بحث بعنوان

مدي مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

(دراسة مقارنة)

مقدم إلي

كلية الحقوق جامعة المنيا قسم

القانون الجنائى

أ.د/ عمر محمد سالم

استاذ القانون الجنائي بجامعة القاهرة

د/ مصطفى سعداوى

كلية الحقوق جامعة المنيا

الباحث / محمد عاطف محمد حسن

مقـــدمة

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.

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

---

[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، االمرجع السابق، ص ١٣١.

[2]– د. أحمد شوقي أبو خطورة: 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.

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.

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.[٤]

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

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.

4- **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.

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 أن تناول الاسس القانونية لمشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.

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. وقد جاءت خطة البحث كالآتي:

المبحث الأول

الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الأول

نظرية السبب المشروع

أولاً: مضمون نظرية السبب المشروع

ثانياً: تقدير نظرية السبب المشروع

المطلب 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

المطلب الثالث

نظرية المصلحة الاجتماعية

أولاً: مضمون نظرية المصلحة الإجتماعية

ثانياً: تقدير نظرية المصلحة الإجتماعية

المطلب الرابع

شروط مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

١- صفة المستفيد من الإباحة

٢- إستهداف العلاج

٣- مراعاة الأصول الطبية

٤- رضاء المريض

المبحث الثاني

التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب 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)

المطلب 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

١- الشروط الواحب توافرها في المتبرع له

٢- الشروط الواجب توافرها في المتب

المبحث 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:

المطلب 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 يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني[2]. 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.[3]

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

---

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

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

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

مشروعية الاتفاقات المتعلقة بقص الشعر أو تلك المتعلقة بممارسة الألعاب الرياضية بسبب ما تحققة هذه الاتفاقيات من نفع لأصحابها.[١]

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.[٢]

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 علاجية لشخص ما، ويجب أن يفهم السبب كذلك على أنه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضاً.[٣]

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

١- د. محمد سامي الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص٦٤٩.

٢- د. محمد سعد خليفة: الحق في الحياة وسلامة الجسد- دراسة في القانون المدني والشريعية الإسلامية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص١١٥.

٣- 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.

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 .[١]

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.[٢]

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 تتمثل 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.[٣]

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[٤]، ومثال ذلك تنازل الشخص عن أحد كليته لشخص آخر مصاب بفشل كلوي حاد،

---

[١]- 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.

[٢]- د. حسام الدين الأهواني: المرجع السابق، ص ٤٢-٤٣.

[٣]- 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.

[٤]- خلافاً لذلك ذهب بعض الفقة الفرنسي وعلي راسهم AUPY , SAVATIER 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،

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.[١]

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.[٢]

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[٣]، 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[٤]، ولو وضعت المسألة في إطارها الصحيح، قد نفهم أن يتبرع شخص بأحد أعضائه إذا لم يترتب على الاستئصال أية

ص٦٤٩- ٦٥٠. د. مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٢١.

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

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

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

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

أضرار، أما أن توضع المسألة في إطار الموازنة بين ما يلحق المتبرع من ضرر وما يصيب الغير من فائدة، فهو منطق مرفوض.[١]

٣- نظرية السبب المشروع وأن كانت تصلح سنداً لإبراز الحكمة من إباحة نقل الأعضاء البشرية، إلا أنها لا تصلح كأساس لهذه الإباحة[٢]. كما أن السبب المشروع وإن كان يصلح كأساس لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض[٣]، إلا أنه لا يصلح أساساً لمشروعية نقل العضو من المتبرع لأنه في هذه الحالة ليس له مصلحة من جراء ممارسة 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.[٤]

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

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

٢- د. مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٤٢١.

٣- 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.

٤- د. إدريس عبد الجواد: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص٦٨.

أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الاحتياطية أو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، ومن ثم فقد أحدقوا تداخلاً مع النظريات الأخري.[١]

المطلب 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[٢]، فعلى ضوء شروط هذه النظرية يستطيع القضاء أن يرتب الأوضاع الخاصة بالمسئولية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[٣]. 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.[٤]

وحالة الضرورة عند بعض الشراح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث تعتبر الأساس القانوني الوحيد بحسب رأيهم 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]- 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.

[٢]- د. محمد سامي الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٣.

[٣]- د. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، المرجع السابق، ص٥٨.

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

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]

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.[٥]

١- د. إدريس عبد الجواد: المرجع السابق، ص ٦٨.

٢- د. أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص ٣٣.

٣- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: المسئولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص٢٧.

٤- 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.

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

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. 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.[١]

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[٢]، والطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي يلحق بالمتبرع، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون داخلاً في نطاق حالة الضرورة، فلا مسئولية على الطبيب لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.[٣]

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 .[٤]

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

---

[١]- 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 خطورة: المرجع السابق، ص ٣٣. د. محمد سامي الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص ٦٥٤.

[٢]- د. محمد عبد الوهاب عبد المجيد: المرجع السابق، ص١٩٩.

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

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

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.[1]

يذهب بعض الفقه[2]، 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.

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

---

[1]- 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.

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

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]

ولقد اختلف فقهاء القانون حول ما إذا كانت حالة الضرورة سبباً من أسباب الإباحة أو مانعاً من موانع المسئولية[٤]. إلا أن البعض[٥]، 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:

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: المرجع السابق، ص ٤٢٤- ٤٢٥.

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

٤- د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص ٣٩-٤٢.

٥- د. مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٤٢٥- ٤٢٦

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[١]، 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.[٢]

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.[٣]

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

---

[١]- ونري تأيد 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.

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

[٣]- 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.

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، ومن ثم لا توجد حالة الضرورة لوجود البديل، وكذلك في مجال نقل 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.[1]

---

[1]- 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 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

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 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.

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. د. إيهاب يسر أنور: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ٤٦٢.

المطلب 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.[١]

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[٢]، 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.[٣]

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.[٤]

---

[١]- د. أحمد شوقي أبة خطوة: القانون الجنائي والطب، المرجع السابق، ص ٤٤.

[٢]- د. خالد مصطفي فهمي: المرجع السابق، ص ١٥٨.

[٣]- د. محمد سعد خليفة: الحق في الحياة وسلامة الجسد، المرجع السابق، ص ١١٨- ١١٩.

[٤]- د. أحمد شوقي أبة خطوة: المرجع السابق، ص ٤٤.

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[1]، فالمعيار إذن هو الحاصل النهائي للمصلحة الاجتماعية وما تؤديه للمجتمع بشكل عام[2]. 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.[3]

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

---

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

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

[3] – 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.

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 الَحإنسانية 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؟.

١- 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.

٢- 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.

٣- 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 الأعضاء،

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]

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 الرابع

شروط مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

تتطلب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية إتيان عدة أفعال تخضع بذاتها لنصوص التجريم، سواء كانت الأفعال بقصد العلاج من علة قائمة أم بقصد الفحص والتشخيص والتحقق من السير الطبيعى لأجهزة الجسم: فقد يقتضى العمل الطبى بالمعنى الواسع إجراء جراحة، أو بتر عضو، أو إدخال جهاز غريب بالحسم أو إدخال مادة غريبة به، أو تعريضه لأشعة، أو قطع عينة بقصد تحليلها، أو تقييد حرية مريض نفسى ومنعه من الحركة... الخ، أو إقتطاع عضو ونقله لآخر بقصد العلاج. وهذه الأفعال يصدق عليها تكييف جرائم الجرح العمد وإعطاء المواد الضارة والاحتجاز..الخ. بل إن بعض الجرائم العادية قد تقع بمناسبة العمل الطبى وتكون لازمة لمباشرته، كحيازة مادة مخدرة أو إجهاض امرأة إنقاذا لحياتها. ومن البديهى أن كافة الأعمال التى تلزم لمباشرة العمل الطبى تنتفى معها علة التجريم، أيا كان نوع تلك الأعمال، وفقا للأصول الطبية وتبعا للتقدم الذى يطرأ عليها.

