي نحو ما أفصحت عن أرادة الشارع يفترض أن الجريمة وقعت علي إنسان حي وهو المستفاد من قول المشرع ( مما أدي إلي وفاته)، وعلة التجريم والتشديد في العقاب هو مواجهة النفس الاثمة الشريرة التي لا يوقفها في سبيل الحصول علي المال الحرام القتل، ولذا جاء النص مؤكداً لذلك بقوله ( مع علمة بذلك).

والعلم هنا ليس بدرجة من الصعوبة لإستظهاره، فمناط تقديرة وتوافره عدم مراعاة تقرير اللجنه المنصوص عليها بالمادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وللجاني في سبيل نفي العلم أن يتمسك بكافة طرق النفي، وللمحكمة سلطة تقدير توافر العلم من عدمه، بإعتبار أن العلم بالوقائع أمراً يجب أن يكون الجاني محاط به. فإن أعوزه هذا العلم تخلف القصد في جانبه، ولو ثبت من بعد ذلك أن فعله أصاب إنساناً فقضى عليه، وهو ما يلقي علي المحكمة واجب إستظهار هذا الشرط إذا تمسك دفاع المتهم أن الفعل الإجرامي لم يقع علي إنسان حي.

فوقوع الجريم علي إنسان ميت بالفعل وتحقق موته، فلا تقوم به الجريمة ولو لم يثبت الموت علي النحو الذي نظمتة المادة ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ ، ولذا يشترط تطبيق الجزاء الوارد بالمادة ٢١ توافر ثلاث شروط لا يغني أحدهما عن الآخر:

أولهما: عدم ثبوت الوفاة ثبوتاً يقينياً علي النحو الذي نظمته المادة ١٤ من القانون.

ثانيهما: نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان.

ثالثهما: أن يؤدي الفعل إلي حدوث الوفاة.

رابعهما: تحقق العلم اليقيني بعدم ثبوت الوفاة.

وقد يقع الفعل الإجرامي من الجاني بمفردة وقد يتعدد الجناة، ويسأل الجاني بصفته فاعلاً إذا كان هو الذى قام بنقل العضو أو جزء من عضو أو النسيج مما أدي إلي الوفاة، أو ساهم في ذلك بأن قام بفتح بطن المريض، وقام أخر بنزع العضو منها، أو أن يكون قد اتفق مع غيره وقام بنقل المريض للغرفة المخصصة لذلك وقام آخر بنزع العضو ولو لم يكن هو من قام بنقل العضو بل كان غيره ممن اتفق معهم هو الذى أحدث الوفاة[١].

وتلتزم المحكمة ببيان ما أتاه الجاني من أفعال ساهمت في تحقيق النتيجة الإجرامية وكذا بيان العلاقة بين هذه الأفعال والوفاة، ولا يغني عن ذلك قول المحكمة أن الوفاة حدثت بسبب فعل المتهمين مجتمعين علي المجني علية.

كما أنه لا عبرة بالبواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته إلى ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مملوءة بالشفقة وابتغاء الخير لمريض آخر ( المتلقي )، وكذلك لا يؤثر في قيام هذا القصد ان يكون من وقع منه فعل الجرح أو الضرب مرخصاً له قانوناً في مزاولة مهنة الطب أو فرع من فروعه[٢].

---

[١]– **في ذات المعني الطعن** رقم ٨٦٤٤ لسنة ٨٠ ق، جلسة ٢٠١٢/١/١٢، س٦٣، رقم ٧، ص ٥٩. **الطعن** رقم ١٠٤٤ لسنة ٨١ ق، جلسة٢٠١٢/٣/١٥، س٦٣، رقم ٤٥، ص٢٩٠.

[٢]– **الطعن** رقم ١٠٣٦٨ لسنة ٧١ ق، جلسة ٢٠٠٨/١١/٤، س ٥٩، رقم ٨٦، ص٤٦٧.

