النطاق القانوني للتصرف في الأعضاء البشرية

مصطفى سماعيلي

دكتور في الحقوق، كلية الحقوق، وجدة

محمد تنينة

باحث بسلك الدكتوراه

المغرب

ملخص المقال

لا جدال أن الطب يعد من أجل العلوم وأسماها، لأن هدفه حفظ حياة الإنسان ودرء الأمراض عن جسده، حماية لحق الأفراد في الحياة وسلامة أجسامهم، غير أن التطور السريع في الميدان الطبي وما واكبه من اكتشافات لأمراض مستعصية تصيب الأعضاء، لم يمّكن بعد من التوصل إلى الوقاية منها أو إيجاد دواء لها، لا سبيل لعلاجه إلا باستبدال العضو المصاب بآخر سليم، سواء بنقله من شخص حي أو ميّت وزرعه في جسد المريض الذي يحتاج إليه، وهي ما يعرف بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

بيد أنه رغم فعالية ومزايا عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في علاج المرضى، فهي لا تخلو من المخاطر على حياة الإنسان، لأنها تعد خروجا عن القواعد الأزلية التي تحمي حق الفرد في سلامته وتكامل جسده وحرمة جثته، ولا يمكن أن يكون محل معاملة تجارية صيانة وحفظا لكرامته، مما أثار مسألة مشروعية التبرع بالأعضاء البشرية والتي اتجهت فيها أغلب الآراء الفقهية والتشريعات بالإيجاب، وحاجة تقنينيها، إذ نجد فيه تراكم تشريعي بخصوص نقل وزرع بالأعضاء البشرية على المستوى الدولي والوطني، والغاية منه محاولة الموازنة بين متطلبات المستجدات الطبية والأبحاث العلمية، وبين توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للكيان المادي للإنسان والحفاظ على كرامته الآدمية.

إذ تستمد حماية الذات البشرية أصولها من قانون الطبيعة الأزلي، القائم على محافظة الإنسان على سلامة جسده واحترام الجثة، ويعتبر الحق في سلامة الجسد وحرمة الجثة من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان لتعلق الأمر بالكيان المادي لتلك الشخصية، ولكي يستطيع الإنسان أن يصون حقه في مبدأ حرمة جسده، لا بد أن يضطلع على المبادئ الحامية للذات البشرية، وتحديد الطبيعة القانونية للتصرفات الجائزة على جسده، غير أن هذا الجواز المقيد، للتصرف في الأعضاء البشرية يخضع دائما لمبدأ النظام العام والمصلحة العامة، وبالتالي فإن تنازل الفرد عن أحد أعضائه في إطار عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ينبغي أن يكون في نطاق قانوني مشروع.

مقدمة

تستمد الذات البشرية حمايتها من أصول حقوق الإنسان الشخصية، القائمة على محافظة الفرد على كيانه المادي والمعنوي وسلامة جسده واحترام جثته، باعتبارها من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، لكونهما مهبط الروح ومصدر جميع أنشطته ومظاهر حياته، مصونة بمجموعة من المبادئ الحامية للذات البشرية، على اعتبار أنها يمكن أن تصير محل لمجموعة من التصرفات.

إذ تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء من التصرفات التي تقع على الجسد البشري في هذا العصر، والتي يلجأ إليها الإنسان بعد تعسر الشفاء واستعصاء المرض، إلا أنها أثارت عدة إشكالات على الصعيد القانوني والشرعي، وكذا الطبي والعلمي، جعل الكشف عن أحكامها وتفصيل ضوابطها وشروطها من الأهمية بمكان، خاصة مع توسعها وغياب الوازع الأخلاقي في كثير من حالاتها.

إذ أمام التقدم العلمي الهائل في المجال الطبي الذي يفرض تفاعل قانوني إيجابي خاصة فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية، باعتباره أمرا مستحدثا نسبيا، يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للتصرفات الجائزة على الجسد، لضمان حماية أكثر له ومنع أي متاجرة به.

غير أن هذا الجواز المقيد للتصرف في الأعضاء البشرية يخضع دائما لمبدأ النظام العام باعتباره المصلحة العليا للمجتمع، وإن كان الأخير ذا مفهوم قابل للتطور والتغير بحسب ما يسود المجتمع من ظروف، والتصرف في الأعضاء البشرية لا يخرج عن إطار النظام العام، يقتضي حماية قانونية للجسد البشري وتحديد طبيعة التصرف القانوني فيه، وبالتالي فإن تنازل الفرد عن أحد أعضائه في إطار عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ينبغي أن يكون في نطاق مشروع.

المطلب الأول: الحماية القانونية للجسد البشري وطبيعة التصرف فيه.

إن حق الإنسان في الحياة مقرر في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ويتجلى ذلك في سلامة جسده وحرمة جثته، ولكل فرد الحق في أن يعترض على أي مساس بجسده وأن يصون عصمته وسلامته، بناء على المبادئ الحامية للذات البشرية (الفقرة الأولى)، غير أنه إذا كان الأصل حرمة الجسد، فالاستثناء هو تخويل المشرع للشخص التصرف في جسده أو الإيصاء به، مما يطرح طبيعة تصرف الشخص في أعضاء جسمه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبادئ الحامية للذات البشرية

يعد حفظ حياة الإنسان وسلامة جسمه من المصالح التي عُنيت بها الشرائع السماوية والقوانين والوضعية، وتقرر الحرمة المطلقة لجسم الإنسان وتمنع شتى أنواع الاعتداء عليه (أولا)، كما يترتب على هذا المبدأ إقرار مبادئ أخرى تعتبر امتدادا له، من ذلك خروج الجسم عن دائرة التعامل والاتجار (ثانيا).

أولا: مبدأ حرمة الجسد.

يقصد بالحرمة الجسدية، أنه لا يحق لأي شخص أن ينال من جسم الإنسان حيا أو ميتا، إلا ما استثناه القانون[1]، أي عدم المساس بالحقوق التي يحميها القانون للجسم البشري منذ اعترافه للجسد بالكينونة، إلا ما تم استثناؤه بموجب القانون.

أولت الشرائع السماوية للإنسان وحقوقه اهتمامها الأول[2]، وجعلته محور لرسائلها، إذ كرست الشريعة الإسلامية ضمان احترام الذات البشرية والكيان الجسدي للفرد في القرآن والسنة، حيث خص الله تعالى الإنسان بعدة آيات قرآنية قصد تكريمه وتفضيله على باقي المخلوقات صونا لجسده[3]، كما اهتمت السنة النبوية بحماية السلامة الجسدية للفرد[4].

في السياق ذاته، عنت القوانين الوضعية بحقوق الإنسان وفردته بمجموعة من النصوص الحامية له، وإن كانت قابلة للتغيير متى شاء الإنسان وفي أي وقت يريد[5]، وفي هذا الإطار أبرمت عدة مواثيق دولية هدفها المطالبة بحماية شاملة للفرد[6]، وكان أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، إذ نصت المادة الثالثة منه على أنه: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه»، جعلت منها القوانين المقارنة، لبنة أساسية لبناء صرح قانوني حامي لحرمة الجسم الإنساني، من خلال نصوص القوانين والدساتير[7].

