بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

أن عصراً كعصرنا هذا تتلاحق فيه التطورات العلمية ولا سيما على صعيد الطب ، وهذه بحاجة الى من يبحث عن الاطار القانوني السليم الذي يكتنف هذه الأبتكارات ويضعها على المسار الصحيح نحو مزيد من الأبداع ومما لاشك فيه أن لعقيدتنا الغراء الدور الأساسي في رسم هذا المسار وأضفاء الشرعية على أسسه.

وتأسيساً على ما تقدم فقد كرست هذه السطور للبحث في أحدى الموضوعات العلمية المتجددة ألا وهو التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ، فألقي الضوء من خلالها على الرأي الشرعي والقانوني في هذا المضمار .

وفي الواقع أن هذا الموضوع ليس جديداً في مجمله ، أذ أنه في باديْ الأمر قد تم عملية نقل الدم وبنجاح في فرنسا عام ١٨١٨ والتي تلتها عملية نقل الجلد في عام ١٨٦٩. وبعدها تسارعت الخطى العلمية الى نقل المزيد من الأعضاء البشرية لإنقاذ حياة المصابين بالأمراض المستعصية ، مما أفضى الى نجاح أولى عمليات نقل الكلى في الولايات المتحدة الأميركية عام ١٩٥٤. وكذلك توالت الإنجازات في هذا المجال حتى قام (كرستيان برنارد) بنقل القلب بنجاح في ١٩٦٧/١٢/٢ ومنذ ذلك الحين وحتى الوقت الراهن فتح الباب على مصراعيه امام عمليات نقل الأعضاء البشرية في سائر بلدان العالم.

بالنظر لأهمية التصرف القانوني بالأعضاء البشرية والأبتكارات المذهلة التي استجدت في مجال الطب وللحيلولة دون الإتجار بها أو أي تصرف غير قانوني يتعين على القانون ايجاد أسس وضوابط تحكم هذه المستجدات وتقومها ، خاصة بعد تمكن العلماء من استنساخ الحيوانات الثدية مما أثار ولايزال العديد من التساؤلات الدينية والقانونية حول مدى شرعية ومشروعية التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ونطاقه والحدود التي يلتزم الأطباء عندها في عملهم ، والمسؤولية الناجمة عن ذلك وغيرها من التساؤلات والأشكالات التي تتكفل هذا البحث بطرح الأجوبة والحلول والمقترحات بشأنها .

ولإغناء أهداف هذا البحث حاولت جمع الآراء الحديثة التي قيلت بهذا الشأن وأستعرضت أدلتها ومناقشتها ثم المقارنة بينها وترجيح ما أراه راجحاً على غيره وذلك بتعزيزه بأدلة مستعينة في ذلك بالتشريعات المحلية والدولية وبالآراء الفقهية .

أما في أطار الشريعة الأسلامية الغراء فأستعنت بالنصوص العامة والقواعد الكلية ذلك لعدم وجود نصوص شرعية خاصة تعالج هذا الموضوع ، كما استرشدت بالفقه الإسلامي قديمه وحديثه.

عليه ومن خلال هذا العرض الموجز عن طبيعة الموضوع يتعين علينا أن نقسم البحث من الناحية الشكلية على النحو التالي:

يتألف هذا البحث من مبحثين ، تناولت في الأول مدى شرعية التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ثم قسمت هذا المبحث الى مطلبين خصصت الأول لشروط التصرف القانوني بالأعضاء البشرية والثاني لمدى شرعية نقل الأعضاء البشرية (من الأحياء الأموات). لأنتقل بعدها الى المبحث الثاني الذي تناولت فيه سبل التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ، وقسمت هذا المبحث الى مطلبين خصصت أولهما لسبل نقل وإيجار الأعضاء من الأحياء والثاني لسبل نقل الأعضاء من الأموات.

المبحث الاول

مدى شرعية التصرف القانوني بالاعضاء البشرية

أن الحديث عن مدى شرعية تصرف الانسان بأعضاء جسمه يقتضي في البدء تمحيص مدى مشروعية هذا التصرف ، وبتعبير أدق تحديد طبيعة حق الأنسان على جسده ، أهو من الحقوق المالية أم غير المالية ؟ وهل هو من الحقوق الخاصة أو المشتركة؟

يمكن القول اجمالا أن الفقه القانوني قد إنقسم في تحديد طبيعة هذا الحق الى فئتين ، فالفئة الأولى منه رجحت إعتبار هذا الحق من الحقوق المالية [١]، وإنقسم هؤلاء فيما بينهم على النحو التالي :

فجانب منهم عد هذا الحق من الحقوق الشخصية[٢]، وهو ما لايمكن قبوله فالحق الشخصي رابطة بين شخصين دائن و مدين[٣] ، وهذا الانتقاد لوحده يكفي لتقويض هذا الرأي . وجانب آخر من الفقه ذهب الى اعتبار هذا الحق من الحقوق العينية [٤]، وانقسم هؤلاء الى فريقين ، الاول قال بأن هذا الحق حق ملكية[٥]، وغني عن البيان أن حق الملكية هو الجذع الاساسي في شجرة الحقوق العينية التي تتفرع برمتها من هذا الحق الاصلي ، الذي يخول صاحبه سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال ، إذ هو حق مطلق ويحتج به على الكافة ، وقد انتقد هذا الرأي بصفة خاصة على اساس الخلط بين صاحب الحق ومحل الحق أي الانسان وجسمه. أما الفريق الثاني يرى أن حق الانسان على بدنه هو حق أنتفاع ، أي أن سلطتي الإستغلال والاستعمال بيد الانسان ، إما سلطة التصرف وملكية الرقبة فهي بيد الله تعالى[٦] . لكن لابد من ملاحظة أن حق الانتفاع يرد على

---

(١) تنص م (٦١) من القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على ما يلي :- (١-كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصلح ان يكون محلا للحقوق المالية. ٢-والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستاثر بحيازتها والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا تجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية).

(٢)ينظر في عرض هذا الراي د.محمد المرسي زهرة :الانجاب الصناعي احكامه القانونية وحدوده الشرعية ، بدون ذكر اسم الناشر .القاهرة – ١٩٩٠ ص ٣٧٧.

(٣) يعرف الحق الشخصي بمقتضى م (٦٩) من قانون المدني العراقي بانه (الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين.....)

(٤)يعرف الحق العيني بمقتضى المادة (٦٧) من ذات القانون اعلاه بأنه (الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين).

(٥)تنص م (١٠٤٨) من .قانون المدني العراقي على الآتي: (الملك التام من شانه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة ..و بغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

(٦) رأي القس (سان توماس الاكويني) ينظر حسام الدين كامل الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، مطبعة جامعة عين الشمس ، العدد الاول ، السنة ١٧، يناير ١٩٧٥- ص ٢٣.

شيء غير قابل للاستهلاك مع التزام المنتفع برد هذا الشيء عند نهاية مدة الانتفاع[٧] ، عليه نرى عدم دقة هذا الرأي لأن بعض أعضاء جسم الانسان قد تبتر أو تستأصل للتخلص من الآلام المبرحة الناتجة عن مرض ما أو للحيلولة دون وفاة المريض ، كما هو الحال في الأمراض السرطانية ، فهل يمنع هذا البتر أو الإستئصال إستنادا الى أن حق الإنسان على جسده لا يتعدى كونه حق أنتفاع ؟ كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي الى عدم امكانية الحصول على اعضاء بشرية من جثث الموتى لأن ذويهم لا حق لهم في الجثة ، اذ أن حق الأنتفاع لا ينتقل الى ورثة المنتفع . ومما يثير الإستغراب أن هذه الفئة من الفقهاء تعتبر أن للمجتمع حق إرتفاق على كل فرد ينتمي اليه[٨]، نعقب على هذا الرأي بالقول أن حق الارتفاق هو حق عيني عقاري . وكل من المرتفق والمرتفق به يتعين أن يكون عقارا[٩] ، فهل يا ترى من المعقول إدراج المجتمع أو أي فرد من افراده في قائمة العقارات ؟

وبصفة عامة فقد انتقد الرأي الذي يعد حق الإنسان على أعضاء جسمه حقا مالياَ ، إذ أن فئة أخرى من الفقه القانوني استنكر اعتبار اعضاء الجسم البشري من قبيل الاموال، لما في ذلك من اهانة وابتذال لجسم الانسان ، وبالتالي فان حق الانسان على اعضاءه لا هو من الحقوق الشخصية ولاهو من الحقوق العينية ، بل انه ، على حد رأيهم ، نوع خاص من الحقوق يطلق عليها تسمية الحقوق الملازمة للشخصية انطلاقا من تكريم وتقديس الجسم البشري وسموه [١٠] .

ناهيك عن كون حق الانسان على جسمه من الحقوق المشتركة بين العبد و ربه من وجهة نظر دينية وبين الانسان ومجتمعه من وجهة نظر قانونية.

وبناء على ما تقدم فأننا نتفق مع رأي الفئة الثانية في أن جسم الانسان هو قيمة عليا ويسمو على الماديات.

ومن هنا ننطلق أولا في بحث مدى شرعية التصرف القانوني بالاعضاء البشرية ، وثانيا لمدى شرعية نقل الاعضاء البشرية (من الاحياء والاموات).

---

(٧) تراجع نصوص المواد (١٠٤٩ و ١٢٦٠) من من القانون المدني العراقي حول حق المنفعة.

(٨) اشار الى هذا الراي د. عبدالوهاب عمر البطراوي ،المسؤولية الجنائية للاطباء بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب .اصدار اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية ، الرياض ، العدد ٣١. نيسان ٢٠٠١– ص ٨.

(٩) تنص المادة (١٢٧١) من قانون المدني العراقي على ما يلي: (الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر).

(١٠) د . رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر . بيروت .١٩٨٥– ص ٥٠٨.

المطلب الأول

شروط التصرف القانوني بالاعضاء البشرية

بالنظر لخطورة التصرف القانوني بالاعضاء البشرية وتأثيره المباشر على سلامة جسم المتصرف وحياته ، يجب أن يتم هذا التصرف وفقاً لشروط قانونية تؤمن صحته ، ومن هذه الشروط :

١- أن يكون المتصرف راضياً بنقل العضو من جسده الى جسد المتصرف اليه [١١] فضلا عن رضا المتصرف اليه (اي المريض) إن امكن.