وليس لفكرة السببية في هذا المجال مفهوم يختلف عن مفهومها العام لعلاقة السببية في جريمة القتل. فهي هنا كما هي هناك علاقة موضوعية بين أمرين متعاقبين في الزمان عرف الناس بهدي من تجاربهم ان أولهما يفضي بحكم العادة إلي الثاني، فجعلوا الأول سبباً والثاني نتيجة[1].

وليس من اللازم لإعتبار الفعل سبباً أن يستقل وحده بإحداث النتيجة، فقد تسهم معه في ذلك عوامل أخري، ومع ذلك يظل الفعل سبباً، بشرط أن يكون إسهام هذه العوامل مألوفاً غير مستنكر. وإنما يفقد الفعل دوره السلبي إذا اقتحم أحد العوامل الشاذة تسلسل الأمور الذي ألفه الناس فقطعه، فعندئذ لا تعزي النتيجة إلي الفعل الذي صدر من الجاني، بل إلي ذلك العامل الشاذ.

ويشترط حدوث الوفاة، ويستوي أن يكون حصولها أثراً للفعل أو تراخت عنه طالما ارتبطت به سبباً، سواء حدثت عقب الفعل الإجرامي مباشرة، أو تراخت عنه مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة، فالقانون يتطلب حصول الوفاة فعلاً على انسان حي ولو كان وليداً حديث العهد، والعبرة في المجني عليه بحياته لا بحيوته فيكفي أن يقع عليه الوفاة وهو على قيد الحياة وأن كان غير قابل أن يعيش طويلاً سواء أكان بسبب المرض ام الشيخوخة ام غير ذلك[2].

ومن ثم، لا يجب ثبوت انصراف علم الجاني إلي النتيجة الإجرامية، كما هو الحال في جريمة القتل، والنتيجة التي ينصرف إليها العلم هي النتيجة التي حددها القانون كعنصر في بنيان الجريمة،(النقل أو الزرع دون التثبت من الوفاة ثبوتاً يقينياً)، وإستصحاباً لذلك، إذا أنصرف علم الجاني إلي نتيجة أخري غير ما حدده القانون انتفي القصد الجنائي لدية.

أما القصد الجنائي المتطلب في الجريمة فهو القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة، فكفاية العلم شرط لإنعقاد المسئولية الجنائية عن الجريمة، ولا يشترط قصداً جنائياً كحال الركن المعنوي في جريمة القتل علي حد المستقر عليه في أحكام محكمة النقض المصرية، والذي يشترط لأنعقاد المسئولية عن جريمة القتل توافر قصد جنائي خاص متمثل في نية إزهاق الروح، والتزاماً بصريح نص المادة ٢١ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ فلا يشترط لإنعقاد المسئولية الجنائية عن الجريمة أن ينصرف قصد الجاني لإحداث الوفاة، طالماً حدثت أثراً لفعلة مع علمة بذلك، ويقصد بالعلم هنا، أن الجاني محاط علماً بأن المريض لم تثبت وموته ثبوتاً يقينياً.

وقد عاقب المشرع علي الجريمة بالعقوبة المقرره لجريمة القتل العمد مع سبق الأصرار، وهو ما يفهم منه أن الجريمة في صورتها المنصوص عليها في المادة ٢١ تتماثل مع عقوبة القتل العمد

---

[1] – **د. رؤوف عبيد:** السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٨٤، ص٣.

[2] – **د. رمسيس بهنام: د. رمسيس بهنام:** القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، ١٩٨٢،، ص ٢١٣.

مع سبق الأصرار من حيث العقوبات المفروضة فقط، ولا تعد صورة من صور القتل مع سبق الأصرار فقد تقع غير مقترنة بسبق إصرار ومع ذلك تقضي المحكمة بالعقوبه المقرره للقتل العمد مع سبق الأصرار فالتماثل هنا في العقوبات المفروضة فقط، لا في الأحكام الموضوعية بين الجريمتين.