وقد كان التحليل القديم يسند الإباحة محل البحث إلى رضاء المريض. ولكن هذا الرأى لا يتفق مع الدور المحدود الذى يعترف به القانون لرضاء المجنى عليه كسبب للإباحة، وهو لا يعدو فى موضوعنا أن يكون مجرد شرط من شروط إباحة العمل الطبى. كما كان هناك رأى قديم آخر يذهب إلى انتقاء مسئولية الطبيب بالنظر إلى تخلف القصد الجنائى لديه، ولكن هذا الرأى بدوره غير سديد، لأن القصد الجنائى بعنصريه وهما العلم والإرادة متوافر لدى الطبيب الذى يجرى عملية جراحية، أما قصد العلاج فليس سوى باعث لا يدخل فى البنيان القانونى المجرد للقصد الجنائى.

والمستقر عليه الآن أن إباحة الأعمال الطبية وما هى حكمها ليست سوى تطبيق للإباحة استعمالا لحق، وهى إباحة يرخص بها القانون لمن تتوافر فيه شروط محددة تكسبه حقا فى مباشرة العمل الطبى، ومن ثم تباح كافة الأعمال التى يقتضيها استعمال ذلك الحق، لأن الظروف التى تقع فيها تلك الأعمال لا تمثل مساسا بسلامة الجسم، بل هى هى على النقيض من ذلك تماما.

ويلزم لإباحة العمل الطبى أن تتوافر أربعة شروط تتعلق بصفة المستفيد من الإباحة واستهدافه غرض العلاج وتحصله على رضاء المريض ومراعاته للأصول الطبية، وذلك على التفصيل الآتى:

١- صفة المستفيد من الإباحة

لا يستفيد من إباحة العمل الطبى إلا من يحمل ترخيصاً بمباشرته وفقاً للقوانين المنظمة لذلك وفى الحدود التى ترسمها. فقد يكون الترخيص عاماً وقد يكون خاصاً بمزاولة العمل فى مجال

محدود دون سواه: فحينئذ تنحصر الإباحة فيه. والعلة فى ذلك واضحة وهى أن الترخيص وحده هو الذى يكشف عن اعتراف الدولة بالكفاءة العلمية اللازمة لمن صدر الترخيص لصالحه.

فإذا باشر العمل الطبى من لا يحمل الترخيص القانونى اللازم، فإنه يسال عن فعله وفقاً للقواعد العامة، أيا كانت النتيجة التى أفضى إليها، ولو تم على أثره شفاء المريض، أو حدث التدخل برضائة. ويستوى فى ذلك أن يكون من باشر العمل لا يحمل أى ترخيص، أم يحمل ترخيصا لا يسمح له بما أجراه. وقد يعاقب ذلك الشخص إلى جانب ذلك عن جريمة خاصة هة ممارسة مهنه الطب بغير ترخيص. ومن ثم، يسأل عمداَ من باشر عملاَ طبياَ بغير ترخيص تبعاَ للنتيجة التى تحققت : فإن انطوى عمله على جرح سئل عن جرح عمد، وإن أفضى ذلك إلى وفاة سئل جرح أفضى إلى موت.