ولكي يكون رضا المتصرف صحيحا يجب أن يكون ارادته غير مشوب بعيوب وأن يكون كامل الأهلية ذلك بأتمام الثامنة عشرة من العمر[١٢] حسب ما جاء في القانون المدني العراقي. ولكن ماذا لو كان المتصرف قاصراً أو من هو في حكمه (أي من كان ناقصاَ أو عديم الاهلية بحكم القانون أو بحكم القضاء) أو صبياً مأذوناً له بالتجارة أو مأذوناً له بالزواج ؟ هل يمكن لهؤلاء أن يتصرفوا باحد أعضائهم؟

في الحقيقة لا نرى أي مسوغ شرعي أو قانوني في القوانين العراقية يتضمن الموافقة على تصرف هؤلاء بأعضاء جسمهم ، وبرأينا أيضاً ولكون قرار بتر الأعضاء من القرارات الصعبة التي لايمكن لغير الراشدين اتخاذه ، يجب أن يمنع أي من هؤلاء منعاَ باتاَ من التصرف بأي عضو من اعضائه حال الحياة ما عدا الاعضاء المتجددة كالدم والجلد لضآلة الضرر المتحقق من جراء ذلك.

وبما أن التصرف بالاعضاء البشرية مباح شرعا وقانونا على سبيل التبرع فقط . فأن تبرع القاصر يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، عليه فلا يمكن له أو لمن هو في حكمه التصرف بأعضائه حتى بعد أذن الولي أو الوصي أو القيم بذلك وحتى لأقارب الدرجة الاولى .

---

(١١) تنص المادة الثالثة .ف١ من قانون مصارف العيون العراقي المعدل رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ على ما يلي: (١-يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة ١ من المادة السابقة ضرورة الحصول على اقرار تحريري من المتبرعين أو الموصين وهم كاملوا الاهلية ، ويسري هذا الحكم ايضا على الحالات الواردة في الفقرة ٢ ، فاذا كان الشخص قاصرا أو ناقص الاهلية يجب الحصول على اقرار تحريري من وليه ولا يشترط موافقة احد في الحالات الاخرى المنصوص عليها في المادة السابقة) ، ويراجع نص ف أ من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ التي وردت في ذات الصدد.

(١٢) يراجع نص م (١٠٦) من القانون المدني العراقي النافذ.

وبالنسبة للمتصرف اليه فأن رضاه ضروري ايضاً ولكن يمكن الاستعاضة عنه برضا الولي أو الوصي أو القيم ، ويجوز في حالة الضرورة ، وأذا ما تطلب الامر ذلك ، للطبيب المعالج اجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه [١٣].

٢- أن لا يمس التصرف بالعضو البشري النظام العام والآداب ، ويكون ماساً بالنظام العام والآداب أذا افضي الى وفاة المتصرف أو اصابته بعاهة مستديمة كأن ينصب هذا التصرف على عضو وحيد كالقلب والكبد (بأكمله) ، أو على الكليتين معاَ أو على الرأتين معاَ. وغير ذلك ...

اضافة الى ذلك أن اباحة نقل هذه الاعضاء من الاحياء يمكن أن يدفع المصابين بالامراض النفسية أو العقلية وربما أولئك الذين يعانون من مشاكل صعبة ، الى التبرع باعضائهم بهدف الانتحار.

وكذلك التصرف بالاعضاء البشرية بهدف المتاجرة بها يعتبر من اخطر التصرفات التي يمس النظام العام للمجتمع ويهدد أمنه وسلامته. كما ويجب عدم نقل الاعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية للحيلولة دون أختلاط الانساب وعدم الأخلال بالآداب العامة.

٣- أن يحقق التصرف بالعضو البشري مصلحة علاجية راجحة للمتصرف اليه[١٤] ويكون بهدف المحافظة على حياته وصحته وضروري جداً له.

٤- أن تقرر لجنة طبية مختصة ومخولة قانوناً ضرورة أجراء عملية نزع عضو من جسد شخص ليزرع في جسد أخر، ذلك نظراً للخطورة البالغة لهذا النوع من العمليات ، والتأكد من أن أجراء هذه العملية لا يشكل خطراً على صحة أو حياة المتصرف والمتصرف اليه ، وأن لا تجري عمليات بتر وغرس الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات والمراكز الاستشفائية المخولة رسمياَ بمقتضى القانون ومجازة من قبل وزارة الصحة بأجراء مثل هذه العمليات الجراحية وأن تكون مهيأة ومزودة بكافة المستلزمات الطبية اللازمة للحيلولة دون حدوث أية مضاعفات صحية قد تلحق بالمتصرف أو بالمتصرف اليه ، ذلك بالنظر لخطورة عمليات نقل الاعضاء البشرية وما تتطلبه من عناية مركزة اثناء العملية وبعدها.

ومن هنا نشير الى أن قانون نقل وغرس الاعضاء البشرية السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ ، ينص في الفقرة ٢ من المادة ٢ منه على هذا الشرط كما يأتي :

---

(١٣) د .رمضان ابو السعود، المرجع السابق – ص ٥١٢.

(١٤) تنص المادة (١) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي على ما يأتي: (يجوز اجراء عمليات زرع الاعضاء البشرية للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم). ولقد ورد ذات النص في المادة ٢ ف/ ٢ من قانون الانتفاع باعضاء جسم الانسان الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٧ .

(أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء بفحص المتبرع وتقدير ما أن كان الترخيص بنقل العضو من جسمه لا يشكل خطرا على حياته).

وكذلك جاء في التشريع الفرنسي الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢، المتعلق بأخذ الاعضاء البشرية وزرعها أنه أن كان المتصرف بالعضو قاصرا ، فلابد من الحصول على موافقة لجنة طبية مؤلفة من ثلاثة اطباء اختصاصيين في الأقل على أن يكون من بينهم طبيبان مارسا الطب لمدة لا تقل عن عشرين عاماً ، وتتخذ هذه اللجنة موقفاً بعد دراسة وافية للنتائج المرتقبة لعملية النقل سواء على الصعيد النفسي أو الجسدي ، وذلك فضلاً عن موافقة الممثل القانوني للقاصر[١٥].

بينما لا يوجد مثل هذا الشرط في التشريع العراقي ، واكتفى المشرع بقرار من أحد الاطباء ، حيث نصت المادة(٤) من قانون مصارف العيون العراقي المعدل كالآتي:(لايجوز استئصال عيون وفقاً لاحكام هذا القانون ألا أذا تم ذلك من قبل طبيب مخول من قبل إحدى المستشفيات المرخص لها بأنشاء مصارف عيون). كما ونصت المادة الأولى من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ بهذا الشأن بما يلي : (يجوز اجراء عمليات زرع الأعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم وذلك من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسمياَ الذي يعمل فيه شريطة أن يكون هذا المركز معداَ لأجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية).

يتضح مما تقدم أن دور هذه اللجنة الطبية هو تبصير كل من طرفي العمل الجراحي أي المتصرف والمتصرف اليه بالنتائج المؤكدة والمحتملة للعملية ، كي يكون كل منهما على بينة ودراية لأجل أتخاذ القرار المناسب بهذا الشأن ، وبالاخص بالنسبة للمتصرف الذي سيفقد احد اعضائه نتيجة العملية .

ومن هنا يفرض هذا التساؤل نفسه ، هل يتحتم تشكيل مثل هذه اللجنة اذا كان المنقول منه ميتاً ؟

اجاب قانون عمليات زرع الاعضاء العراقي في (المادة ٢ الفقرة ب) منه على هذا التساؤل بالشكل الآتي :(المصاب بموت الدماغ وحسب الأدلة العلمية الحديثة المعمول بها التي تصدر بتعليمات في حالة موافقة احد أقاربه الكامل الأهلية من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية وموافقة لجنة مشكلة

(١٥) ينظر د .حسام الدين كامل الاهواني ، تعليق على القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الاعضاء البشرية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة اصدار جامعة الكويت ، العدد الثاني السنة الثانية يونيو ١٩٧٨– ص ٣٦٤.

من ثلاثة أطباء أختصاصيين بضمنهم طبيب اختصاصي بالأمراض العصبية على أن لا يكون من بينهم الطبيب المعالج ولا الطبيب المنفذ الاختصاصي للعملية) .

وفي هذا السياق نقترح (وكما جاء في القانون الفرنسي) أن تشكل لجنة من اطباء مختصين واكفاء من قبل وزير الصحة وهم من غير اللجنة التي تقرر ابتداءاً ضرورة اجراء العملية من اجل فحص المتصرف ، إن كان حياَ ، والمتصرف اليه سلفاً قبل اجراء عملية نقل العضو ذلك للتأكد من مدى دقة التشخيص وسلامة المتصرف من الناحية العقلية والنفسية وكذلك توجيه الأرشادات وتقديم النصح الى طرفي العمل الجراحي ، وتمديد مهمة هذه اللجنة الى اعقاب العملية ايضا للتأكد من مدى دقة الجراحة ومدى مراعاة الاطباء الجراحين لاصول مهنتهم.

٥- استيفاء الشكلية القانونية المعينة في ابرام التصرف القانوني بالأعضاء البشرية بغية الشروع بأجراء العمل الجراحي ، وأن هذه الشكلية قد حددتها المادة ٢ ف /أ من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي بأنه:-(يتم الحصول على الاعضاء لأجل اجراء عمليات الزرع من:

أ – من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الإيصاء وبإقرار كتابي).

المطلب الثاني

مدى شرعية نقل الاعضاء البشرية (من الأحياء و الأموات)

أن مبدأ حرمة جسم الأنسان سواء كان حيا أو ميتا يحتل مكان الصدارة في سائر الوثائق الدولية لحقوق الانسان منذ نشأة منظمة الأمم المتحدة ، وعلى وجه الخصوص الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠[١٦].