والأمر نفسه سار عليه المشرع المغربي، من خلال تجريمه للتصرفات الماسة بسلامة الجسم، سواء على مستوى الدستور[8]، أو من خلال تجريمه للتصرفات غير القانونية المتمثلة إما بالإتجار في عمليات أخذ الأعضاء البشرية خرقا لقاعدة المجانية، وإما في عدم احترام شكليات أخذ العضو البشري المنصوص عليها في قانون 16.98[9].

ومن هنا يمكن القول، أن احترام جسم الإنسان يجد سنده في النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية تكامله الجسدي، ويستمر هذا الحق حتى بعد وفاته، حيث يكون للشخص الحق في احترام جثته باعتبارها من بقاياه الجسدية وكذلك احترام ذكراه ومشاعره وقيمته الروحية، رغم أنه ليس للجثة أي إرادة خاصة تعبر عنها بصفة قانونية، ولكنها تحتفظ ببعض الأشياء من كرامة الجسم وتبقى رمزا له، ولا يمكن أن يعامل كشيء مادي، مما يخرجه من دائرة التعامل.

ثانيا: مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل والاتجار.

من المعلوم أن التشريعات البدائية، لم تقتنع باحترام تكامل جسم الإنسان فكان محلا للاتفاقيات القانونية[10]، ولكن مع مرور الزمن ونضج الحس القانوني الذي هذبته الشرائع السماوية[11] والأخلاق، أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز التصرف في الجسد البشري وأن هذا الأخير لا يصلح أن يكون محلا للاتفاق ولا يصح إطلاق اسم المال عليه[12]، ولا يقع عليه الملك ولا يصح بيعه، وبالتالي هو خارج عن دائرة التعامل والاتجار.

ونفس المنحى سارت عليه القوانين الوضعية، حيث أن جل التشريعات لم تتناول مسألة التصرف في الجسم ككيان مادي ضمن أحكام القانون المدني، وإنما نصت عليه في قوانين خاصة، حيث نجد المشرع الفرنسي من خلال قانون 76-1181 الخاص بنقل وزرع الأعضاء في مادته الثالثة[13]، ينص على ضرورة أن يكون التنازل عن أعضاء الجسم بدون مقابل مالي، لأن اشتراط المقابل المادي يجرد تنازل المعطى عن عضو من جسمه من كل قيمة معنوية، والأخيرة هي التي تبرر مبدأ خروج الجسد من دائرة التعامل.

كما نجد المشرع الجزائري، ينص صراحة من خلال قانون الصحة رقم05.85[14]، في المادة 161 منه، على الحظر المطلق لجعل الأعضاء البشرية موضوع معاملة مالية.

ولم يخرج المشرع المغربي عن توجهات القانونية السالفة، حيث حرص من خلال القانون 16.98[15]، على مجانية التبرع أو الإيصاء بالعضو البشري، ولا يمكن بأي حال أو شكل أن يؤدي عنه أجر أو أن يكون محل معاملة تجارية، بل

أن المادة 30 من نفس القانون[16]، عاقبت كل من يخرق مقتضيات الفصل الخامس السالف الذكر، بغرامة وعقوبة حبسية، كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية تتعلق بعضو بشري.

فحسنا فعلت التشريعات بإخراج جسم الإنسان من دائرة التعامل[17]، إذ لو انطلقنا من مسلَّمة أن الأعضاء البشرية هي شيء قابل للتصرف فيه، فالنتيجة أنه يمكن تقييمها ماليا وملكيتها تؤول بالضرورة إلى صاحبها وتخضع لأحكام حق الملكية الواردة في القانون المدني[18]، مما يجعلها محل قابل للتصرف فيه بشكل إرادي وبالتالي دخولها ضمن أموال المتعاقد، والقوانين المدنية تنص على أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه، ومفهوم الأموال أوسع من كونها نقود، وإنما هي كل ما يملكه المدين من منقولات وعقارات وحقوق مالية أخرى، فهل يمكن أن تدخل الأعضاء البشرية وفق هذه المسلمة ضمن الضمان العام للدائن، وبالتالي يصير الجسم مهددا بالمعاملة التجارية فيه ويفقد حرمته وقدسيته.

وعليه، يقتضي أن يكون تنازل المتبرع عن عضو من أعضائه بغير مقابل، لكون جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية فالقيم الإنسانية تسمو على المال، باعتبار التضحية والتضامن أسمى القيم، والإنسان بدافع التضحية وإيثار النفس يمكنه أن يتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه بدافع التضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار، وليس الربح أو المقابل المادي، حتى يحافظ الجسم البشري على حرمته وقدسيته ويبقى خارج التعامل والاتجار إلا وفق الحدود المرسومة قانونا.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للتصرف في الأعضاء البشرية.

إن تصرف الشخص في أعضائه لا يمكن أن يتم إلا عن طريق التبرع وفق ما أجمع عليه الفقهاء والتشريعات الوضعية، وهذا ما يستبعد دمج هذا التصرف في صنف عقود المعاوضة، وبالتالي إدراجها في صنف العقود الملزمة لجانب واحد، وإذا كانت أغلب العقود الملزمة لجانب واحد هي عقود التبرع[19]، لأن المتعاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطي.

وبناء عليه، فإن مسألة جعل الأعضاء البشرية محل لأحد عقود التبرع يجعلنا نتصور عقدين فقط للتصرف في الأعضاء البشرية، وهما عقد الهبة (أولا) وعقد الوصية (ثانيا).

أولا: تكييف التبرع بالعضو البشري بكونه عقد هبة.

أجمعت الآراء الفقهية والقانونية على مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية كوسيلة لإبعادها من دائرة التعامل المادي، باستعمال مصطلح "التبرع أو الهبة"[20]، فالمقصود بالهبة عموما هي تمليك بلا عوض، يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض"[21]، وهي تملك ذات من غير عوض لوجه من أعطيت إليه، والتمليك فيها هو تنازل الواهب عن ملكيته للشيء أو الحق الموهوب به ويصير الموهوب له هو المالك الشرعي له، يمارس عليه حقوق الملكية من تصرف واستعمال واستقلال[22]، به يخضع عقد الهبة كباقي العقود إلى نفس الأركان المتطلبة لقيامه وصحته، المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، إضافة إلى شروط أخرى متطلبة بصورة خاصة، باعتباره عقد ما بين الأحياء، بموجبه يتصرف الواهب في ماله، وتكون دون عوض، إلى جانب نية التبرع.

كما أن الهبة تعد من العقود الملزمة لجانب واحد، يلتزم فيها الواهب بالعطية، ولا التزام فيها على الموهوب له، إلا أنها ليست من الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، فالهبة مهما كان محلها لا تنعقد بإرادة واحدة من الواهب وإنما بإرادتين،

إرادة الواهب من جهة وإرادة الموهوب له من جهة أخرى[23]، نظرا لأنها أشد خطرا على المتبرع فقد أحاطها بالشكلية القانونية أو الكتابة للانعقاد[24]، وهذا الحكم ينسحب إلى معظم القوانين في اشتراط الرضا كتابة[25]، ويشترط بعضها أن يكون أمام القاضي[26]، فضلا عن ذلك أن الهبة تكون لوجه الموهوب له، فيه يفترض الباعث والدافع لها، لذا فالتبرع هنا يكون لفائدة شخص معين، وفي هذا السياق تأتي مسألة اشتراط صفة قرابة لا تتعدى الأبوين والأبناء والإخوة[27]، وإن كانت أغلب التشريعات المنظمة للموضوع، مددت الإمكانية للأعمام والأخوال وأبنائهم، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال المادة 9 من قانون 16.98[28].