٢- إستهداف العلاج

لا يبح التدخل الطبي بكافة صوره إلا إذا كان من باشره حسن النية، أي مستهدفَ الغرض المقصود بذلك التدخل، وهو العلاج أو تشخيص العلة أو الوقاي منها. فإذا استهدف الطبيب غرضاَ آخر سوى ذلك فلا إباحة، كما لو لم يقصد بتدخله سوى التحقق من افتراض علمي يجرى عليه بحثاَ، أو مجرد شرح عملى لطلاب الطب أو الباحثين فيه، أو تشويه جزء في جسم الشخص بقصد جعله غير صالح لآداء الخدمة العسكرية، أو تسهيل تعاطيه لمادة مخدرة .. إلخ ، ولا يغير من ذلك أن يقع التدخل بناء على رضاء المجني عليه أو حتى تحت إلحاحه ، إذ أن رضاء المريض في إباحة تدخل الطبيب ليس سوى شرط ضمن شروط أخرى للإباحة، فضلاَ عن أن نطاق الرضا كسبب مستقل للاباحة لا يتسع لهذه الحالات، ومن مثل ذلك، أن يتوافر رضا المريض في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ولكن ينتفي شرط التبرع، أن يكون ذلك بمقابل مادي، فالرضا لا يعد سبباً لإباحة الفعل طالما وقع هذا الفعل لقاء مقابل مادي سواء كان كبير أو صغير، ولا تعد الهديا الرمزيه من قبل المقابل المادي، ومن ناحية أخري يجب توافر الشروط الأخري التي تطلبها المشرع علي النحو التي أفصحت عنه الأحكام الموصوعية التي جاء بها القانون ٥ لسنة ٢٠١٠.

ويُثير قصد العلاج تحديد نطاق الأعمال الطبية المشمولة بالإباحة والتى ينصرف إليها ذلك القصد، وهو مجال يرتبط بتقدم العلوم الطبية وتطور وسائل الكشف عن الأمراض وتشخيصها والقضاء عليها والحدود التى يسمح فيها القانون والأخلاق والآداب المهنة بالتدخل، وتلك التى لا يسمح فيها بمثل ذلك التدخل.

ويسمح قانون مزاولة مهنة الطب للطبيب أو الجراح بمباشرة كل مايلزم لعلاج المرضى من إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة توليد أو وصف أدوية أو علاج مريض بأي طريقة كانت أو صف نظارات طبية، وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة عامة كانت أو خاصة.

وقد أثير جدل ولا يزال يتجدد، حول مشروعية التدخل الطبيي بعض صوره، وما إذا كانت تصلح موضوعاً للعلاج أم لا. وقد استقر الأمر حول مشروعي العمل في بعض الحالات ولا يزال التردد قائماً حولها في أخرى.

فمن المقرر الآن أن جراحات التجميل تدخل في عداد الأعمال الطبية المباحة، صواء قصد بها إزالة تشويه أو تكوين غير طبيعي في أحد أجزاء الجسم. لأن قصد بها إضفاء مظهر خارجي أفضل على أحد الأجزاء.

ومن العمليات التى أصبح من المتفق على مشروعيتها نقل الدم بالنسبة للمريض المنقول إليه الدم، أما نقل الدم من متبرع فلا يعد في مواجهته عملاً طبياً بالمعنى الدقيق، وإنما يعد عملاً مباحاً إستناداً إلى رضاء المتبرع، طالما كان التبرع في الحدود التى لا يخشى فيها على حياة المتبرع ولا يخل إخلالاً جسيما بحسن سير وظائف جسمه. أما عمليات التعقيم، فلا تعد بذاتها عملاً علاجياً إلا إذا ثبت أنه ليس ثمة بد من إجرائها صيانة للصحة العامة للمريض أو تفادياً لتفاقم حالته. وتصدق ذات الملاحظةعلى الاجهاض ، فهو بذاته ليس من مقتضيات العمل الطبي، ما لم يكن إجراؤه يمثل ضرورة طبية تستدعى التضحية بالجنين.

وفيما يتعلق بزراعه الاعضاء، فهو عمل علاجي بلا جدال بالنسبة لمن ينقل إليه العضو المزروع، أيا كان صاحب هذا الأخير، سواء كان شخصاً حياً أم ميتاً كان قد أوصى بالتبرع بأعضائه بعد وفاته.