ولقد سبق للشريعة الاسلامية منذ القرن السابع الميلادي أن وجهت النظر الى اهمية هذا الحق ، فجعلته قاعدة اساسية من قواعدها ، حتى يمكن القول أن موقف الشريعة الاسلامية منه يتسم بالوضوح والتشدد في الحماية ، التي تتمثل في نوع العقوبة التي توقع على كل من يتطاول على الحق في الحياة وسلامة الجسم بأن جعلته القصاص ، إذ قال تعالى { وَلَكُم فِي القِصَاصِ حَيَوة يَأُوْلِى آلأَلْبَب }[١٧]. وهذا التشديد يجعل الشريعة الأسلامية في مقدمة الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من

(١٦) تنص المادة ٣ من الأعلان العالمي لحقوق الانسان على ما يلي: (لكل فرد حق في الحياة والحرية وسلامة شخصه) ينظر الأعلان المذكور في د . محمد سليم محمد غزوي ، جريمة ابادة الجنس البشري ، مطبعة التوفيق ، عمان ١٩٨٠، **ص ١٠٢**.

(١٧) سورة البقرة الآية ١٧٩.

هذه الزاوية. ومع ذلك فأن معطيات العصر الحديث التي افرزها التقدم العلمي الهائل في مجال نقل الأعضاء البشرية قد جعلت من الجثة المصدر الأهم والأمثل للحصول على الأعضاء البشرية من اجل زرعها في اجساد المرضى المحتاجين اليها وبالتالي انقاذ حياتهم.

وأن الموازنة بين مصلحة انقاذ المرضى الأحياء وبين احترام جثث الموتى قد انتهت بالرجحان للكفة الأولى ، فالحي أولى من الميت ، وحيث أن استئصال الأعضاء من الموتى لا يلحق الضرر بهم بل على العكس من ذلك فبدلا من أيلولتها الى بطون الديدان في باطن الأرض ، تصبح وسائل علاجية ناجحة ونافعة للمجتمع.

وبناءا على ذلك ساتولى البحث في مدى شرعية نقل الأعضاء من الأحياء و الأموات في فرعين أرصد في الأول موقف الشريعة الأسلامية ، أما الثاني فأخصصه لموقف القانون الوضعي.

الفرع الأول: موقف الشريعة الأسلامية:

أن الشريعة الأسلامية من طليعة الشرائع الدينية والنظم القانونية من حيث الأعتراف بكرامة الإنسان والحقوق المتساوية لكل فرد وعدم التنازل عن الضمانات التي تحفظ للإنسان آدميته وكرامته ، وأن ذلك يتجلى في قوله عزوجل { ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقناهم تفضيلا} [١٨] ، وكذا روي أن المصطفى عليه الصلاة والسلام قد قال بينما يطوف بالكعبة: (ما اطيبك واطيب رحيقك ما اعظمك واعظم حرمتك والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن اعظم عند الله حرمة منك)[١٩] .

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول اجمالا أن سمو جسد الانسان في نظر الاسلام يقترن بسمو المباديء والقيم النبيلة التي تتحلى به روحه ومن بينها الأيثار والتضامن الأجتماعي ونبذ الأنانية .

ما هي ألأدلة الشرعية لأباحة التصرف الشرعي بالأعضاء البشرية؟

هذه الأدلة هي كالآتي :

١- نصوص القرآن الكريم :- أن أول ما نهتدي به في استنباط الأحكام الشرعية هو الدستور الالهي المنزل من رب العالمين في آيات بينات من نصوص القرآن الكريم كقوله تعالى { يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر}[٢٠]وقوله { وما جعل عليكم في الدين من حرج }[٢١] .

---

(١٨) سورة الأسراءالآية ٧٠.

(١٩) سنن ابي ماجة للحافظ ابي عبدالله محمد بن يزيدالقزويني ، دار احياء الكتب العربية ، ص ١٣٩٧.

(٢٠) سورة البقرة ألآية ١٨٥.

(٢١) سورة الحج ألآية ٧٨.

وانطلاقا من هاتين الآيتين وجدت حالة الضرورة التي صرحت بها آيات اخرى كقوله تعالى { أنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه أن الله غفور رحيم }[٢٢]

وقياسا على اباحة اكل المحرم عند الضرورة استدل فقهاء الشريعة على اباحة التداوي في حالة الضرورة ايضا ، فكل من الغذاء والدواء يعد من الضروريات التي لا استمرار للحياة بدونهما ، وعليه فليس من الدين في شيء ولا من المروءة في شيء ان ندع العليل يصارع علته بمفرده دون أن يهرع احد لنجدته وانتشاله من براثن الموت أو العجز.

٢- السنة النبوية الشريفة: أن السنة النبوية هي نبراس خالد في ضمير المجتمع الأسلامي اذ تنير لنا الدرب وترشدنا الى الصواب.

والرسول الكريم محمد (ص) قد حثنا على التداوي بصيغة أمرية ملزمة ، أذ قال (تداووا عباد الله فأن الله لم يضع داءاَ الاَ ووضع له شفاءاَ إلا الهرم)[٢٣].

ومن خلال الحديث الشريف الآتي (مثل المؤمنين في توادهم وتعاطفهم كمثل الجسد أذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى). نستنتج من ذلك أن المجتمع الأسلامي هو عبارة عن جسد واحد وكل مسلم هو عضو في هذا الجسد ، فلا ضرر اذا من نقل جزء من هذا العضو ليزرع في عضو آخر انقاذا لهذا الأخير من الهلاك أو الأعاقة.

٣-القواعد الفقهية العامة: - أن الفقه الأسلامي يقوم على جملة من القواعد الكلية التي يستعان بها للوصول الى الأحكام الشرعية الفرعية العلمية ، وقد حاول الفقه الأسلامي المعاصر تلمس المسوغ الشرعي لأجل اباحة التصرف بالأعضاء البشرية من خلال قاعدة التدرج في المصالح وتحصيل اعظم المصلحتين ودرء اعظم المفسدتين [٢٤].

رأي الشرع فيما يجوز وما لا يجوز نقله من الأعضاء

استنادا الى ما سلف ذكره من الأدلة الشرعية لأباحة التصرف الشرعي بالأعضاء البشرية . نقسم هذه الأعضاء الى طائفتين ، احداهما يجوز نقلها والثاني لا يجوز...

---

(٢٢) سورة البقرة الآية ١٧٣.

(٢٣) سنن البيهقي الكبرى لأبي بكر احمد بن حسين ، دار الباز للنشر مكة المكرمة ، ص ٣٥٣.

(٢٤) تنظر مجلة الأحكام العدليةم ٢٨ و م ٢٩ وقد تبنى القانون المدني العراقي هذه القاعدة الشرعية في م ٢١٣ منه والتي تنص على انه(يختار اهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف).

أولا – الأعضاء البشرية التي يجوز نقلها:-

أن كلا من الدم والجلد الآدمي والى غير ذلك من الأعضاء البشرية المتجددة يجوز نقلها من شخص الى آخر بلا خلاف ، نظرا لعظم فائدتها بالنسبة للمنقول اليه وضآلة الضرر الناجم عن هذا النقل بالنسبة للمنقول منه ، حيث أن الجسم يعوض بسهولة ما نقل منه ، بل قد يتمحض عن هذا النقل تجدد الخلايا في جسم المتصرف كما هو الحال في عملية نقل الدم.

وفيما يتعلق بنقل الجلد لغرض اجراء عمليات التجميل ، فلا نرى مانعا يحول دون ذلك ، طالما توفرت الشروط اللازمة المذكورة آنفا وعلى وجه الخصوص ضرورة هذا العمل الجراحي واهميته كمن تشوه جسده في حريق مع عدم امكانية ابدال الجلد المشوه بجلد سليم مستأصل ، من نفس الجسم فعندئذ لا مناص من نقل الجلد من شخص آخر. والى جانب الأعضاء المتجددة تعتبر الكلى من الأعضاء التي يجوز التصرف بها وذلك بالنظر الى امكانية استغناء الجسم البشري عن احدى الكليتين ، أذ يرى بعض الأطباء:- (أذا ازيلت كلية من شخص فأن عنده كلية أخرى تقوم بسهولة بجميع وظائف الجسم بل يمكنها أن تستغني عن نصفها لتؤدي عملها بالكامل وعليه فالشخص الذي يتبرع بأحدى كليتيه يكون بأمان لأن ما عنده من نسيج كلوي يكفي ويزيد عن حاجة الجسم بل أن الكلى في هذه الحالة تتضخم اكبر من حجمها العادي حتى تزيد الأحتياطي في الجسم)[٢٥] .

ومن المسلم به في الأوساط الطبية أن الضرر الذي يلحق بالمتصرف بأحدى كليتيه يكون ضئيلا بالمقارنة مع النفع الكبير الذي يجنيه المتصرف اليه من جراء ذلك.

ثانيا:الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها :-

أن أول ما يحرم نقله من الأعضاء هو ما يفضي الى وفاة المتصرف ومثالها الأعضاء الوحيدة في الجسم كالقلب والكبد والبنكرياس....والى آخره أو نقل زوج من الأعضاء المكررة في آن واحد كالكليتين أو الرأتين مثلا .كما يحرم التصرف بأي عضو يفضي نقله الى إصابة المتصرف بعاهة مستديمة ومثاله نقل اللسان أو أحدى اليدين أو الرجلين أو كلتيهما. ويحرم ايضا التصرف بالأعضاء التناسلية الذي يؤدي الى انتقال الصفات الوراثية كنقل المبيض أو نقل الخصية وحتى المني والبويضات رغم كونها من الأعضاء المتجددة ، لأن نقل أي من هذه الأعضاء سيؤدي حتما الى أختلاط الأنساب ، وهذا الحكم قد ورد في قرار مجلس مجمع الفقه الأسلامي المرقم (٥٩)الصادر

---

(٢٥) ينظر د . محمد صفوت ، القصور الكلوي وامراضه، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، اصدار المركز القومي للبحوث الأجتماعية والجنائية ، مصر مارس ١٩٧٨، ص ١٤٧.

بتأريخ ١٩٩٠/٦/٨ والذي جاء فيه ما يلي : (بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وافراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقي جديد ، فأن زرعهما محرم شرعا أما زرع بعض اعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة فهو جائز لضرورة مشروعة)[٢٦] .