كما أن الهبة بالأعضاء البشرية توجب الكتابة كشرط لانعقادها ويلزم الحصول على إقرار (القبول) من الواهب تحريريا؛ فالهبة ليست عقدا رضائيا وإنما عقد شكلي خلافا للقواعد العامة في عقد الهبة للدلالة على خطورة التصرف من الواهب والتثبت من صحة رضاه[29]، أما بخصوص الهبة بالأعضاء البشرية من القاصر أو من ناقص الأهلية فإن الأصل فيها البطلان حماية له، سواء في ماله أو في أعضائه أو في دمه، لأنه محدود الإرادة لا يفقه حقيقة ما يقدم عليه وما سيترتب من نتائج خطيرة ناتجة عن المساس بالجسد[30].

وفيما يتعلق بالرجوع في الهبة، فلا يجوز إنزال التصرف الوارد على الأعضاء منزلة الهبة، لا سيّما أحكام الرجوع فيها على ضوء المذاهب الفقهية[31]، حيث نجد أن المذهب المالكي، يقضي بحصر الرجوع في حق الأب والأم وبشروط، أما سائر الناس غير الآباء والأمهات ولو كانوا أقارب كالأجداد والأخوة فلا رجوع لهم فيما وهبوه، إذ بالرجوع لأحكام نظرية العقد في ق.ل.ع المغربي، نلاحظ كيف أنه أثار مسألة الرجوع في الهبة، وأقر منع الرجوع بعد الالتزام بالهبة، حيث جاء في الفصل 18 ق.ل.ع، أن الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت عنه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له، وللإشارة هنا إلى أن هذه الأحكام تطبق على غير الأب والأم، حيث يطبق حكم الشرع بشأنها.

وبناء عليه فالتصرف في الأعضاء البشرية يقبل العدول عنه بمقتضى نص القانون[32]، وهذا الحكم خاص بالتصرفات الواقعة على جسم الإنسان بما يمكن الرجوع في الهبة في التنازل عن الأعضاء البشرية، وعليه فإن رجوع الشخص عن رضائه بالتبرع جائز بمقتضى القانون، لا بمقتضى أحكام الفقه، نظرا للطبيعة الخاصة لعقد التبرع بالأعضاء البشرية والتي تنأى به عن تطبيق الكثير من الأحكام الخاصة بالهبة.

ثانيا: تكييف التبرع بالعضو البشري بكونه وصية.

تعرف الوصية بكونها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهي من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإدارة المنفردة[33]، إذ تتجه إرادة الموصي إلى إنشاء الالتزام، فتكون تصرفا أحاديا[34]، وتقوم الوصية على مجموعة من الأركان منها الصيغة والموصي والموصى له والموصى به، وهو ما يهمنا باعتباره محل الوصية، يشترط فيه أن يكون مالا قابلا للتوارث وأن يكون مقوّما بمال، وقابلا للتملك وأن يكون موجود عند الوصية وغير مستغرق بدين ومعين بالذات أو بالنوع[35].

وعلى ضوء مفهوم الوصية وبالنظر إلى أركانها، تبقى أمكانية إدراج أعضاء الإنسان ضمن تركة الموصي بعد وفاته، وإن معظم التشريعات التي تجيز التصرف في الأعضاء البشرية تستعمل مصطلح التبرع، وأنه يجوز للشخص أن يتبرع بأعضائه

حيال حياته، وله أن يوصي بها بعد وفاته، ولكن لا يوجد نص تشريعي في القوانين المقارنة يذكر بصراحة أن التصرف الوارد على الأعضاء يقصد به الوصية بمفهوم أحكام القانون المدني[36].

غير أننا نجد أغلب التشريعات تجيز للشخص الإيصاء بجثته أو جزء منها للأغراض العلمية والطبية، باعتباره صاحب حق التصرف في جثته، مع ضرورة إفراغها في شكل كتابي، إلى جانب الأهلية القانونية، وبالمقابل توجد تشريعات أخرى لم تشترط شكلية معينة في التعبير عن إرادة الشخص بالتصرف في جثته أو التصريح برفض الاقتطاع من الجثة.

إن القول بصحة عقد الهبة والوصية الواردة على الأعضاء البشرية، هي أقوال لا تتوافق والقواعد القانونية المنظمة لعملية التبرع بالأعضاء البشرية، حيث أن تطبيق قواعد القانون المدني المنظم للعقدين لا يسير تطبيقها في إطار الأعضاء البشرية، الذي يمكن أن تتواجد أركان العقدين دون الأخرى، بخلاف القانون المدني الذي يوجب أركان العقدين، وبغياب أحدهما يكون العقد باطلا أو قابل للإبطال، كما أن التسليم بوجود عقد الهبة أو الوصية لا يكون إلا على محل مقوم بمال، ومعلوم أن الأعضاء الآدمية خارجة عن التعامل والاتجار، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن مفهوم التبرع أو الهبة أو الوصية المراد بها، ليس تصرف مدني وإنما تصرف من نوع خاص، والقول بكونها عقود مدنية، ما هو إلا تحميل للنصوص القانونية ما لا تطيق.

المطلب الثاني: نطاق مشروعية التصرف القانوني في الأعضاء البشرية.

تمثل فكرة النظام العام المصلحة العليا للمجتمع، وباعتباره مفهوم متغير، فقد يصبح من النظام العام اليوم ما كان مخالف له بالأمس والعكس صحيح، بل ذهب البعض إلى أن هذه الصعوبة هي التي جعلت التشريعات تحجم عن تعريف فكرة النظام العام والأخلاق الحميدة[37]، لكنها خولت للفقه والقضاء، مراقبة محتوى التصرفات نيابة عن المجتمع، عندما لا يكون هناك شكل مشترط للعقود يمّكن المجتمع من مراقبتها[38]، وتشكل المصلحة العامة ضابطا مرنا للتصرف في الأعضاء البشرية، لكي لا يتعارض تنازل الفرد عن عضو من أعضائه مع المصلحة العامة والنظام العام، في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ينبغي أن يكون محل وغرضها مشروعا، وأن يكون التنازل بدون مقابل.

الفقرة الأولى: مشروعية محل وعرض عملية التصرف القانوني في الأعضاء البشرية

يمنع الاعتداء على جسم الإنسان وجثته كمبدأ عام تحقيقا للمصلحة العامة، إلا أن هذا المبدأ لا يخلو من استثناء، طالما توافق ذلك مع المصلحة العامة وأن يكون محل وغرض عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مشروعا.

أولا: مشروعية محل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يجدر التوضيح في البداية أنه لا يجوز قانونا أن ينازل الشخص السليم عن عضو من أعضائه المؤدية لوظائف مؤثرة على حياته[39]، أو أن يكون المحل العضو ليس له بديل في الجسم كالقلب مثلا، والأعضاء التناسلية، غير أن تعدد الأعضاء وتنوعها بين أعضاء أحادية وأخرى مزدوجة يطرح التساؤل عن العضو الذي يقبل أن يصير محل للتبرع؟

أ- الأعضاء الجائز التبرع بها: تختلف أعضاء جسم الإنسان في أهمية وظيفتها، وترتب على هذا الاختلاف تباين في إجازة بعض الأعضاء دون غيرها، كالأعضاء المزدوجة والأعضاء الوحيدة المتجددة.