**الحالة الثانية: إصدار قرار التثبت من الموت بالمخالفة للمادة ١٤ من القانون.**

الثبوت اليقيني للوفاة تكون بالطرق المنصوص عليها قانوناً وفقاً لنص المادة ١٤ من القانون، وهو ما يعني أن المشرع أعتقد بطريق واحد لإثبات الوفاة هي التي ضمنها نص المادة ١٤ وأعتبر الاشتراك في أصدار قرار التثبت من الموت دون مراعاة القواعد المنصوص عليها فيي المادة ١٤ جناية عاقب عليها بالسجن المشدد أو السجن. وتحقق بكل فعل من شأنه المساهمة في إصدار القرار التثبت من الموت دون مراعاة القواعد، ولاعبرة بعد ذلك بماهية النشاط الاجرامي الذي اتاه الجاني طالما كان له دوره في أصدار القرار.

وفي ظل غموض النص يثور التساؤل، عن الموقف القانوني لكل من شرع في نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتاً يقينياً، إذا لم تتحقق الوفاة لسبب لا دخل للجاني فيه؟. وكذا الموقف القانوني، لكل من شارك في إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة (١٤) من هذا القانون، في حالة عدم وفاة المنقول منه العضو.

وفي تقديري، أن المسئولية الجنائية تنعقد للناقل وفق القواعد العامة عن الشروع. أما من شارك في إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة ( ١٤ ) من هذا القانون تنعقد مسئوليته عن الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢١ ولو لم تتحقق الوفاة إلتزاماً بصريح النص.

## المطلب الثاني

## الوساطة الإجرامية

لم يشمل التعدل الذي جاء به القانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٢ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والتي تنص علي أنه: يعاقب على الوساطة فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون بالعقوبة المقررة للجريمة. ومع ذلك يعفى الوسيط من العقوبة. إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك فى ضبط الجناة.

ويقصد بالوسيط كل من يبذل سعياً فى سبيل اتمام الجريمة ووقوعها. ولما كان من الممكن أن يؤدى الوسيط دوراً مؤثراً فى الجريمة فقد تناولت النص العقابي تجريم الوساطة طالما كان لها دور

في وقوع الجريمة، فلو وقعت تامة عوقب الوسيط باعتباره شريكاً للفاعل بذات العقوبة المقررة، لأن من اشتراك فى جريمة، عليه عقوبتها. ويعفى الوسيط من عقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك فى ضبط الجناة م ٢/٢٢.

ولم تتجه نية المشرع الى الفصل بين الجاني والوسيط في العقوبات المقرره، وذلك تأكيدا للمبادىء العامة ومنعاً لأى لبس أو غموض. وهذا الموقف التشريعى من جريمة الوساطة في هذه الجرائم ليس مستغرباً، لأن المشرع – مثلاً – فى جريمة الزنا قد نص فى المادة ٢٧٥ ق.ع على معاقبة شريك الزوجة الزانية بذات العقوبة المقررة لها دون أن يفصل جريمتى طرفى الزنا بأن يجعل فعل كل منهما مكوناً لجريمة مستقلة عن الأخري، وهذا أيضا ما يعتمده المشرع فى جريمة الوساطة، ويؤيد كون المصلحة المحمية فى الجريمة واحدة، وهى توجب توحيد الفاعلين واعتبار الجريمة واحدة ذات فاعل متعدد.

ويستوى علم الوسيط بالمخاطر المترتبه علي الفعل من عدمه. ولا عبرة لكون الوساطة مأجورة أو بغير أجر، كما لا أهمية لنوع المقابل الذى يتقاضاه الوسيط وكونه ماديا أو فى صورة خدمة تؤدى اليه. انما يجب أن يكون المتفق عليه هو التوسط في ارتكاب فعل من الأفعال المؤثمة بالقانون.