الفرع الثاني :- موقف القانون الوضع

أن الحق في الحياة وسلامة الجسم من الحقوق الملازمة للأنسان التي لا يمكن له أن يستغني عنها ، لذلك قيل بحق بأنها سابقة على القانون ويقتصر دور القانون على تنظيمها أذ هي في الواقع سبب وجود القانون وعلته وقد اطلق عليها فلاسفة القرن الثامن عشر مصطلح الحقوق الطبيعية أو حقوق الأنسان وذلك بتأثير من مدرسة القانون الطبيعي التي ترى أن الأنسان لمجرد كونه انسانا يولد وتولد معه حقوقه الطبيعية وهو لم يقبل الخضوع لسلطان الدولة إلا لأنها ستحافظ له على تلك الحقوق ولم ينزل في سبيل ذلك عن جزء منها إلا بالقدر الضروري . وهذه الحقوق حرصت الكثير من دول العالم بالنص عليها في دساتيرها، بل أن دول العالم سعت نحو تعزيز تلك الحقوق والتأكيد عليها في العديد من المواثيق الدولية.

وعلى الرغم من كل ما قيل في حقوق الأنسان وتحديدا الحق في الحياة وسلامة الجسم ، فأن لكل حق حدودا يتوقف عندها ، وأن مبدأ معصومية الجسم البشري كان لابد أن ينحني لمبدأ آخر يفوقه في الأهمية ألا وهو مبدأ التضامن الأجتماعي وانصهار الفرد في بودقة الأنسانية المحكومة بقواعد دينية وقانونية ، لذلك سوف نتناول هذا الموضوع من ناحيتين:

أولا:- مسلك المشرع العراقي والتشريعات المقارنة:

أن التشريع في أي بلد من بلدان العالم ينبغي أن يتماشى مع تطورات العصر وبوجه خاص ما تسفر عنه عقول العلماء والعباقرة من اكتشافات طبية ، والتي تعود بالنفع الكبير على المجتمع الأنساني . وفي مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية ساير المشرع العراقي هذا الأنجاز الطبي فتناوله بالتنظيم ، ابتداء من اصدار قانون مصارف العيون المعدل[٢٧] ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨١ الملغي ، وانتهاء باصدار قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية في عام ١٩٨٦ ، واستنادا

---

(٢٦) د .احمد محمد كنعان ، فتاوى طبية فقهية ..٢٠٠٠/٤/١٧ والمنشور على الموقع الألكتروني الآتي:-(http://www.al-jazeera.net)

(٢٧) عدل قانون مصارف العيون العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠بالقانون رقم (١١)الصادر في ١٩٩٧/٦/٢٤ منشور في الوقائع العراقية عدد (٣٦٧٧) في ١٩٩٧/٧/٧.

الى هذا القانون الأخير فقد اصدر وزير الصحة التعليمات رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ بشأن موت الدماغ وكذا التعليمات الخاصة بالتبرع بالأعضاء البشرية رقم (١) لسنة ١٩٨٩.

أما في مصر فأن أول تشريع صدر بهذا الشأن كان قانون بنك العيون رقم (٢٧٤) والصادر في عام ١٩٥٩ الملغي بقانون (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ النافذ والخاص بعمليات نقل القرنية ، كما اصدر المشرع المصري قانون بنوك الدم رقم (١٧٨) في عام ١٩٦٠ ومنذ ذلك الحين اكتفى المشرع المصري بهذين التشريعين[٢٨].

أما في الكويت فقد صدر في عام ١٩٧٢ قانون ينظم حفظ وزرع قرنية العين ، وفي عام ١٩٨٣ صدر قانون ينظم عمليات التبرع بالكلى سواء من الأحياء أو المتوفين ، وبعدها صدر قانون رقم (٥٥) لعام ١٩٨٧ لينظم عمليات نقل الأعضاء البشرية ، ليكون قانونا شاملا لجميع جوانب هذا الحقل الطبي[٢٩]. وفي تونس تخضع عمليات أخذ وزرع الأعضاء البشرية لأحكام القانون الصادر بالعدد (٢٢) في ٢٦/مارس/١٩٩١ ، ويجوز عملا بهذا القانون أخذ عضو من شخص متبرع بقصد زرعه في شخص آخر لغرض العلاج ، بأستثناء الأعضاء الضرورية للحياة واعضاء الأنجاب الناقلة للصفات الوراثية بشرط أن يكون المتبرع رشيدا سليم المدارك العقلية متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحاَ وصادراَ عن اختيار[٣٠].

وبعد أن استطلعنا موقف المشرع العراقي وبعض التشريعات المقارنة الأخرى بشأن نقل الأعضاء من الأحياء نلاحظ ان الأجماع قد انعقد فيما بينها على أباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية شريطة توفر بعض الشروط ، وحصر التصرف بالأعضاء البشرية على سبيل التبرع دون المعاوضة واحرص على توفير اكبر قدر من العناية الطبية في المستشفيات ومجهزة بأكبر قدر من المستلزمات العلاجية الحديثة لأجراء مثل هذا النوع من العمليات.

ثانيا: رأي القانون فيما يجوز نقله من الأعضاء

في حقيقة الأمر أن التشريعات عموما تكاد تتفق على اباحة نقل طائفة من الأعضاء البشرية وتحريم نقل طائفة أخرى لذا سأستعرض الأعضاء المنتمية الى كل من الطائفتين على التتابع:

---

(٢٨) د . احمد محمود سعيد ، زرع الأعضاء بين الحظر والأباحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ٣٧.

(٢٩) الجمعية الكويتية لزراعة الأعضاء تنقذ الأرواح ، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط ، لندن الصادرة بتأريخ ٢٠٠١/٧/٢٢ والمنشور على الموقع اللكترونى الآتى : (http://www.asharqawsat.com).

(٣٠) د. احمد محمود سعيد–المصدر نفسه – ص ٣٩.

أولا : الأعضاء البشرية التي يجوز نقلها

أن الأعضاء البشرية المتجددة كالدم والجلد ونخاع العظام والى آخره تعد في مقدمة ما يباح نقله من الأعضاء ولعل ذلك يعزى (كما اسلفنا) الى الفائدة العظيمة التي تتحقق من جراء نقل أي عضو متجدد الى شخص بحاجة ماسة له ، وفي ذات الوقت لايلحق هذا النقل سوى ضرر تافه بالمنقول منه . ولهذا فكثير من دول العالم تصدر قوانينا تبيح بموجبها نقل الدم تحديدا.

اما نقل الجلد الذي يتم في اطار عمليات التجميل فهو مباح أيضا أذ أن الجلد كذلك يعد من الأعضاء المتجددة ألا ان هذه الأباحة قد تنتفي في بعض الحالات كما في حالة اجبار جراحي التجميل على اجراء عمليات تجميل للمجرمين للحيلولة دون التعرف عليهم.

أما ما يباح نقله من الأعضاء غير المتجددة فيمكن القول أجمالاَ بأنها القرنيات والكلى وأجزاء من الأمعاء والى غير ذلك.فعمليات الكلى تعد الأكثر نجاحاَ وشيوعاَ في هذا المضمار لذا يلاحظ بأنها قد حازت على اهتمام المشرعين في شتى البلدان ، مما ادى الى اصدار تشريعات خاصة تعني بتنظيم عمليات نقل الكلى ومثالها قانون زرع الكلى الكويتي لعام ١٩٨٣ وقانون استئصال وزرع الكلى الأيطالي الصادر عام ١٩٦٧.

وتجدر الأشارة الى أن نقل إحدى الكليتين لايترتب عليه من الناحية الطبية مساسا بالدور أو الوظيفة التي تطلع بها الكلية الأخرى . أذ أن استئصال أي كلية لايترتب عليه سوى المساس بجسم الأنسان من الناحية التشريحية فهو يحرمه بصفة مستديمة من أحدى الكليتين ولكن ليس لذلك تأثير على جسم الأنسان من الناحية الوظيفية ، ألا أن ذلك يجب أن يتقرر بمقتضى تقرير طبي واضح[٣١].

ثانيا: الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها

تعد الأعضاء البشرية التي لا نظير لها في الجسم كالقلب والكبد والمعدة ...وإلى آخره من بين الأعضاء التي لا يجوز نقلها من شخص حي الى آخر ويعزي سبب ذلك الى كونها تؤدي بحياة المتصرف وهذا ممنوع قانونا و مخالف للنظام العام والآداب[٣٢].

كما لايجوز نقل زوج من الأعضاء المزدوجة في آن واحد لأنه يفضي ايضا الى الوفاة . وتنص المادة (٢ ف أ) من قانون الأنتفاع بأعضاء جسم الأنسان الأردني بهذا الخصوص على انه :

---

(٣١) د. رمضان ابو السعود ، المرجع السابق –ص ٥١٥.

(٣٢) ينظر د. رمضان ابو السعود ، المصدر نفسه –ص ٥١٢.

(أن لايقع النقل على عضو أساسي للحياة أذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان هذا بموافقته). أما قانون عمليات زرع الأعضاء العراقي فأنه لم ينص صراحة على مثل هذا الحكم.كما يحظر استئصال أو بتر الأعضاء البشرية التي تؤدي نقلها الى اصابة المتصرف بضرر جسيم أو عاهة مستديمة كنقل اللسان أو الحنجرة أو أحدى اليدين أو الرجلين أو كلتيهما . ويمكن القول أجمالا أن كافة التشريعات لم تتطرق الى هذا الحظر ولكن يمكن استنتاج ذلك من تحليل النصوص العامة الواردة في كل تشريع.

ومما يمنع نقله أيضا الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية وغير الناقلة لها ويشمل هذا الحظر البويضات والحيامن رغم كونها من الأعضاء المتجددة ومرد ذلك الحيلولة دون اختلاط الأنساب أو المساس بالأعراض ، وأعتقد أن هذا لايكون ألا في المجتمعات التي تقيم وزنا للأنساب والاعراض.

المبحث الثاني

سبل التصرف القانوني بالأعضاء البشرية

أن التصرفات القانونية التي ترد على الأعضاء البشرية تتخذ صورا متعددة وتتبلور الصيغة القانونية التي يخرج بها كل تصرف من هذه التصرفات الى حيز الوجود حسبما تقرره ارادتا المتصرف والمتصرف اليه أو ربما الأرادة المنفردة لأحدهما ، كما أن التصرف بالعضو البشري قد يكون حال الحياة أو قد يضاف الى ما بعد الموت.

وتأسيسا على ما سبق سأتناول سبل التصرف القانوني بالأعضاء البشرية في مطلبين ، اخصص الأول لسبل نقل وأيجار الأعضاء من الأحياء ، والثاني لسبل نقل الأعضاء من الأموات.