_**التبرع بالأعضاء المزدوجة:** يقصد بها الأعضاء التي لها نظير بالجسم كالقرينة الكلية، وما يميزها إضافة إلى صفة الازدواج أنها أعضاء متجددة الخلايا[40]، فالكِلى مثلا يمكن استئصال إحداها دون أن يتأثر الجسم، غير أنه قد يكون عضو مزدوج ولكنه مؤثر على حياة المعطى، مثل نقل أحد العينين لأن لكل منهما زاوية رؤية مختلفة عن الأخرى، أو نقل الكِلية السليمة لدى شخص كليته الثانية مريضة[41]، وبناء على ذلك لا يجوز هذا النقل ولو أقره المعطي، غير أن الإيصاء لا يطرح إشكال، ويشترط لإيجاز الاستئصال الأعضاء المزدوجة فضلا عن تناسب المخاطر مع المزايا التي تعود على المريض، أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل، أما إذا كان استئصال أحدهما يؤثر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فلا يجوز استئصاله[42].

–التبرع بالعضو الواحد المتجدد: يقصد بالأعضاء الوحيدة تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في جسم الشخص، ونجد نوعان من هذه الأعضاء أعضاء غير متجددة، محسوم في عدم جوازها وأخرى متجددة، ومن الأعضاء الوحيدة المتجددة نجد الخلايا الجدعية، كما يجوز التبرع بجزء من الكبد، حيث يمكن للإنسان العيش بجزء من كبده يساوي العشرة بالمائة[43]، والجدير بالذكر أن جل التشريعات نظمت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لم تشير إلى إمكانية غرس أعضاء الحيوان أو جزء منها في جسم الإنسان لإنقاذ حياته أو تحسينها، وإن كانت منظمة الطب الإسلامي أجمعت على جواز ذلك[44].

ب– **الأعضاء التي لا يجوز استئصالها:** بعض الأعضاء في جسم الإنسان لا يجوز التبرع بها، شرعا وقانونا، إما لكونها تشكل خطرا على حياة الشخص أو لأنها مخالفة للآداب العامة والنظام العام.

– **التبرع بالأعضاء الوحيدة غير المتجددة:** يقصد بها تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في الجسم، وتتميز بعدم التجدد، كالقلب والطحال، وهي أعضاء لا يجوز استئصالها لأنها ستؤدي إلى وفاة المتبرع، وفيما يتعلق بالكبد فيجوز التبرع بجزء منه، إذ ثبت علميا أنه يمكن أخذ جزء من الكبد، لأنه يتجدد خلال ستة أشهر[45]، ويبقى اللجوء إلى استئصاله استثنائي[46]، كما نجد أيضا من الأعضاء الوحيدة التي لا يجوز استئصالها الدماغ، حيث قررت الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء بلاهاي بتاريخ 10 شتنبر 1970، أن: "زرع الدماغ يجب أن يعتبر غير مقبول"[47]، فلا يمكن أن نتصور نقل دماغ إنسان حي، أو اقتطاعه بعد الوفاة، خاصة أنه يطرح إشكالية معنى الوفاة، هل بتوقف القلب أم الدماغ.

ومن ثم لا تختلف التشريعات[48]، في إقرارها عدم نقل أي عضو من شأنه التسبب في الوفاة أو الإضرار بالمتبرع، ونفس المنحى سار فيه المشرع المغربي من خلال ق16.98 على أنه لا يجوز أخذ الأعضاء البشرية إذا كان من شأنه أن يعرض حياة المتبرع للخطر[49].

وعليه يعتبر التبرع مخالفا للنظام العام، إذا ورد على عضو أساسي كقلبه أو رئته[50]، فلا يجوز التعاقد على حياة إنسان وتعريضها للخطر ولو كان الإنسان المستأصَل العضو منه مريضا أو يائسا من الحياة، فالأفراد متساوون من الناحية الاجتماعية ولهذا لا يقبل أن يضحى بأجزاء من جسم شخص لإنقاذ شخص آخر فالقانون يهتم بسلامة جميع أفراده.

– **التبرع بالأعضاء الحاملة للصفات الوراثية:** يقصد بالأعضاء الحاملة للصفات الوارثة الأعضاء التناسلية التي تساهم في عملية الإنجاب، ونظرا لما تحمله الأعضاء التناسلية للصفات الوراثية، التي تنتقل عند زرعها لدى شخص آخر، فإنه لا يجوز نقلها، لأن في ذلك اختلاط للأنساب على اعتبار أن حفظ الأنساب من مقاصد الشرائع والقوانين.

واعتبارا لأن الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع في الدول العربية فإن كل مخالفة لمقاصدها يعد مخالفة للنظام العام، وبهذا الصدد نصت بعض القوانين العربية صراحة على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء بالنسبة للرجال أو النساء[51]، نهجا على ما جاء به القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها[52]، حيث نص في مادته العشرين على حظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر.

والمشرع المغربي بدوره منع نقل الخلايا والأعضاء التناسلية، حينما نص على مفهوم العضو البشري القابل للتبرع به، مستثنيا تلك المتصلة بالتوالد[53]؛ تماشيا مع المعتقدات الدينية والمثل العليا، التي تحرص على عدم اختلاط الأنساب، حتى ولو كان الهدف من التبرع علاجيا دون الإضرار بالمتبرع، فإن المشرع المغربي وباقي التشريعات العربية منعا منعا باتا كل تبرع يرد على الأعضاء التناسلية، وإن كان التنازل عليها لا يلحق ضررا، وقد تبين عن قريب أن التنازل للمضطر إلى إنقاذ نفسه بعضو من هذا النوع حكمه الاستحباب، أو الوجوب الكفائي، غير أن حكم التنازل بالخصية مثلا يستثنى من ذلك[54].

فالغاية من توجه التشريعات العربية والقوانين العربية المشتركة، وكذا توجه فتاوى الفقهاء في تحريم التبرع بالأعضاء الحاملة للصفات الوراثية، علاوة على أنها من الأعضاء غير المتجددة التي لا يعوض زوالها، ولا تؤثر على جسد المتبرع بها، كونها تنطوي على مفاسد أخلاقية واجتماعية كبيرة تتمثل في اختلاط الأنساب.

ثانيا: مشروعية الغرض من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يقضي جوهر العمل الطبي علاج المريض وتخفيف ما يشعر به من آلام وتخليصه من مرضه كليا أو جزئيا، ويقترن العمل الطبي القاضي بنقل عضو من إنسان وزرعه لآخر بتحقيق مصلحة علاجية للمريض من جهة وتحقيق مصلحة المجتمع من جهة ثانية.

أ– المصلحة العلاجية للمريض: أجاز القانون العمل الطبي لغاية أساسية هي شفاء المريض وتخفيف أو تخليصه من آلامه كمبدأ عام، وبالتالي ينبغي أن يكون استئصال عضو من المتبرع لزرعه في جسد المريض لمصلحته وهي إنقاذه من الهلاك المؤكد.

ومن هنا يمكننا القول أنه لا يتصور إباحة نقل الأعضاء إلا إذا توافرت مصلحة علاجية للمريض تستوجب زرع العضو، ومن ثم لا يجوز التنازل عن أحد أعضاء الجسم إلا لشخص في حاجة ماسة إلى هذا العضو، وهذا ما يعني أنه لو كان هناك طرق أخرى للعلاج دون زراعة الأعضاء البشرية فإنه يجب اتباعها لحين الوقوف على استحالة استمرار الحياة دون هذا الزرع[55]؛ وتشكل هذه الحالة، حالة الضرورة القصوى بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور مستمر، ولا ينقذه من وجهة النظر الطبية إلا نقل عضو سليم من إنسان آخر حي أو ميت ويكون محققا للمنقول إليه مصلحة ضرورية لا بديل عنها[56].