أما من نزع عنه العضو في حياته، فلا يمكن القول في شأنه بأن الطبيب يمارس عملاً علاجياً، كما يتعذر القول بالإباحة إستناداً إلى رضاء المريض، لاسيما إذا كان التبرع يرد على عضو جوهري يخشى أن تعتل على أثر نزعه صحة المتبرع. وقد أحسن المشرع المصري صنعاً عند تدخله تشريعياً بموجب القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ لينظم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ويفرض عقوبات مشددة لمن يخالف التنظيم التشريعي لمثل هذه العمليات، وذلك لمواجهة جرائم الاتجار في الاعضاء البشرية. حيث قبل هذا القانون لم تكن توجد سوى إشارة غير مباشرة فى هذه المادة ٢٤٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٥ لسنة١٩٩٧ والتى تعاقب على إحداث جرح مفض إلى عاهة مستديمة. فقد نصت الفقرة الثالثة من تلك المادة على أنه " وتكون العقوبة السجن المشدد مدة

لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل... من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حى إلى آخر، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا نشأ عن الفعل وفاة المجنى عليه. ويشترط لتوقيع العقوبات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها جلسة". ويستفاد من ذلك أنه لا تطبق على نزع عضو أو جزء منه إذا تم برضاء المتبرع، دون إخلال بطبيعة الحال بالقواعد الأصلية المتعلقة بالجرح العمد والجرح المفضى إلى عاهة مستديمة أو إلى موت. وهذه الفقرة على أى حال مقحمة فى غير موضعها ولا تنسجم مع نصوص التجريم التى أدخلت ضمنها. أما عمليات التلقيح الصناعى، أو تلقيح البويضة خارج الرحم وإعادتها بعد تلقيحها لتستكمل نموها فيه، فلا شك فى أنها تدخل ضمن أعمال علاج العقم إذا تمت بين طرفى العلاقة الزوجية. وتنحسر المشروعية عن الوسيلة إذا تمت خارج إطار العلاقة الزوجية، أو بعد وفاة أحد طرفيها، أو عن طريق الاستعانة بأم" حاضنة" للبويضة المخصبة من شخصين آخرين أو عن طريق "استنساخ" نماذج جديدة من البويضة المخصبة تكون لها ذات خصائصها الوراثية...الخ.

وفيما يتعلق بعمليات تغيير الجنس، فهى بحسب الأصل ليست عملا علاجيا، مالم يكن التداخل الجرحى لازماً لضرورة طبية وكان التكوين اتلعضوى والبيولوجى والفسيولوجى للمريض يستجمع بلا نزاع الخصائص الأساسية للجنس الذى يرد التحول إليه. وتسرى ذات الملاحظات السابقة على العمليات " البيوطبية" أو الطب_ حيوية وتلك التى تضمن محاولة تغيير مكونات "الجينات" أو حاملات الخلايا الوراثية: فإن كانت لغرض علاجى فهى مباحة لدخولها فى العمل الجراحى؛ وأن تمت على سبيل التجربة العلمية فهى ليست كذلك. والوقع أن كثيرا من الأعمال الطبية الحديثة، كعمليات نقل وزراعة الأعضاء وبعض مكونات الجسم الأخرى وأعمال التجارب "الطب الحيوية" والابحاث التى تجرى على الخلاياى الوراثية لا ستخلاص " بصمة" لخلايا الشخص يمكن التعرف على بدقة من خلالها وغير ذلك من الأعمال المستحدثة، تصدر بها بعض البلاد تشريعات خاصة تسمح بها شروط محددة، من ضمنها الحصول على رضاء صريح وعن بينة من صاحب الشأن، ومن ثم الإباحة حينئذ مستندة إلى ترخيص القانون بوجه عام، وليس إلى إباحة العمل الطبى بوصفه هذا.

٣-رضاء المريض

يقصد برضاء المريض فى هذا الموضع تعبير المريض عن موافقته على أن يباشر الطبيب فى مواجهته كل ما يقتضية علاجه. ولا يعنى ذلك أن رضاء المريض هو بذاته الذى يبيح تدخل الطبيب، وإنما هو ليس سوى شرط من شروط إباحة العمل الطبى التى تستند إلى حق يصرخ به

القانون، والعلة فى هذا الشرط واضحة، وهى أن للجسم البشرى حصانة تحول دون إجبار صاحبه على العلاج قسراً عنه.