المطلب الأول

سبل نقل وأيجار الأعضاء من الأحياء

أن تصرف الأنسان الحي بأحد أعضائه قد يكون على سبيل التبرع أو البيع أو الأيجار ، لذا اتناول هذه التصرفات كل على انفراد.

الفرع الأول: التبرع بالأعضاء البشرية

يعد التبرع الإطار القانوني الأكثر قبولا من المنظور الشرعي والقانوني وكذا الأجتماعي والأخلاقي للتصرف بالأعضاء البشرية عندما يكون طرفا العمل الجراحي من الأحياء ولكن قبل الخوض في

الرأي القانوني المتعلق بهذه المسألة لابد من التنويه الى أن القانون المدني العراقي لم يتطرق الى تعريف التبرع ولكن يمكن استجلاء المقصود من هذا الأخير عن طريق الأطلاع على تعريف بعض فقهاء القانون له الذين عرفوه بأنه:(هو العقد الذي لايأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي ولا يعطي مقابلا لما يأخذ)[٣٣] .وقد تولت التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٩ تنظيم التبرع بالأعضاء البشرية في العراق وبينت شروطها أذ نصت على انه: (ثانيا : أذا كان المتبرع من الأقرباء الأحياء فيجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية: أ- وثيقة رسمية تثبت درجة القرابة بين المتبرع والمريض. ب- أن يكون المتبرع قد اكمل الثامنة عشر من عمره. ج- أن يقتنع الطبيب المعالج بكمال أهلية المتبرع .

ثالثا: أذا كان المتبرع غريبا فيجب أن تتوفر الشروط التالية لقبول تبرعه :

أ-يجب أن يثبت الطبيب المعالج في طبلة المريض وفي تقريره الرسمي المرسل الى اللجنة الطبية الدائمة في ديوان وزارة الصحة عدم وجود متبرع من أقرباء المريض.

ب-يثبت الطبيب المعالج قناعته بأن المتبرع كان تبرعه لأسباب أنسانية خيرية بحتة ، ولم يكن فيه ضغوط أو نتيجة مداخلات مالية أو معنوية بما فيها المكافآت .

ج- يمنع منعاَ باتاَ الأعلان عن المتبرع والمتبرع له بصفة شخصية في وسائل الأعلام كافة أو بأية وسيلة أخرى كانت.

د- أن يوقع المتبرع أقراراَ خطياَ يتضمن ما يلي:

١- تبرعه الطوعي وبملء إرادته.

٢- لم يكن التبرع نتيجة دوافع مالية أو وقوعه تحت تأثير الضغوط.

٣- تطبق بحقه العقوبات المنصوص عليها في قانون زرع الأعضاء البشرية في حال أدلائه بمعلومات غير صحيحة في الأقرار .

هـ- يجب على الطبيب المعالج الأمتناع عن الأستمرار في إجراءات الزرع عند علمه بحصول مخالفات للتعليمات أعلاه.

وتلجأ بعض التشريعات الى منع التصرف بالأعضاء البشرية لغير الأقارب لضمان عدم حصول المتبرع على مقابل نظير تبرعه ، ومنها التشريع الأيطالي الخاص بزرع الكلى الصادر في عام ١٩٦٧ . الذي اشترط أن يكون التصرف بالكلى على سبيل التبرع فقط ، وأن يكون المتبرع قريبا للمتبرع له المريض من الدرجة الأولى أو الثانية حصرا ، أما بالنسبة للمانحين من غير الأقارب أو

(٣٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الألتزام ، مطبعة نديم ، بغداد ١٩٧٧ ، ص ٤٨.

اولئك الذين تربطهم بالمريض صلة قرابة ولكنها بعيدة نوعا ما فينبغي أن يكون تصرفهم بغير مقابل ويتعين على المانح أن يقدم طلبا الى القضاء يتولى قاضي الموضوع البت فيه بعد أن ينبه المانح وينذره من المخاطر التي قد تنجم عن العملية ، وأذا رفض القاضي هذا الطلب ، فيمكن النظر فيه مرة أخرى من قبل المجلس الأستئنافي ، شريطة أن يكون المانح في كل الأحوال مؤمناَ من الأخطار الحاضرة والمستقبلية من جراء العملية الجراحية[٣٤] .

الفرع الثاني : بيع الأعضاء البشرية

يبدو جليا أن هذا النوع من التصرفات القانونية لاقى ويلاقي معارضة شديدة على كافة الأصعدة مبعثها أعتبار بيع الأعضاء البشرية أهانة بالغة للكرامة الأنسانية ، زد على ذلك الخشية من تعرض حياة الكثيرين للخطر وخصوصا في البلاد النامية من جراء شيوع تجارة الأعضاء البشرية التي تدر أرباحا طائلة . فلا بد أذا في هذا المقام من التطرق الى تعريف البيع من الناحية اقانونية ، أذ تعرفه المادة (٥٠٦) من قانون المدني العراقي النافذ على نحو الآتي:- (البيع هو مبادلة مال بمال) ، ومنبع هذا التعريف هو الفقه الأسلامي وبصورة خاصة ومباشرة م (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية.

ونخلص مما تقدم أن البيع يتمحور أساسا حول المال أي الشيء المبيع أو المعقود عليه ، وبناءأ عليه فأن التصرف بالعضو البشري على سبيل البيع مرفوض جملة وتفصيلا ولكن بطبيعة الحال لابد من استعراض الرأي الشرعي والقانوني حيال هذه المسألة وأدراج آراء ومبررات كلا الفريقين.

مجمل القول أن فقهاء الشريعة الأسلامية قد أشترطوا في المال توفر ما يأتي من الشروط :-

١- أن يكون الشيء منتفعا به ، أي يستطيع الأنسان أن ينتفع به في وجه من وجوه مصالحه كالأكل والشرب واللبس والتداوي والتزين....والى آخره.

٢- أن يكون الشرع قد أباح الأنتفاع به في وجه من وجوه الأنتفاع لغير ضرورة ، أي لا يكفي لتحقق هذا الشرط أن يكون الشرع قد أباح الأنتفاع به في حالة الضرورة فقط ، وعلى هدى ما ورد من شرط فقد أجمع فقهاء الشريعة على أن الأجزاء الآدمي ليست بمال من حيث الأصل ولا تصلح أن تكون محلا للبيع ولم يختلفوا في ذلك وتحريم بيع الأعضاء الآدمي قد عطله الأحناف بأنه يتنافى مع التكريم الذي خص به الله عباده من بني الأنسان ، في حين ذهب جمهور

(٣٤) د . احمد محمود سعيد ، المرجع السابق ، ص ١٩.

الفقهاء الى أن علة تحريم بيع الأعضاء الآدمي هي انها أذا قطعت أو فصلت عن جسد الأنسان صارت عديمة النفعة أو انعدمت منفعتها على نحو يبيحه الشرع ، لأن المالية عندهم منوطة بالأنتفاع المستحصل من الشيء.

ويبدو ان القانون ايضا قد أوصد الباب في وجه بيع الأعضاء البشرية منعا لتحول هذه الأعضاء الى سلع تجارية والحيلولة دون الأساءة الى كرامة الأنسان وحقه في الحياة وسلامة الجسم ، فحري بنا أذا في هذا السياق أستعراض مواقف القوانين الوضعية من بيع الأعضاء البشرية.

فقانون عمليات زرع الأعضاء العراقي قد منع بيع هذه الأعضاء في م ٣ منه والتي تنص على ما يأتي :(يمنع بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة ويمنع الطبيب الأختصاصي من أجراء العملية عند العلم بذلك).

وفي المملكة العربية السعودية حيث لا يوجد تشريع منظم لهذه المسألة ولكن تم أبلاغ منظمة الصحة العالمية بأن بيع وشراء الأعضاء البشرية قد تم منعها من الناحية العملية في السعودية.

ووفقا لقانون التبرع بالأعضاء البشرية الموحد الكندي الصادر في ١٩٨٩/٨/١٤ منعت المتاجرة بالأعضاء البشرية بمقتضى المادة (١٥) منه والتي تنص على ما يأتي :(لا يجوزبيع الأعضاء والأنسجة البشرية ولا التعامل بها سواء بشكل مباشر أو غير مباشر وسواء أكان ذلك لأغراض العلاج الطبي أم البحث العلمي).

أما قانون نقل الأعضاء والأنسجة البشرية للأغراض الطبية المرقم (٣٥٥) والصادر في ١٩٨٥/٤/٢٦ في فلندا فتعالج المادة (١١) منه هذا الموضوع بموجب نصها التالي :(لا يجوز أعطاء أي مبلغ من المال أو الوعد به للمتبرع أو لنائبه في مقابل أستئصال عضو أو نسيج بشري أو نظير التبرع بجثة).

وبالنسبة ليونان فأن قانونها الخاص بنقل وغرس الأعضاء والأنسجة البشرية المرقم (١٣٨٣) والصادر في ١٩٨٣/٨/٢ قد أكد في المادة (٢) منه على ما يأتي :-(يمكن أستئصال الأعضاء والأنسجة البشرية من جسد المتبرع الحي أو من جثة المتبرع الميت على نحو المجان فقط ، لأن أي تبادل مالي بين المتبرع والمستلم أو عائلتيهما أو أي شخص آخر هو ممنوع منعا باتا ، على كل حال فأن تكاليف عمليات نقل وخزن العضو أو النسيج البشري غير مشمولة بهذه المادة.

وفي تقديري أن الحظر الوارد في بعض التشريعات على منح المتبرع أي تعويض أو مكافأة هو حكم غير عادل أو منصف ، فالعدالة تقتضي تعويض المضرور عن الكسب الفائت والخسارة اللاحقة

وعن الضرر عموماَ مادياَ كان أم معنوياَ وكذا فيما يتعلق بالمكافأة فهل من المستساغ أن يمنع الشخص من رد الجميل لشخص أصدى له معروفاَ وأي معروف؟ انه أستعادة الصحة والعافية.