وعليه فإن إجماع التشريعات[57]، بأن استئصال أجزاء من الجسم لا يمكن أن تكون إلا لتحقيق مصلحة علاجية للغير، كما نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي لسنة 1976[58]، على أن عمليات انتزاع الأعضاء يجب أن يكون الهدف من ورائها تحقيق غاية علاجية، والاتجاه نفسه سار عليه المشرع المغربي من خلال قانون 16.98، حيث لم يجز التنازل عن أي جزء من أجزاء الجسم للإنسان الحي، إلا من أجل الأغراض العلاجية أو العلمية[59]، وإن كان نص هذه المادة جاء في إطار الأحكام العامة، كما أكد ذلك في المادة 16 من نفس القانون[60]، وإن تعلق الأمر بأشخاص متوفين.

وحسنا فعلت التشريعات، بإقرارها المصلحة العلاجية للمريض، تفاديا للعبث بالأعضاء البشرية، فلا يتم اتخاذ القرار بنقل أي عضو من متبرع حي أو ميت إلا ليزرع فعليا لدى مريض بحاجة ماسة إليه، وهو ما تتحقق به الأغراض العلاجية التي أجيزت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من أجلها.

ب- تحقيق مصلحة للمجتمع:

يحقق التبرع بالأعضاء البشرية فائدة مباشرة للمريض، بإشفائه وإنقاذه من الموت غير أن التبرع بالأعضاء لا يتوقف عند حد الغرض العلاجي وإنما لغرض علمي كإجراء التجارب والأبحاث العلمية، على اعتبار أن المجال الطبي أحوج ميدان لإجراء التجارب والبحوث، حيث تمر التجارب الطبية عادة بمراحل قبل أن تجرى على الإنسان، إذ تسبقها تجارب معملية ثم على الحيوان وبعدها الإنسان للتأكد من صلاحية الدواء للكائن البشري قبل تسويقه[61]، لذا كان من الضروري إجراء تجارب على الإنسان أو أعضائه بعد استئصالها لتحقيق مصلحة البشرية، ووضع شروط تعطي الحق في مباشرتها، للحد من المخاطر وإمكانية وقوع أضرار، وفي حالة وقعت هذه الأضرار، تكون هذه المنافع مقبولة بالنسبة للمنافع المتوقعة للدراسة[62]، وتكون عملية التبرع أو استئصال أجزاء من جثة المتوفى مشروعة إذا كانت تحقق أحد الهدفين، أولهما: علاجي، - سبق الخوض فيه- وثانيهما: علمي، حيث أن جسد الإنسان وجثته، أصبحت لهما فائدة كبيرة لمعرفة العديد من أسباب المرض علاوة على تحديد أسباب الوفاة، وأيضا في مجال التشريح الذي يعد من العلوم الأساسية لطالب الطب لكي يقف على تركيب جسم الإنسان ومعرفة وظائف الأعضاء[63].

يتضح أن الإجماع الفقهي والقانوني على الغاية من التبرع بالأعضاء البشرية لا يخرج عن نطاقه العلاجي والعلمي، والمشرع المغربي بدوره لم يحظر التنازل عن أي جزء من أجزاء الجسم من أجل التجارب الطبية أو العلمية، كما سلف الذكر، فلا يجوز القيام بأي عملية أخذ للأعضاء أو الأنسجة البشرية، ما عدا في حالة أخذ الأعضاء لغرض علمي يراد منه تحديد أسباب الوفاة[64].

وعليه يمكننا القول بأن الجسد أو الجثة قد أصبح يعرف حماية وحرمة مرنة تقوم على التوفيق بين مصلحة المجتمع في الاستفادة منه وحرمته، إلى جانب أن التصرف في الجثة لم يعد انتهاك لحرمة وكرامة الميت، لأن مصلحة المجتمع في الاستفادة من التجارب العلمية أولى بالرعاية من الجثة التي تتحلل في التراب.

الفقرة الثانية: مجانية التصرف في الأعضاء البشرية.

يعد التبرع أو الإيصاء بالأعضاء البشرية عملا إنسانيا عظيما يقتضي تشجعه، كما أن المجانية مبدأ أساسي له، يمنع بشكل طبيعي التنازل عن الأعضاء بمقابل، إذ أن ما يميزها هو انتفاء المقابل المادي (أولا) وإن كانت جل التشريعات لم تمنع مكافأة المتبرع (ثانيا).

أولا: انعدام المقابل المالي لنقل الأعضاء البشرية.

تكاد مختلف الفتاوى[65]، والتشريعات المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، أن تنص على ضرورة كون التصرف في الأعضاء بالتبرع أو الإيصاء، عمل يكون الدافع من ورائه التضحية والإيثار، تستتبعه المجانية وعدم مشروعية أي مقابل المادي لقاء التبرع.

إذ أرسى القانون الفرنسي مبدأ المجانية بشكل واضح في المادة الثالثة من قانون نقل وزراعة الأعضاء لسنة 1976[66]، التي تنص على عدم جواز التنازل عن الأعضاء نظير مقابل مادي، مع عدم الإخلال بالتكاليف والنفقات الخاصة بالعملية، وهو نفس ما أكدته المادة 665 من قانون الصحة العامة لسنة 1994[67]، التي نصت على عدم جواز تخصيص أي مبلغ مالي لمصلحة من ارتأى التبرع بأحد أعضاء جسده، دون أن يحول ذلك من دفع تكاليف الاستئصال وما يتكبّده المانح من نفقات، وهو نفس منحى بعض التشريعات العربية[68]، إذ كرست نفس المبدأ، حيث اتجه المشرع المصري في المادة 18 من القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 على أن إعطاء العيون للأطباء لا يكون إلا بصفة مجانية، ونفس الطابع التبرعي نستخلصه من المادة الثانية من قانون 103 لسنة 1962 التي ورد فيها لفظ الوصية والتبرع، مما يفيد ضرورة التنازل عن العين مجانا، وهو ما أكدته المادة الرابعة من قانون رقم 5 لسنة 2010، حيث جاء في مضمونها أنه لا يجوز نقل أي عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر إلا إذا كان ذلك بدون مقابل مادي[69].

والمشرع المغربي لم يكن في منأى عن التشريعات المكرسة لمبدأ المجانية، بدأ من القانون 94-03 الذي نص على مجانية التبرع بالدم[70]، كما كرس مبدأ انتفاء المقابل المادي في عملية التبرع بالأعضاء البشرية أو الإيصاء بها، من خلال القانون16.98[71]، فالأصل هو مجانية التبرع، أما المصاريف الطبية فإنها لا تعتبر من قبيل الأعمال التجارية الهادفة إلى كسب ربح بل مجرد صوائر أو مصاريف تتطلبها عملية الاستئصال بهدف الزرع[72].