والاعفاء بموجب النص المشار اليه وجوبياً من العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها فى القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ والقانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ وشرطة أن يكون الأخبار للسلطات قبل تمام الجريمة. وأن يساهم الأخبار فى ضبط الجناة. ولذا لا عبرة بالأخبار الحاصل بعد وقوع الجريمة لأن ذلك يسمي اعترافاً وليس إخباراً، كما أن المشرع قيد الأعفاء بحصول الأخبار قبل تمام الجريمة، ولذا يحدث الأخبار اثره إذا كانت الجريمة في مرحلة الشروع وقبل تمامها طالما أدي الأخبار لمنعها وضبط الجناة.

كما أن مناط الأعفاء أن يقتصر دور الجاني علي الوساطة فقط في ارتكاب الجريمة، ومؤدى ذلك بالضرورة، انه لا يتمتع المتهم بالاعفاء الا اذا كان فى الوسيط. ومن ثم لا اعفاء لو كان فاعلا أصليا أو شريكاً، والعلة فى ذلك ما قدره المشرع من أن الفاعل الأصلى فى هذه الجرائم لا يكون جديراً بالاعفاء فى مطلق الأحوال، ثم أن الشريك لا يجب أن تتاح له فرصة الافلات من العقوبة ولو أخبر عنها بعد اشتراكه فيها لكون الاخبار لا يؤثر فى الصفة الاجرامية للشريك، ولولا ذلك لما كان أيسر من الابلاغ بعد التحريض بما يؤدى الى توقى العقاب.

ولا يخول المشرع سلطات التحقيق الصلاحية فى تقرير الاعفاء، اذ ذلك مما تختص به محكمة الموضوع وحدها. والاعفاء فى هذه الحال وجوبياً. لذا قد تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أخبر عن الجريمة.

كذلك لا يكون الاخبار منتجا لأثره الا اذا عرف الجانى السلطات بمن يساهم فى الجريمة سواء كان فاعلاً أصليا أو شريكا فيها، ومع ذلك فانه لا يشترط أن يخبر الجانى السلطات بكل من ساهم فى الجريمة، بل يكفى يساهم هذا الاخبار في ضبط الجناة. ولا أهمية هنا لما اذا كان الاخبار شفوياً أو كتابياً بواسطة الجانى نفسه أو بواسطة الغير.

ويشترط أن ينصب الاخبار عن المساهمين فى ذات الجرائم المشار اليها فى االقانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته بالقانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧، ولا يغنى عن ذلك أن يخبر الجانى عن مرتكبى جناية أخرى مماثلة لها فى النوع والخطورة. ويشترط أن يساهم الاخبار في القبض علي الجناة.

# اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية للضرورة العلاجية
# بين الاباحة والتجريم
# (دراسة مقارنة)

**مقدمة**

**أهمية الموضوع**

**خطة البحث**

## الفصل الأول

مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

### المبحث الأول

أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

#### المطلب الأول

الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

##### الفرع الأول

نظرية السبب المشروع

**أولاً:** مضمون نظرية السبب المشروع

**ثانياً:** تقدير نظرية السبب المشروع

##### الفرع الثاني

نظرية الضرورة كأساس لإباحة نقل الأعضاء البشرية

**أولاً:** مضمون نظرية الضرورة

١- حالة الضرورة في الأعمال الطبية بصفة عامة

٢- حالة الضرورة في عمليات نقل الأعضاء البشرية

**ثانياً:** تقدير نظرية الضرورة

الفرع الثالث

نظرية المصلحة الاجتماعية

**أولاً:** مضمون نظرية المصلحة الإجتماعية

ثانياً: تقدير نظرية المصلحة الإجتماعية

## المطلب الثاني

التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

### الفرع الأول

التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء في التشريعات الأجنبية

**أولاً:** نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي

١- القانون رقم٧٦-١١٨١ الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢( قانون Caillavet )

٢- قوانين ١٩٩٤/٧/٢٩ المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية

**ثانياً:** نقل الأعضاء البشرية في التشريع الألماني

**ثالثاً:** نقل الأعضاء البشرية في التشريع السويسري

**رابعاً:** نقل الأعضاء البشرية في القانون الإنجليزي

١-قانون الأنسجة البشرية ١٩٦١/٧/٢٧

٢-قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ١٩٨٩ /١/٢٧

٣- قانون الأنسجة البشرية ( ١٥ /٢٠٠٤/١١)