ولكى يعتد بالرضاء كشرط للأباحة يجب أن يصدر عن المريض نفسه إذا كان قادرا على التعبير عن إرادته، فإن لم يكن فى حالة تمكنه من ذلك أخذ رضاء من يمثله قانونا. والأصل أن يكون الرضاء صريحا، ولكن قد يكفى الرضاء الضمنى فى التدخلات الطبية المألوفة التى يستشف من مسلك المريض قبولها إذا قد الطبيب ملاءمة ذلك.

أما التدخلات الطبية الكبرى فيجب أن يبصر بها المريض مسبقا وأن يحاط علما بمخاطرها ومضاعفاتها المحتملة وأن يصدر الرضاء عن بينة بكل ذلك، ولا يكفى فيها الرضا الضمنى المستمد من مجرد الذهاب إلى الطبيب. فإذا لم يحصل الطبيب على رضاء المريض فى مثل هذه الحالات، فإنه يعد مسئولا عن تدخله وفقا للقواعد العامة، ولو تم التدخل وفقا للأصول الطبية وأفضى بالفعل إلى شفاء المريض، فيسأل عن جرح عمد أو جرح مفض إلى موت بحسب الأحوال. ولكن هذا فرض نادر عملاً. وقد يستغنى عن رضاء المريض كشرط للإباحة فى بعض الحالات، كما لو ألزم القانون الطبيب بتدخل بتطلبه الصالح العام فى ظروف معينة، مثل أوقات الأوبئة: فحينئذ تكون الإباحة مستندة إلى أمر القانون، وفى حالات أخرى، قد يتدخل الطبيب إنقاذا لحياة المريض، كمصاب فى حادث، إذا لم يكن فى حالة يستطيع فيها الإعراب عن رضائه لم يكن هناك من أقاربه من يقوم مقامه: فحينئذ تمتنع مسئولية الطبيب وفقاً لحالة الضرورة.

٤- مراعاة الأصول الطبية

يلزم أخيرا لإباحة العمل الطبى أن يكون من باشره قد راعى الأصول الطبية المتعارف عليها بين أهل الطب والتى لا يتسامح فى الجهل بها أو عدم مراعاتها. والمعيار مستمد من المسلك المألوف للطبيب متوسط الحرص والعناية والإلمام بعلوم الطب إذا ما وضع فى ذات الظروف التى تم فيها التدخل الطبى: فإذا كان ما أتاه الطبيب فى الحالة الواقعية يتفق مع ما كان سوف يصدر عن مثل ذلك الطبيب "المفترض"، فلا مسئولية على الطبيب، ولو حدثت الوفاة على أثر تدخله أو تأجل الشفاء: فالطبيب ليس ملزما بتحقيق نتيجة وهى الشفاء والقضاء على العلة، وإنما ببذل عناية يقظة وفقا للمتعارف عليه بين أهل الطب من أجل العلاج.

ولا جدال فى مسئولية الطبيب إذا كان الخطأ الطبى ينطق بإهماله وعدم مراعاته للأصول الفنية، كما لو أجرى العملية وهو فى حالة سكر أو بأداة غير معقمة أو استأصل جزء سليماً بدلاً من الجزء أو العضو المصاب، أو ترك سهواً أداة من أدوات الجراحة فى جوف المريض سببت له تسمماً، أ، أجرى جراحة دون أن تسبقها الفحوص اللازمة، أو نقل للمريض دما ماوثا دون أن

يتحقق من صلاحيته..الخ: ففى مثل هذه الحالات يسأل الطبيب عن جرح خطأ أو قتل خطأ حسب النتيجة التى يفضى إليها تدخله.