وعليه، فحسنا فعلت التشريعات بإقرارها مبدأ المجانية، واشترطت لإباحة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، أن تتم بصفة مجانية دون أي مقابل وذلك صونا لحرمة الجسد الذي ينبغي أن يكون في منأى عن أي تعامل مالي، حتى لا تخرج عمليات نقل وزراعة الأعضاء عن دائرة التراحم وروح التضحية، وأن يكون احتساب وجه الله وقيم التضامن الإنساني هو الدافع إلى التبرع بالأعضاء، وإن كان هذا لا يمنع من وجود مكافأة تقديرية وهدايا تشجيعية للمتبرع ما دامت التشريعات والشرائع الدينية لم تمنع ذلك.

ثانيا: المكافآت التقديرية للمتبرع

الأصل أنه لا يجوز قانونا أو شرعا، أن تكون الغاية من التبرع أو الإيصاء بالأعضاء البشرية الحصول على مقابل مادي أو ميزة معينة، لقاء التنازل عن أحد أعضائه، لكن إذا كان المقابل المادي ممتنعا، يطرح الإشكال عن بذل المنتفع

بالتبرع للشخص المعطى مبلغا غير مشروط ولا مسمى، على سبيل الهبة والهدية، فهو عمل جائز ومحمود، ومن مكارم الأخلاق، وهذا نظير إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضة، دون اشتراط سابق، وقد فعله النبي "ص" حيث رد أفضل مما أخذ، وقال: إن خيركم أحسنكم قضاء[73]، ويؤكد الدكتور سيد طنطاوي هذا التوجه ويقول" وإذا كان المتبرع له، قدم هدية للمتبرع، فهذا لا بأس به بدليل قوله تعالى، {وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها...}"[74].

أما مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الرابعة فقد توقف عن إبداء رأي حاسم، معتبرا أن بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة أو تكريما فمحل اجتهاد ونظر[75]، في حين أن المجتمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الذي انعقد في مكة المكرمة فبراير 1989، أباح إعطاء المال كمكافأة تشجيعية على التبرع بالدم مع أن الدم محرم بيعه شريعة وقانونا[76].

أما على مستوى القوانين الوضعية، فقد أجازت منظمة الصحة العالمية استرداد المصاريف المعقولة التي يتكبدها المتبرع بما في ذلك خسارة الدخل، وتأكيدا على فضيلة التبرع، يسمح بالحالات التي جرى العرف على منح المتبرع عطية رمزية عرفانا بالجميل على ألا يمكن حساب قيمتها ماليا، كما أكدت (المنظمة) على أنه ينبغي أن يضمن القانون الوطني ألا تكون أي هدايا أو مكافآت شكلا –مموّها– من أشكال دفع الأموال مقابل الحصول على الأنسجة أو الأعضاء المتبرع بها[77]، كما سمحت بعض القوانين أن يقدم للمتبرع ميدالية أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بالعملية، ومصاريف الانتقال والفحوصات والعمليات والإقامة في المستشفى تتحملها الجهة المستفيدة، وكذلك للمتبرع أن يعوض تعويضا عادلا مقابل تعطله عن عمله وما أصاب قوته الجسدية من ضعف ونقص[78].

وبالعودة إلى التشريعات العربية، نجد جلها لم تنص على حظر تقديم مكافأة للمتبرع تشجيعا له، وإنما حظر البيع أو الشراء بأية وسيلة كانت أو أخذ مقابل مادي للتبرع، وهذا ما أكده المشرع المغربي، من خلال القانون 16.98 حينما نص على مجانية التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به ولا يمكن بأي حال أو شكل أن يؤدي عنه أجر، ولا يعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ وزرع الأعضاء[79].

ونستشف مما سبق، على أن جميع النصوص القانونية لم تجرم مكافأة المتبرع بنص صريح، ويفهم من مضمونها على أنه لا بأس بالمكافأة أو المقابل المادي، إذا لم يكن مشروطا، بل إن المساعدة المالية أو الرمزية أو المكافأة التي تقابل التبرع بالعضو البشري، لا تعادل أبدا القيمة الحقيقية للعضو المستقطع، والمقابل هو التضامن الإنساني وإيثار النفس، غير أن هذا لا يعني أن تفهم النصوص القانونية بشكل أكبر وأن تحمل ما لا تطاق، حتى لا تصير أعضاء الجسم قطاع غيار لجسم آخر.

خاتمة

تمثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أسمى معاني التضامن الإنساني، لكونها تبعث أمل الحياة لدى الكثير من المرضى، ورغم اختلاف فقهاء القانون والشريعة حول مدى مشروعيتها، إلا أن أغلبها تجيز الانتفاع بأعضاء الفرد الحي أو جثته إذا دعت الضرورة إلى ذلك في إطار قانوني يقتضي احترامه، مدعوم بشروط واجبة الاحترام من قِبل الأطباء تحت طائلة مسؤوليتهم الجزائية والمدنية، حتى لا تخرج عن الأهداف المرجو تحقيقها.

إذ يقتضي أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء وفقا للنظام العام بكون المحل والسبب مشروعان، فلا يجوز التنازل عن الأعضاء الوحيدة الغير متجددة كالقلب، كما لا يجوز استئصال وزرع الأعضاء التناسلية والأعضاء الناقلة للصفات الوراثية، أما الغرض من عمليات نقل وزرع الأعضاء ينبغي أن يكون علاجيا إذا تمت العمليات بين الأحياء، فيما يمكن أن يكون الغرض علاجيا أو علميا إذا تم الاستئصال من الجثث.

كما ترتكز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على مبدأ المجانية، وهو ما أقرته بعض التشريعات، وإن أغفلت إعطاء وصف قانوني للطبيعة القانونية للعلاقة الرابطة بين المعطي والمستفيد من العضو المتبرع به، هل هو عقد تبرع إذا كان طرفي العملية أحياء، وعقد وصية إذا تم الإيصاء بالعضو، أم هو عقد من طبيعة خاصة.

غير أنه رغم الجهود الكثيرة التي بُذلت على مستوى التشريع من خلال سن قوانين مشجعة نوع ما على التبرع بالأعضاء البشرية، ما زال الأخير – التبرع– يواجَه بتردد مجتمعي ملحوظ، والمواطن المغربي ما زال متخوفا من الإقدام على التبرع، نتيجة ضعف الإلمام بثقافة التبرع، لذا ينبغي تعزيز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بحملات إعلامية تحسسية بالأهمية العلاجية والعلمية للتبرع بالأعضاء البشرية وبفضائله، مع تكثيف اللقاءات والأيام الدراسية والندوات إقليميا ووطنيا، للوقوف على النصوص القانونية المنظمة للموضوع، سواء من خلال الوقوف على مكامن قصورها أو شرحها، وجعلها أكثر وضوحا مع واقع المجتمع المغربي الذي لا زال يجهل الكثير عن تقنية نقل و زرع الأعضاء البشرية وفوائد التبرع بها.

الهوامش:

[1] – فتحي العوني، التصرف في الأعضاء البشرية بين حماية الذات وتحقيق البعد الإنساني"، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 8 سنة 2008، ص 207.

[2] رياض عزيز هادي، حقوق الإنسان (تطورها ـ مضامينها ـ حمايتها)، جامعة بغداد كلية العلوم السياسية، د ط، بغداد 2005، ص 10.

[3] – قوله تعالى " **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**." الآية 70 سورة الإسراء.

[4] – قوله صلى الله عليه وسلم " **إِنَّ اللَّهَ يُعذب الَّذين يُعذِّبون النَّاسَ فِي الدنيا** "وقوله" **إن هذا الإنسان بنيان اللَّه، ملعون من هدم بنيانه** ".