الفرع الثالث: إيجار الأعضاء البشرية

لا ريب أن أول صورة عرفها العالم لأيجار الأعضاء البشرية هي أيجار الضأر ، ولايزال هذا النوع من التصرفات القانونية معروفا حتى الوقت الحاضر . فلبن المرأة يندرج في عداد الأعضاء المتجددة التي يباح التصرف بها ، ألا أن شكلا آخر من أشكال أيجار الأعضاء البشرية أخذ بالظهور أعتبارا من أواخر القرن العشرين الا وهو أيجار الرحم ليصبح أحدى الوسائل المعتمدة في حل بعض مشاكل العقم . ومن المعروف أن أيجار الرحم يقع في نطاق التلقيح الصناعي الذي يعرف بأنه :-

(نقل الحيوانات المنوية بطريقة صناعية إلى مهبل المرأة من أجل تلقيح بويضتها وحدوث الأخصاب)[٣٥] .

ويتحقق التلقيح الصناعي البشري لغرض الأنجاب بأحدى الطريقتين الآتيتين:

١- التلقيح الصناعي الداخلي .

٢-التلقيح الصناعي الخارجي.

والتلقيح الصناعي البشري الداخلي يتم بحقن نطفة الرجل في الموضع المناسب من رحم المرأة ، أي بأدخال الحيوان المنوي للرجل في الجهاز التناسلي الأنثوي بغير طريق الجماع الطبيعي ، أما طريقة التلقيح الصناعي البشري الخارجي والتي يطلق عليهاَ أيضا تسمية أطفال الأنابيب فتجري بتلقيح النطفة الذكرية للبويضة الأنثوية في أنبوبة أختبار في المختبرات الطبية ثم يعاد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة إن كان صالحا للأنجاب وألا في رحم مستأجر لأم بديلة[٣٦].

ولكن قبل الخوض في التفاصيل لابد في البدء من مناقشة مدى صحة اطلاق مصطلح أيجار الأعضاء البشرية على هذين النوعين من أنواع التصرف (أيجار الضأر وأيجار الرحم).

إذ يعرف الأيجار في ضوء المادة (٧٢٢) من قانون المدني العراقي النافذ بأنه :

(تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة به يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الأنتفاع بالمأجور) وعرفه قانون الموجبات اللبناني في م (٥٠٣) منه بأنه :- (عقد يلتزم به المرء أن يولي

(٣٥) نقلا عن سعد طاهر عبد الهاشمي ، الآثار الجنائية للتلقيح الصناعي البشري . رسالة مقدمةالى كلية القانون/ جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير .١٩٩٩.ص ٢٠.

(٣٦) د. توفيق حسن فرج ، عقد الأيجار . الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ١٩٨٤، ص ١١.

شخصا آخر حق الأنتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحق مالي مدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا الشخص أداءه اليه).

بالنسبة لمصطلح إيجار الرحم فمن الضروري مناقشة شرعيته قبل الخوض في مناقشة تسميته ، فبوجه عام إيجار الرحم هو عبارة عن زرع بويضة مخصبة لزوجين في رحم إمرأة أخرى أجنبية أذا ما تقرر طبياً عدم قدرة الزوجة على الأنجاب ، وذلك قد ينتج عن عيوب خلقية في الرحم أو أورام تمنع نمو الجنين فيه أو التهابات أو أمراض أخرى . في حين ينتج مبيضاها بويضات صالحة للتخصيب [٣٧].

وتجدر الأشارة الى أن الدكتور يوسف القرضاوي قد أباح أيجار الرحم وفق شروط معينة ، وهي تحقيق حالة الضرورة ، وأن تكون المرأة الحاضنة ذات زوج ، وأن تعتد من زوجها قبل زرع النطفة أو اللقيحة في رحمها . وأن يتم الأتفاق عليها من أصحاب النطفة وكذا يجب أن تمنح الحق في رضاعة الطفل ، لأن ترك اللبن في صدرها يضرها جسدياً ونفسياً [٣٨]. ولابد من التنويه إلى أن الدكتور قرضاوي كان من بين الفقهاء اللذين أباحوا للمرأة التي تعاني من مشاكل في الرحم أستعارة رحم ضرتها السليم بشرط موافقة كافة أطراف العلاقة على هذا التصرف وهم الزوج والزوجة الأولى والزوجة الثانية. وطبقا لهذا الرأي يثبت نسب الطفل للأب وللأم صاحبة البويضة أما الحاضنة فتعد بمثابة أما من الرضاع[٣٩].

ومن وجهة نظر طبية يرى البعض من الاطباء المتخصصين في هذا المجال أن زرع بويضة أمرأة في رحم أمرأة أخرى عملية ليست سهلة وتحتاج قبل أجرائها الى تحليل وأبحاث طبية كثيرة تماما كما يحدث في حالات نقل الأعضاء البشرية والأنسجة من شخص لآخر لأنه لو لم يكن هناك توافق بين البويضة الملقحة والرحم الذي سيتم زرعها فيه فسيطرد الرحم ذلك الجنين حينما يكبر[٤٠] وهذا الموضوع أثار جدلاً واسعاً سواء من الناحية الأخلاقية أو الدينية والقانونية حيث أن هناك نساء من

---

(٣٧) سهير الجارحي ، أحدث طرق علاج العقم ، أمهات بالأيجار . مقال منشور في مجلة نصف الدنيا ، أصدار مؤسسة الأهرام القاهرة ، العدد ٥٧٩ لسنة ٢٠٠١.

(٣٨) د . يوسف القرضاوي ، من مخاطر انتشار أخلاقيات العولمة أرحام للبيع وأخرى للايجار . مقال منشور في مجلة الصدى . دبي العدد ١١٢ لسنة ٢٠٠١ ، ص ٦١. وينظر د. يوسف القرضاوي قضايا عملية تنظر أحكامها الشرعية .مقال منشور في مجلة العربي .الكويت .العدد ٢٣٢ لسنة ١٩٧٨، ص ٤٨.

(٣٩) المرجع نفسه ص ٤٨.

(٤٠) د.رفعت غنيم ، استاذ النساء والتوليد في كلية الطب بجامعة قناة السويس وزميل كلية الطب الملكية في لندن، مقال منشور على الموقع الألكتروني (http/www.al-jazeera.net).

اللاتي أجرن أرحامهن وأعتبرن الطفل الذي ولد أبنا لهن، فرفضن اعطاءه إلى الأم صاحبة البويضة ، فثار نزاع حول هؤلاء الأطفال وهناك قضايا كثيرة رفعت في أنكلترا وأستراليا فضلا عن الآثار النفسية السيئة التي تلقي بظلالها على جميع الأطراف بمن فيهم الأب الذي يشعر بصفعة لأنه لم يستطع الأنجاب بالطريقة الطبيعية وكذلك الأم التي اعطيت بويضتها والأخرى التي تحمل جنينا لا يشبهها في أية صفة وراثية وبعد آلام الحمل والولادة تتنازل عنه مقابل بعض الأموال ، وعلى الرغم من كل هذه السلبيات ألا أنها تعتبر طريقة جديدة لحل بعض مشاكل العقم لدى بعض السيدات وأفضل من الأنفصال الذي قد يحدث بين الزوجين بسبب عدم الأنجاب ، ولكن أهم شيء في هذه الطريقة أنتقاء الحالات التي لايوجد حل لعلاج العقم لديها إلا بهذه الطريقة وعدم استغلال هذا الموضوع تجاريا، كما يحدث في جميع الدول النامية ففي مصر على سبيل المثال أن كثيراً من السيدات ذهبن الى المستشفيات الخاصة وأنفقن كل ما لديهن من أجل الحمل وبعد التوقف عن العلاج حملن بطريقة أعتيادية جدا مما يدل على استغلالهن تجارياً بدعوى انهن لايمكنهن الحمل إلا بطريقة صناعية (أطفال الأنابيب) ، ورغم أن أميركا وأنكلترا من بين الدول الرأسمالية إلا أن أيجار الأرحام في كل منهما يخضع لأشراف دقيق من جانب الدولة ويصاحب تلك العمليات أبحاث طبية متقدمة تستمر سنوات طويلة ، وعلى عكس هذا الرأي هناك رأي آخر مفاده أن مسألة تأجير الأرحام وأن كانت طريقة لعلاج عقم بعض النساء ألا أنها ليست ضرورية لأنها تسبب مشاكل نفسية للأم التي تحمل الجنين ، أذ أن الأولى لا تشعر بأخذ البويضة منها بينما تشعر الثانية بالجنين وهو ينمو بداخلها وكذا يصبح للطفل أمان أم منحته صفاتها الوراثية وأخرى تربى بداخلها[٤١] .

وفي الحقيقة لا أنكر تعاطفي الشديد مع النساء اللاتي لا يمكنهن الأنجاب الا باللجوء الى تأجير رحم أمرأة أخرى ولكن درء المفاسد أولى من جلب المنافع وينبغي تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، فالمفاسد والأضرار التي قد تنجم عن تأجير الأرحام تفوق في حدتها وجسامة ضررها وعدد أطرافها مشكلة نساء معدودات يردن الأنجاب.

(٤١) د. نجلاء حسين القاضي ، أستاذة النساء والتوليد في جامعة الأزهر، مقال منشور على الموقع الألكتروني (www.asharqawsat.com)

المطلب الثاني

سبل نقل الأعضاء من الأموات

في كل يوم يرحل من عالمنا الكثيرون وفي جثثهم أعضاء بشرية سليمة يكون مصيرها الدفن والتحلل في حين يواجه آخرون من الأحياء فشل أعضائهم والموت ، وهكذا تتجلى قدرة الخالق في تسخير العلم لنا كي نتمكن من أنقاذ حياة أنسان على شفا الموت عن طريق نقل العضو السليم من الميت الى الحي .

ونقل الأعضاء من الأموات يفضل عادة على نقلها من الأحياء وفي اعتقادي أن اللجوء الى بتر عضو من جسد أنسان حي يجب أن لايكون ألا في حالة الضرورة القصوى أي عندما تنعدم الوسائل العلاجية البديلة كافة ، وانقطاع سبل الحصول على عضو مستأصل من جثة ميت حتى أن ٢٢% من المراكز الطبية العاملة في مجال نقل الأعضاء في أوروبا تحجم عن نقل الأعضاء من الأحياء وتحصر عملها في نطاق نقل أعضاء الموتى [٤٢].

بيد أن نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى قد يتبلور في صيغ قانونية مختلفة من أبرزها الوصية لذا اتناول في هذا المطلب الوصية بالأعضاء البشرية ، وكذلك اتناول فيه سبل أخرى لنقل الأعضاء من الأموات.