**خامساً:** نقل الأعضاء البشرية في التشريع الأمريكي

١- قانون الهبة التشريحية الاتحادي ( ١٩٦٨)

٢- قانون زراعة الاعضاء الفيدرالي ( ١٩٨٤)

### الفرع الثاني

نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري

**أولاً:** مرحلة ما قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠

**ثانياً:** مرحلة ما بعد صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاتة بالقانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصلاح سياسة العقابية

**ثالثاً:** السياسة الجنائية للمشرع المصري بشأن القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية في ضوء القانون ٥ لسنة ٢٠١٠

أ- الشروط الواجب توافرها في المتبرع له

ب- الشروط الواجب توافرها في المتبرع

## المبحث الثاني

نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

### المطلب الأول

تحقق حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثث

#### الفرع الأول

تحديد لحظة الوفاة

**أولاً:** معيار تحديد لحظة الوفاة

١- المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

٢- المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

**ثانياً:** الموت بين اعتباره مسألة طبية أو قانونية

١- الوفاة مسألة قانونية

٢- الوفاة مسألة طبية

#### الفرع الثاني

نقل الأعضاء من جثث الموتى في مرحلة الإنعاش الصناعي

**أولاً:** حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي

١- حالة الغيبوبة العميقة

٢- حالة الغيبوبة النهائية

**ثانياً:** القيود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي

١- التحقق من الوفاة عن طريق لجان طبية خاصة

٢- استقلالية أعضاء اللجنه

٣- الحصول على إذن من جهة رسمية

٤- أن يكون المتلقي مصري وأن يوصي الميت بذلك

### المطلب الثاني

إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة

#### الفرع الأول

التصرف في الجثة بناء علي أرادة المتوفي

**أولاً:** صور وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى

١- التصرف في جثة عن طريق الوصية أو إقرار كتابي

ب- التصرف في الجثة عن طريق الوصية

ب : التصريح الكتابي برفض الاقتطاع من الجثة

٢- الإذن في التصرف في الجثة بدون شكلية

٣- بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية

**ثانياً:** الموافقة الضمنية بشأن الاقتطاع من الجثة

١- قرينة الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثث في القانون الفرنسي

أ- مفهوم قرينة الموافقة في التشريع الفرنسي

ب– موقف الفقة من قرينة الموافقة

٢- موقف المشرع المصري من الموافقة الضمنية

## الفصل الثاني

السياسة العقابية للمشرع المصري

في مواجهة جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية

### المبحث الأول

السياسة العقابية في ضوء القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٧

#### المطلب الأول

جسامة النتيجة المترتبة علي مخالفة القواعد التنظيمية

#### المطلب الثاني

نقل وزرع الأعضاء في غير المنشأة الطبية المرخص لها

#### المطلب الثالث

نقل وزرع الأعضاء بطريق التحايل أو الإكراه

العلة من التشديد

موقف المشرع من طبيعة الإكراه

الطبيعة القانونية للإكراه

التحايل كظرف مشدد

قصد الزرع كأساس للمسئولية

**المطلب الرابع**

جريمة الاتجار في الأعضاء البشرية

**المطلب الخامس**

مخالفة أحكام القانون ٥ لسنة ٢٠١٠

**المبحث الثاني**

الجرائم الواردة بالقانون ٥ لسنة ٢٠١٠

**المطلب الأول**

جرائم نقل الاعضاء دون ثبوت الموت

الأحالة في التجريم

**الحالة الأول:** النقل دون التثبت يقيناً من الموت

**لحالة الثانية:** إصدار قرار التثبت من الموت بالمخالفة للمادة ١٤ من القانون

**المطلب الثاني**

الوساطة الإجرامية