صحيح مسلم، بشرح يحي بن شرف أبو زكرياء النووي، كتاب البر والصلة والآداب، باب الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق، الجزء الأول، دار الخير 1416هـ 1996م ص129وما بعدها.

[5] وثائق المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، فيينا، 1993، ص 38 – 39.

[6]– تنص المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة جسده".

– المادة السادسة من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" لكل إنسان حق طبيعي في الحياة ويحمي القانون هذا الحق ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي".

– كما نص إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام في الفقرة الرابعة من المادة الثانية "سلامة جسد الإنسان مصونة، ولا يجوز الاعتداء عليها، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي، وتكفل الدولة حماية ذلك".

– مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 5 أغسطس 1990.

[7] –تنص المادة 34 من الدستور الجزائري: "تضمن الدّولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة "، وتنص المادة 60 من الدستور المصري على أنه" لجسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون . ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقا للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون".

[8] – ينص الفصل 22 من الدستور المغربي 2011 على" لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة...".

[9] الظهير الشريف رقم 1.99.208 الصادر في 13 جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)، بتنفيذ القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وآخذها وزرعه، ج ر، ر 4726 بتاريخ 5 جمادى الآخرة، الموافق ل 16 سبتمبر 1999، ص2299، كما تم تعديله بالقانون رقم 109.13 الصادر بتنفيذ ظهير رقم 1.14.98، ج ر، ع 6263 بتاريخ 9 يونيو 2014.

[10] – نص قانون حمو رابي في المادة 117على أنه: "إذا حان الاستحقاق على سيد وباع زوجته أو ابنه أو بنته أو ارتبط بالخدمة فيجب عليهم أن يعملوا في بيت من اشتراهم أو الدائن لمدة ثلاث سنوات وتعاد لهم حريتهم في السنة الرابعة".

– محمود الأمين، ترجمة شريعة حمو رابي، ط الأولى دار الوراق، لندن 2007.

[11] – قوله تعالى:" ***وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا***". سورة الإسراء الآية 70.

[12] – عرف الحنفية المال: "اسم لغير الآدمي، خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار"، وقالوا: لا يرد عليه العبد، فإنه وإن كان فيه معنى المالية، فإنه ليس مالا على الحقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه".

– عرفه المالكية "ما يقع عليه الملك"، والحنابلة "ما فيه منفعة مباحة".

– عارف على عارف القرة داعي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة IIUM press، ط الأولى، 2011، ص 45.

[13] –Art 3 du loi 76-1181, du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes "Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire"

[14] – تنص الفقرة الثانية من المادة 161 من قانون الصحة الجزائري 05.85 "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

[15] – تنص المادة الخامسة من قانون 16.98. " يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدى عنه أجر أو يكون محل معاملة تجارية".

[16] الفقرة الأولى من المادة 30 من قانون 16.98 تنص على أنه " يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية خرقا لأحكام المادة 5 من هذا القانون.."

[17] – رغم أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل في القانون الجديد المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها رقم 16.98، وكنا نتمنى لو تضمن المادة الأولى" حق الإنسان في الصحة وفي السلامة الجسدية يضمنها القانون، ويعتبر جسم الإنسان وجثته خارجين عن دائرة التعامل".

= أحمد ادرويش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، مطبعة أمنية، الرباط، الطبعة الأولى2009، ص 150.

[18] – خاصة إذا علمنا أن حق الملكية هو حق عيني أصلي تتفرع عنه مجموعة من الحقوق مثل حق الارتفاق وحق الانتفاع وحق الاستقلال...– المادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية المغربية، ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

[19] – يعرف السنهوري عقد التبرع "العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه"، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، ص 169.

[20] – كما هو الشأن في القانون اللبناني رقم 109 الصادر في 16-09-1983، الخاص بغرس الأعضاء.

[21] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني الجزء الخامس، ص 3.

[22] – عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، دراسة للهبة وما يتصل بها من صدقة وحبس عمره... في المذهب المالكي والقانون المغربي"، الطبعة الثانية 2001، ص 14.

[23] – مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط الأولى سنة 1996، ص 506.

[24] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، دار إحياء التراث العربي، د ط، ص 11

[25] – القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، والقانون الكويتي لسنة 1983، الخاص بزراعة الكلي، واللبناني رقم 109 لسنة 1983.

[26] – القانون الفرنسي 654-94، والمادة 4 من قانون 16.98 المغربي.

[27] – رجاء ناجي مكاوي: نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته مقاربة بين القانون المغربي والشريعة الإسلامية، سلسلة اعرف حقوقك2، ط الأولى، 2002، ص 27.

[28] – تنص المادة 89 من ق 16.98 المغربي" لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا من أجل المصلحة العلاجية لمتبرع له معين يكون إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أخواته أو أعمامه أو عماته أو أخواله أو خالاته أو أبناءهم. كما يمكن أن يكون الأخذ لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجها..."

[29] – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد 1990، ص 106.

[30] – منذر الفضل، م س، ص 83-84.

[31] – قال أبو حنيفة:" إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لا يصح الرجوع فيها، وإن كان لأجنبي صح الرجوع على أن الرجوع في الهبة مشروط بشروط منها أن لا يتعلق بها حق لغير الموهوب له، أما الشافعية والحنابلة ذهبوا مذهب المالكية، حيث يرون حرمة الرجوع في الهبة إلا في حالة الوالد لولده.

– عارف على عارف القرة داعي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة IIUM press، ط الأولى، 2011.، ص 46-47.

[32] – تنص المادة4 من ق16.98 على أنه" لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا على ذلك، ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات".

[33] – كما عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة: عرفها الحنفية: بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.

وعرفها المالكية: بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقدة يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده.

وعرفها الشافعية: بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو كان تقديرا.

مشار إليها في: عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الدمية من الناحيتين القانونية والشرعية، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة الأولى، سنة 2010، ص 246.

[34] – منذر الفضل، م س، ص 135.

[35] – محمد علي محمود يحيى، "أحكام الوصية في الفقه الإسلامي"، رسالة لنيل الماجستر في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين 2010، ص 45.

[36] – من التشريعات التي تبين شكل الوصية للتصرف في جثة الميت نجد:

– القانون المصري رقم 103 لسنة 1952.

– قانون الانتفاع بالأعضاء البشرية الأردني رقم 23 لسنة 1987

– المرسوم الاشتراكي اللبناني رقم109 لسنة 1983.

– التشريع الفرنسي الصادر 15 نونبر 1987 حول حرية الدفن.

مشار إليها في: أسماء بندوز، التبرع بالأعضاء البشرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق أكدال جامعة محمد الخامس، 2006-2007، ص 55-56،

أما المشرع المغربي فسار في نفس الاتجاه، حيث جاء في المادة 14 من قانون 16.98 أنه" يسجل تصريح المتبرع... وخاصة عندما يتأكد بأن التبرع عن طريق الوصية مجاني..." والمادة 5: من نفس القانون: يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به...."

[37] – أحمد شكري السباعي، نظرية البطلان في ضوء قانون الالتزامات والعقود، طبعة الثانية، ص 167.

[38] – أحمد ادرويش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، مطبعة أمنية، الرباط، الطبعة الأولى2009، ص146.