ولكن الأمر يدق فى مواجهة الحالات التى لا يكون فيها العلاج مجمعاً عليه، وإنما تختلف حوله رؤى واجتهادات الأطباء: فحيئنذ يلزم أن تترك للطبيب سلطة أوسع فى تقدير ملاءمة التدخل ووسيلته، طالما كان الحل الذى اختاره له سند فى علم الطب وكان مقصودا به طرق سبيل قد مرءمته للعلاج فى ضوء الحلول الأخرى وقلة جدواها. ولكن هذا يتوقف على طبيعة التدخل الذى يتخيره الطبيب ومدى درابة هذا الأخير بأصوله وفقا لكفاءته العلمية وتخصصه: فإن عرضت عليه حالة تستعصى على من هن فى مثل تخصصه وتستدعى عرضها على طبيب متخصص فلا إباحة فى تتدخله. وقد حكم تطبيقا لما تقدم بأن الطبيب مسئولاً عن خطئه فى العلاج إذا كان الخطأ ظاهر لا يحتمل نقاشاً فنيا تختلف فيه الآراء، فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الإطباء ويختلفون عليها، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها بعض العلماء، ولو لم يستقر عليها، فلا لوم عليه. إذ أن مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المتخلف عليها، بل هى قاصرة على التثبت من خطأ المعالج.

المبحث 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:

المطلب الأول

التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء في التشريعات الأجنبية

ارتبط القانون الجنائي في مواضعه بالتقدم العلمي سواء في جانبه العلمي أو التكنولوجي، ومن أخص الجوانب التي أثر التقدم العلمي والتكنولوجي فيه الجانب الطبي، وقد أسفر هذا التقدم عن بعض النجاحات في مواجهة بعض الأمراض التي تفتك بالإنسان وأستطاع الطب علاجها عن طريق نقل الاعضاء البشرية، وهو أمراً فرض بطبيعة الحال تنظيم هذه الأمور تشريعياً لتحقيق أكبر إستفادة ممكنه من التقدم العلمي في هذا المجال، ولمواجهة صور الخروج عن نطاق القانون.

ورغم 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

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.[2]

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

---

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

[2]- **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.

سنة ١٩٩٤[١]، بالإضافة إلي التطور الذي حصل في هذا المجال عند تعديل هذه القوانين بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٦.[٢]

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 Caillavetيتضح 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.[٣]

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 بأي حال اعتبار ذلك أساساً لمشروعية هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان.[٤]

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

---

[1]- **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. .

[2]- **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.

[3] - **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.

[٤]- 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.

- 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[١]، 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.[٢]

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 المجال[٣]. كما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (٩٤- ٦٥٤) المتعلق باستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب[٤]. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وضع

---

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

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

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

[4]- 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.

نظاماً تشريعياً يتضمن عدة مبادئ تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأخلاقيات العلوم الإحيائية .[١]

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[٢]، 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.[٣]

وقد دعم المشرع الفرنسي مبدأ عدم مالية جسم الإنسان بمبدأ السرية بين المتبرع والمستفيد ,[٤] والذي يقضي بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي، بحيث أن المتبرع لا يمكن له معرفة هوية

---

[1]– **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: Stéphanie**: 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.

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

[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. 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.

[4]– **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 السريةL'anonymat في مجال التبرع بعناصر جسم الإنسان ومنتجاته كرسته المادة (١٦-٨) من القانون المدني الفرنسي، وأكدته المادة (٥-L١٢١١) 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 (٣- ١١٢١ 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.

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.

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 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

---

[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.

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 إنفاذ المرضي المهددة حياتهم بالخطر[١]، وهو ما نص علي المشرع الفرنسي بالمادة (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 .[٢]

وفرض المشرع الفرنسي في حالة الإخلال بشرط الحصول علي هذا الترخيص القانوني عقوبة الحبس لمدة سنين وغرامة ٣٠,٠٠٠ يورو.[٣]

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.[٤]

---

[1]– **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.

[2]– 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.

[3]– 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.

[4]– **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

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[١]، 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.

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 ٨/٤).[٢]

٥- أن العضو المنقول لا يمكن توفيره من قبل شخص متوفى.[٣]

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

---

transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, pp. 26, 27.