الفرع الأول : الوصية بالأعضاء البشرية

لقد عد المشرع العراقي الوصية من مسائل الأحوال الشخصية فعالج أحكامها في قانون الأحوال الشخصية النافذ الذي عرف الوصية في المادة (٥٤) منه كالآتي: (هي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض).

ويستقي من هذا التعريف أن الوصية هي عبارة عن تصرف تبرعي ينشأ بأرادة الموصي المنفردة وينصرف مفهومها في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي الى المال فقط وعليه فأن الوصية التي تنصب على الأعضاء البشرية تخضع لقواعد خاصة تتلائم مع طبيعة الأعضاء البشرية التي تسمو على الماديات ورب العالمين قد حثنا على الوصية حين قال:{ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين}[٤٣] .

وفي أعتقادي أن الوصية بالأعضاء البشرية عمل مستحب يثاب فاعله جزيل الثواب لما فيه من نفع كبير ومصلحة عظيمة . وفي ضوء التشريعات الوضعية المتعلقة بنقل الأعضاء البشرية وعلى رأسها

---

(٤٢) د أسامة نهاد رفعت وآخرون ، نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ، اصدار بيت الحكمة ، بغداد –٢٠٠٠، ص ٨.

(٤٣) سورة البقرة / الآية (١٨٠).

التشريع العراقي يلاحظ أن الوصية هي أهم مصدر من مصادر الحصول على الأعضاء البشرية حيث تنص المادة(٢ ف أ) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي على انه :

(يتم الحصول على أعضاء لأجل عمليات الزرع من:-

أ – من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الأيصاء وبأقرار كتابي).

أما قانون الأنتفاع بأعضاء جسم الأنسان الأردني فقد ورد في المادة(٥) منه الى :

(للأطباء الأختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل عضو من جسم أنسان ميت الى جسم آخر حي يكون بحاجة لذلك العضو في أي من الحالات الآتية:-

١-أن يكون المتوفي قبل وفاته قد اوصى بالنقل بأقرار خطي ثابت التوقيع والتأريخ بصورة قانونية).

ويجيز قانون زرع الأعضاء البشرية الكويتي لكل من بلغ ٢١ عاما من عمره وكان متمتعاً بالأهلية القانونية أن يوصي بأعضائه لتزرع بعد وفاته في أجساد المرضى المحتاجين اليها .

ويحظر مشروع قانون زرع الأعضاء البشرية المصري استئصال أي عضو أو جزء من جثة ميت أو ممن نفذ فيه حكم الأعدام ألا بناءاً على وصية مكتوبة أوصى بها قبل وفاته ولا يعتد بأية شهادة من ورثة المتوفي أو أقاربه أو أية جهة أخرى(٤٤).

وفي فرنسا أصدر القانون المرقم (٦٥٤) في ١٩٩٤/٧/٢٩ والمتضمن للأحكام العامة لأخذ الأعضاء من جثث الموتى حيث جاء فيه انه :

١- لايجوز أخذ أعضاء من جثة شخص متوفي ألا لأغراض علاجية أو علمية وبعد التأكد من الوفاة وفق الشروط المحددة بمرسوم متخذ في مجلس الدولة .

٢- بعد ذلك يمكن أخذ الأعضاء من جسم الشخص المتوفي مالم يكن هذا الشخص أثناء حياته قد أعرب عن أعتراضه على أخذ أعضاء من جسمه بعد وفاته ويمكن الأعراب عن الرفض عن طريق التسجيل في سجل وطني مخصص لهذا الغرض ويمكن الرجوع عن الرفض في أي وقت وشروط تنظيم وأدارة هذا السجل تحدد بمرسوم يتخذ في مجلس الدولة.

٣- أذا كان الطبيب يجهل إرادة المتوفي بهذا الخصوص فيجب عليه عندئذ أن يحاول الحصول على أفادة من عائلته.

---

(٤٤) قانون لتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط ، لندن ٢٠٠١/٢/٢٢ مأخوذ من الموقع الألكتروني (www.asharqawsat.com)

٤- لايجوز أخذ أعضاء لأغراض علمية عدا البحث عن أسباب الوفاة دون موافقة المتوفي مباشرة قبل وفاته والثابتة بأقرار عائلته.

الفرع الثاني : سبل أخرى لنقل الأعضاء من الأموات

قد يتعذر في كثير من الأحيان الحصول على موافقة مكتوبة من المتوفي قبل وفاته مما يستدعي الأستعاضة عن هذه الموافقة بسبل أخرى يتم عن طريقها التصرف بالعضو البشري لنقله من المتوفي الى غيره ممن يحتاج اليه.

وأولى هذه السبل هي استحصال موافقة أهل المتوفي وألا سيصار الى أفتراض موافقة الميت أو موافقة اهله على الأستئصال . ولابد من الأشارة هنا الى وجود نظامين لنقل الأعضاء البشرية من الأموات وهما نظام الأختيار ونظام عدم الأختيار ، فالنظام الأول يتطلب بالضرورة أن يترك المتوفي قبل وفاته موافقة خطية يفصح فيها عن قبوله بأستئصال أي عضو من أعضاء جسمه بعد وفاته ، أو يمكن الحصول على موافقة ذويه بدلاً من موافقته ، مالم يثبت معارضة المتوفي أو معارضة أهله لهذا الأستئصال ، أما نظام عدم الأختيار فلا ضرورة لأستحصال أية موافقة لمباشرة أستئصال الأعضاء من جثة المتوفي مالم يتم الأعتراض على ذلك من قبل المعنيين بالأمر، وعليه سأتولى بحث هذا الموضوع في صنفين ، في الأول اتناول التصرف بالجثة عن طريق موافقة الورثة والثاني عن الموافقة المفترضة.

الصنف الأول : التصرف بالجثة عن طريق موافقة الورثة

أن القول بصحة تصرف أسرة المتوفي بجثته تبررها ضرورة أنقاذ حياة آخرين قد تنتهي حياتهم أن لم تنقل الى أجسادهم أعضاء أخرى سليمة بدلا من أعضائهم التالفة حيث يمكن أن تستغني عنها جثة ذلك المتوفي ، ويمكننا قياس صحة هذا التصرف على أيلولة مال الميت الى الورثة من جهة وحقهم بالقصاص من قاتل قريبهم أو أستبدال الدية بالقصاص ، وهذا ما يستقي من قوله تعالى:(فقد جعلنا لوليه سلطانا)[٤٥] .

ولكن ماذا لو حصل أختلاف بين أرادة الميت وإرادة أسرته ؟

في أعتقادي أن أعتراض الشخص قبل وفاته على نقل أي عضو من أعضائه بعد وفاته يحول دون استئصال أ ي عضو من جثته وأن القيام بالأستئصال رغم هذا الأعتراض يعد فعلاً خسيساً وانتهاكا لحرمة ميت حتى أن أذن ذووه بهذا الأستئصال . أما في حالة موافقة الشخص على استخدام جثته

(٤٥) سورة الأسراء / الآية ٣٣ .

بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية فأن معارضة الورثة لن يكون لها اي صدى أو تأثير على صحة التصرف بالجثة ، فعلى الورثة احترام رغبته ، أذ أن ولايته على نفسه مقدمة على ولايتهم وسند ذلك أن عفو القتيل عن القاتل يعد ملزما للورثة حتى وأن لم يوافقوا على العفو[٤٦].أما في حالة عدم افصاح الشخص عن رأيه قبل وفاته بشأن نقل أحد أعضائه أثر وفاته فحينئذ يقوم أذن الورثة مقام أذن المتوفي لما لهم من ولاية ولكن ماذا لو وافق بعض الورثة على الأستئصال ورفض الآخرون؟

في تقديري يجب أن يكون الرأي حسب الأولوية في الميراث فالأقرب يحجب الأبعد . أما موقف القانون الوضعي حيال التصرف بالجثة عن طريق موافقة الورثة فيلاحظ أن المشرع العراقي قد أجاز التصرف بالجثة عن طريق استحصال موافقة اقارب الميت من الدرجة الأولى والثانية[٤٧]وقد بينت المادة (٦) من قانون الأنتفاع بأعضاء جسم الأنسان الأردني انه :(يجوز للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفي ونزع أي من أعضائها اذا تبين أن هناك ضرورة علمية لذلك على أن يكون المتوفي قد وافق على ذلك خطيا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته وموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة وقد ورد في م(٧) من انه:-(لايجوز ان يؤدي نقل العضو في اية حالة من الحالات الى احداث تشويه ظاهر في الجثة يكون فيها امتهان لحرمة المتوفي) .

وتنص المادة (٨) منه على انه : (لايجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون الا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي ، ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الأختصاص الذي يقوم بعملية النقل).

وتجيز المادة (٢) من قانون الأنتفاع بعيون الموتى للأغراض الطبية رقم (٤٣) الصادر في أردن في عام ١٩٥٦ لكل من كانت في حيازته جثة بوجه مشروع أن يأذن بأستئصال قرنيتي العينين منها خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة بهدف زرعهما لمريض بحاجة ماسة اليهما أو لغرض حفظها في مصرف العيون لحين ظهور الحاجة اليها على أن تتوفر الشروط الآتية :-

(أ- أن لايكون لديه سببا للأعتقاد بأن الميت قد أظهر في حياته عدم موافقته على التصرف بعينيه بعد وفاته بصورة من الصور.

ب – أن لايكون لزوج الميت أو زوجته أو أحد من فروعه أو أصوله أو أخواله أو أعمامه أي أعتراض على التصرف المذكور .

---

(٤٦) (الفقه المالكي) ينظر القوانين الفقهية لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي،الدار العربية للكتاب، ليبيا ١٩٨٨- ص ٣٥١.

(٤٧) يراجع نص المادة الثانية من قانون عمليات زرع الأعضاء العراقي.

ج – ويشترط بالأضافه الى ما تقدم أن لايقوم بعملية أستئصال العينين الا طبيب عيون مرخص يقتنع بعد فحص الجثة أن الحياة قد فارقها) .