[39] – فتحي العوني، م س، ص 216.

[40] – محمد حماد موهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، الإسكندرية 2004، ص 24.

[41] – خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2012.، ص 89.

[42] – بابكر الشيخ حسن، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، ط الأولى 2002، ص 126.

[43] – فتحي العوني، م س، ص 216.

[44] – يقول ابن الجوزية "أن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم وصالح العباد، كالمعاش والمعاد، هي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها". – ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين على رب العالمين، ج الثالث، ص3.

[45] – عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2006، ص 479.

[46] – Ahmed Abd el dayem, les organes du corps humain dans le commerce juridique -thèses pour le doctorat, publication juridique ALHALABI,1999, p200.

[47] – مشار إليه في قافة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة ميلود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، موسم 2011-2012، ص 58.

[48] – المادة الثانية من قانون رقم 5 لسنة 2010 المصري" لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج ... وألاَ يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته..."

– المادة الثالثة من القانون الكويتي 55 لسنة 1987" لا يجوز نقل عضو من شخص حي... إذا كان هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو كان فيه تعطيل له عن واجب.

– المادة 5 من قانون رقم (21) لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري.

[49] المادة الثامنة من قانون 16.98.

[50] – محمد سعد خليفة: الحق في الحياة وسلامة الجسد (دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الأولى1995، ص 114.

[51] – جاء في نص المادة 7 من القانون القطري" يحظر نقل الأعضاء التناسلية تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثته متوفى وزرعها في جسم شخص آخر".

ونفس مضمون المادة جاء في المادة 8 من قانون 203 لعام 1997 الأردني والفصل الخامس من قانون 22 لعام 1991التونسي، وفي فرنسا قبل سنة 1994، كان اقتطاع المبيض والخصية أمرا ممنوعا، ولكن بعد صدور القانون الصادر بتاريخ 29 أبريل 1994 أصبح اقتطاع المبيض أمرا جائز. أنظر قافة فضيلة، م س، ص60.

[52] – القانون العربي الاسترشادي لتنظيم وزراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته 25 بالقرار رقم 791-د.25-2009/11/19.

[53] تنص المادة 2 من القانون 16.98 على أنه "لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة "عضو بشري" كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد".

[54] – كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية، ط الأولى، دار الخير، سنة 2001، ص 399.

[55] – خالد مصطفى فهمي، م س، ص 78.

[56] – نسرين عبد الحميد نبيه، نقل بيع الأعضاء البشرية الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، دار الوفاء لإسكندرية، ط الأولى 2008.، ص 16.

[57] – نذكر منها: القانون القطري رقم 21 لسنة 1997 المادة الثانية، ونفس المادة من القانون رقم 87-55، كما نصت على ذلك المادة 25 من القانون اليمني رقم 32 لسنة 1992، المادة 5 من القانون العربي الاسترشادي.

[58] – Art **1** du loi 76-1181**du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes** "En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être/ //humain, un prélèvement peut/ //être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti…"

[59] المادة الثالثة من القانون 16.98 "لا يجوز أن يتم التبرع بالأعضاء البشرية وآخذها وزرعها، إلا لغرض علاجي أو علمي"،

[60] الفقرة الأولى من المادة 16 من ق 16.19 تنص على أنه " يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية…"

[61] – عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2006، ص 687.

[62] – منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، معايير وتوجيهات عملية لمراجعة أخلاقيات البحوث المتعلقة بالصحة مع المشاركين من البشر punto Grafico، مصر 2013، ص 13.

[63] – عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية من الناحيتين القانونية والشرعية، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة الأولى، سنة 2010، ص 240.

[64] أنظر المادة 18 من المرسوم 2.01.1643 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها؛

[65] – أنظر فتوى الشيخ جاء الحق على جاء الحق، مفتي مصر، تحت رقم 1323 لتاريخ 1400/01/15

– فتوى الشيخ عبد الرحمان بن الناصر المعدي عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية لسنة 1952

– فتوى الشيخ عبد الله كنون، في أشغال المؤتمر الإسلامي العالمي بماليزيا خلال شهر أبريل 1969

– فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية الصادرة بتاريخ 1397/5/20 الموافق 1977/05/18.

مشار إليها في: مصطفى بنحمزة " حكم استئصال الأعضاء البشرية وزعمها وتبادلها بين المسلمين وغيرهم"، المجلس العلمي الأعلى – الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، ص16، ص20.

[66] -Art 3 du loi 76-1181 "Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire "

[67] -Art. L. 665-13 du code de la santé publique""Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits/. /Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat"

[68] – نفس المنحى سار عليه المشرع الأردني في قانون رقم 23 لسنة 1977 الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان في مادته الثانية تنص عل أنه: "لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح" كما لا يختلف القانون السوري عن القوانين الأخرى، من خلال منطوق المادة الثانية ف6 من القانون رقم 31 بتاريخ 1972/8/23 التي تنص" أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح

وعلة أن يكون له الحق بالعلاج في مشافي الدولة على نفقتها" مشار إليها في: سميرة عديدات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الأولى2004، ص 324.

– ونفس التأكد على المجانية جاء به، القانون العربي الاسترشادي لتنظيم وزراعة الأعضاء البشرية لسنة 2009 في المادة الثامنة " يتم التبرع بالعضو البشري أو بالنسيج والإيصاء به دون مقابل".

[69] – عادل الشهاوي، محمد الشهاوي، شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010، دار النهضة العربية، ط الأولى 2012/2011، ص 27.

[70] تنص المادة الثانية من القانون 03.94 على أن "التبرع بالدم مجاني ولا يجوز أن تدفع عنه للمتبرع أي أجرة كيف ما كان نوعها"، الظهير الشريف رقم 1.95.133 الصادر في 19 صفر 1416 الموافق 18 يوليوز 1995 بتنفيذ القانون 94-03، المتعلق بالتبرع بالدم البشري وأخذه واستخدامه.

[71] المادة 5 من قانون 16.98، تنص على أنه: "يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا، لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدي عنه أجرا أو أن يكون محلا لمعاملة تجارية، ولا تعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ وزرع الأعضاء ومصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العمليات"،

[72] – عمر فقيهي، عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بين الجدل الفقهي والتنظيم القانوني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، وحدة القانون المدني، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، موسم 2001/2000، ص 88.

[73] – يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية، مارس 2009، ص 142.

[74] – سورة النساء، الآية 40.

[75] – مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بجدة من 18-23 جمادى الثانية الموافق 6-11 فبراير1982، انظر مصطفى بن حمزة، –حكم استئصال الأعضاء البشرية، وزرعها وتبادلها بين المسلمين وغيرهم المجلس العلمي الأعلى– الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، ص16.

[76] – قرارات المجمع الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الحادية العشر، ص 279.

[77] – منظمة الصحة العالمية، مبادئ توجهية بشأن زرع الخلايا والنسيج والأعضاء البشرية، ماي 2010، قرار ج.ص.ع63/22.

[78] – المادة 13-665 من قانون 654-94، الفرنسي سبق الإشارة إليها.

[79] – المادة 5 من قانون 16.98، تنص على أنه "يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدي عنه أجر أو أن يكون بأي حال من الأحوال محل معاملة، تجارية، ولا يعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ وزرع الأعضاء ومصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العمليات."