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

[2]- **(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.

[3]- **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.

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 لمواجهة هذه الطائفة من الجرائم.

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.[١]

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 خصوع 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 .[٢]

---

[1]- 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 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 .

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

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[١]، 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.[٢]

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 الأحياء، كما وضع هذا القانون نصوصاً خاصة تتعلق باستخدام جثث الموتى في أغراض علاجية وكذلك أغراض التعليم الطبي والبحث.[٣]

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[٤]، فالشخص لا يملك جسمه وبالتالي لا يملك الإذن بالتصرف فيه

١- د. مهند صلاح أحمد: المرجع السابق، ص ١٢٢.

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

٣- دد. مهند صلاح أحمد: الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ٢٠٠٢، ص ٦٣.

4- **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.

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.[١]

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 .[٢]

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.[٣]

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 .[٤]

١- د. حسام الدين الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص١٦٢.

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

٣- 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.

٤- د. مهند صلاح أحمد: المرجع السابق، ص١٢٤.

كما اشترط القانون توافر موافقة الشخص المتبرع ونص على ضرورة إعلام المتبرع بكل مخاطر العملية .[1]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[2]. 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 .[3]

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.

ومن الأحكام الجديدة التي تضمنها هذا القانون السماح بإجراء التبرع الهجين[4]، والتوسع من دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم بالتبرع بالأعضاء البشرية، كما نص علي إنشاء هيئة الأنسجة

١– د. مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٤٤٢–٤٤٤.

٢– د. خالد مصطفي فهمي: المرجع السابق، ص٥٧.

٣– 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.

٤– 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

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[1]. 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[2]. 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[3]، وسوف نتناول التشريعين علي النحو الآتي:

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[4]، ويشترط إفراغ

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.

[1]- د. خالد مصطفي فهمي: المرجع السابق، ص ٥٨. د. أسامة علي عصمت الشناوي: المرجع السابق، ص١٢٢

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

[3]- د. مهند صلاح أحمد: المرجع السابق، ص ١٢٥.

[4]- د. حسام الدين الأهواني: المرجع السابق، ص ٨٥.

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 .[١]

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.[٢]

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 مجموعة من الضوابط التي يجب احترامها في هذا المجال، خاصة ما يتعلق منها بمنع الاتجار بالأعضاء .[٣]

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

١- د. إيهاب يسر أنور: المرجع السابق، ص٥١١.

٢- د. مهند صلاح أحمد: المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

٣- د. خالد مصطفي فهمي: المرجع السابق، ص ٥٨.

القانون تقييم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقاً لما تتناوله قواعد ومبادئ أخلاقيات العلوم الإحيائية.[١]

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.[٢]

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 .[٣]

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.

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[٤]. 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

١- 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.

٢- د. مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص ٤٤٤-٤٤٥.

٣- د. إدريس عبد الجواد: المرجع السابق، ص ٣٨.

٤- د. مهند صلاح أحمد: المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

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 .[1]

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[2]، 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.

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.

---

[1]- 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.

[2]- **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.

المطلب 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 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:

---

[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.

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 وتعديلاتة بالقانون ١٤٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصلاح سياستة 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 ٩٥د. 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 أنه لم يتضمن نصوص صريحة لتنظيم الإنجاب بالوسائل الطبيه، الإ ما اشار اليه من حظر الأعمال الطبية التي تؤدي لخلط الإنسان.

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:

١- 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

[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.

تداركة بالعلاج، وهو ما يدعونا للقول أن المشرع المصري أحسن صنعاً بأن قرن المرض الجسيم بنصه علي أن يكون الزرع هو السبيل الوحيد لمواجهته.

- 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.

٢- 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.

---

[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.

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 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- ١٢٣١L) 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

---

[١]- د. طارق سرور: المرجع السابق، ص٢٠١. د. أحمد شوقي أبو خطورة: 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.

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 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]

---

[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.

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.

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

---

[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.

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 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.