ويتضح مما تقدم أن التشريع قد حدد عددا من أقارب المتوفي الذين يحق لهم الأدلاء برأيهم في استئصال أحد اعضاء جثته يختلف عن التحديد الذي جاء في التشريعات الأخرى ، وفي تصوري أن ما ذهب اليه المشرع العراقي هو المذهب الصحيح وارجحه على بقية التشريعات أذ أن الأقارب من الدرجتين الأولى والثانية هم الأكثر مودة وحرصا على مصلحة قريبهم المتوفي وأن رأيهم يجدر الأخذ به دون غيرهم.

وفي هذا السياق لابد من طرح السؤال التالي : على أي نحو يجوز للورثة التصرف بجثة قريبهم ؟ أي على نحو التبرع أم المعاوضة ؟

من المؤكد أن التصرف بالجثة عن طريق موافقة الورثة يجب أن ينحصر في نطاق التبرع فقط للحيلولة دون انتشار المتاجرة بالأعضاء والجثث البشرية ، فينبغي أن يمنع أقارب الميت منعاَ باتاَ من استلام أي ثمن نظير موافقتهم على استئصال أي عضو من جثة قريبهم أو نظير تسليمهم جثته برمتها لأية جهة كانت ، ولكن لا بأس من تعويضهم عن الضرر المعنوي الذي لحق بهم من جراء هذا التصرف[٤٨]. ولقد ذكرنا فيما سبق بعض النصوص التشريعية التي منعت بيع الأعضاء والجثث البشرية أو المتاجرة بها.

الصنف الثاني : الموافقة المفترضة

سبقت الأشارة الى أن تعذر الحصول على موافقة الميت أو ذويه بشأن أستقطاع أعضائه قد يسوق بعض المشرعين الى أفتراض هذه الموافقة بهدف توفير المزيد من الاعضاء البشرية الصالحة للزرع في اجساد المرضى المحتاجين اليها . وفي الحقيقة أن النظام الحالي السائد للحصول على الأعضاء والمبني أساساَ على التبرع الذاتي والطوعي من قبل نفس المتبرع في حياته أو من قبل عائلته بعد وفاته يعبر عن قيم انسانية نبيلة يتحلى بها المتبرع او ذووه. ويعد هذا النظام الأكثر انسجاما مع الأخلاق والآداب العامة فمن منا يرتضي أن تنتزع أعضائه أثر وفاته دون الأكتراث لرضاه أو رضا عائلته؟

---

(٤٨) ورد في م (٣) من قانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٧ الخاص بتعديل قانون مصارف العيون االعراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ ما يأتي : (يكون نص المادة الثالثة من القانون الفقرة ١– منها ويضاف اليها ما يأتي وتكون الفقرة ٢ منها :– ٢– يعوض ورثة المتبرع بعينه وورثة المتوفي المصاب بأمراض عقلية المستئصلة عينه بمبلغ يساوي نصف دية أنسان وفق العرف العام).

كما أن تبني المشرع لنظام الموافقة المفترضة قد يدفع الكثيرين الى التصريح برفضهم نقل أعضائهم بعد وفاتهم . وتبنت بعض التشريعات نظام الموافقة المفترضة أملا في حل مشكلة النقص الكبير في الأعضاء الآدمية المطلوبة للزرع ومنها التشريع الفرنسي المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها لعام ١٩٧٦ ، فقد أعطى هذا القانون الأطباء الجراحين الحرية الكاملة في أستئصال الأعضاء من جثث الموتى وبضمنهم الموتى القصر المأذون لهم بأدارة أموالهم دون الحاجة للحصول على أذن أو موافقة من أسرهم ، حيث يكفي عدم أعتراض البالغ أو القاصر المأذون اثناء حياته على استئصال عضو من جثته أثر وفاته ، كي يتسنى للطبيب الجراح أجراء مثل هذا الأستئصال ، وقد انتقد هذا الحكم على اساس ضرورة التمييز بين الهدف العلاجي والهدف العلمي المرجو من وراء الأستئصال ، كما ينبغي الحصول على موافقة القاصر المأذون واحترام مشاعر أسرته وان لايعتبر صمته قبولا[٤٩].

بيد أن نظام الموافقة المفترضة الذي تعتمده فرنسا في مجال نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى قد يثير مخاوف بعض الأجانب الوافدين الى فرنسا حول مدى سريانه عليهم أذا ما قضوا نحبهم هناك . لذا يذهب الفقه الفرنسي الى أن هذا القانون لايتعلق بالنظام العام فهو لا يمس مسائل الأمن المدني وعليه فأن نطاق تطبيق نظام الموافقة المفترضة قاصر على الفرنسيين ، بل ان الفقه الفرنسي قد ذهب الى أبعد من ذلك حين أعتبر هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية التي يطبق فيها قانون جنسية الشخص وليس قانون الدولة التي يتواجد في اقليمها [٥٠].

ونود التأكيد أخيرا على ضرورة القيام بحملات اعلامية واسعة لتشجيع المواطنين على التبرع بأعضائهم من اجل توفير المزيد من الأعضاء اللازمة للزرع ، والأستغناء عن الموافقة المفترضة وبيع الأعضاء البشرية وغيرها من الطروحات غير المقبولة لحل مشكلة النقص الحاصل في الأعضاء البشرية .

تم بحمد الله....

(٤٩)ينظر د. احمد شوقي ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة.١٩٨٦ ،ص ٢١٠. وينظر د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص ٣٦٩ و ٣٧٠ .

(٥٠) د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ص ٣٧١.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث اتناول ما توصلت اليه من أستنتاجات وما أطرحه من مقترحات ترمي في مجملها الى خدمة الطب والقانون على حد سواء وخلاصتها ما يأتي:

أولاً – الأستنتاجات

١- تباينت آراء الفقهاء حول طبيعة حق الأنسان على جسده ، فمنهم من أعتبره حقاً مالياً ومنهم من أعتبره حقاً شخصياً والبعض الآخر أعتبره حقاً عينياً ، وآخرون يرون خلاف ذلك وأستنكروا أعتباره من هذه الحقوق وأنما عدوا هذا الحق نوعاً خاصاً من الحقوق سميت بالحقوق الملازمة للشخصية تكريماً للكائن البشري وتقديساً لآدميته ، والرأي الأخير هو الراجح أستناداً الى مبرراته الوجيهة وبناءً عليها لا يمكن المساس بالجسم البشري الا بموجب أساس شرعي.

٢- تعددت الأسس التي أقترحها الفقه القانوني بصدد تحديد الأساس الشرعي الذي يمكن الأرتكاز عليه بغية إباحة التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ، فمنهم من يستند الى رضا المتصرف المقترن بالمصلحة الأجتماعية ، ومنهم من يستند الى السبب المشروع أو الباعث الدافع الى التصرف ، ومنهم من جعل الأساس حالة الضرورة ، علماً أن جميع هذه اللأسس لا يعول عليها إلا في غياب التشريع الذي يحسم الخلاف حينما ينص على أباحة تصرف ما فيصبح المتصرف مستعملاً لحق مقرر له قانوناً.

٣- اختلفت الآراء الفقهية والتشريعية حيال الشروط الواجب توفرها عند الأقدام على أي تصرف قانوني بعضو بشري ويمكن حصرهم بالآتي:

أ- تحقق التراضي بين المتصرف والمتصرف اليه وأن يكون صحيحاً ذلك بكمال الأهلية وسلامتها من العيوب.

ب- أن لا يكون التصرف بالعضو البشري منطويا على مساس بالنظام والآداب العامة كالتصرف المفضي الى موت المتصرف أو اصابته بعاهة مستديمة أو ذلك المفضي الى اختلاط الأنساب.

ت- أن يستهدف التصرف بالعضو البشري الى تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمتصرف اليه .

ث- الألتزام بالشكلية المطلوبة قانوناً للتصرف بالأعضاء البشرية متمثلة بالأقرار الكتابي أنبثاقاً من أهمية هذا التصرف وخطورته.

٤-أستناداً الى الأدلة الشرعية التي أبيح بموجبها التصرف بالعضو البشري من وجهة نظر أسلامية يتسنى لنا تحديد ما يجوز وما لايجوز نقله من الأعضاء البشرية على النحو التالي :يباح بلا خلاف نقل الأعضاء المتجددة مثل (الدم ، الجلد، ولبن الآدمية ..ألخ) والكلى ، وفيما يخص الأعضاء التي لا يباح نقلها (كل ما يؤدي الى موت المتصرف أو اصابته بعاهة مستديمة كالقلب والكبد وأحدى اليدين أو كلتاهما..ألخ ، وكل ما يؤدي الى اختلاط الأنساب كنقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية كالخصية والمبيض) .

٥-في ضوء التشريعات التي أستعرضتها في ثنايا هذا البحث يتسنى لنا تحديد ما يجوز وما لايجوز نقله من الأعضاء من وجهة نظر قانونية على النحو التالي: يجوز نقل الاعضاء المتجددة كالدم كما يجوز نقل احدى الكليتين أو أحدى العينين وكل عضو يؤدي نقله الى تحقيق فائدة عظيمة للمنقول اليه مقابل ضرر بسيط يلحق بالمنقول منه ونظم نقل هذه الأعضاء بتشريعات خاصة . أما الأعضاء البشرية التي يحظر التصرف بها فتتمثل بالأعضاء التي يؤدي نقلها الى الموت أو الأصابة بعاهة مستديمة أو الأختلاط في الأنساب.

٦-يباح في ضوء الشريعة الأسلامية أخذ أي عضو من جثة الميت باستثناء ذلك الذي يؤدي نقله الى اختلاط الأنساب.

٧-أن التصرف بالأعضاء البشرية مباح في معظم بلدان العالم على سبيل التبرع لا على سبيل البيع أو الأيجار ويشمل ذلك جميع الأعضاء البشرية فيما عدا الدم الذي تنص بعض التشريعات على إباحة التصرف به على سبيل المعاوضة كما تذهب الكثير من التشريعات المقارنة الى منع تقديم أي مقابل للمتبرع حتى أن كان على سبيل التعويض أو المكافأة.

ثانياً: المقترحات

استناداً الى ما تقدم من الأستنتاجات اطرح المقترحات التالية:

١-أن يمنع ناقصو وعديمو الأهلية منعاً باتاً من التبرع بأعضائهم في حال الحياة فيما عدا الأعضاء المتجددة ويسري هذا على الصبي المأذون له بالتجارة والمأذون له بالزواج.

٢-تكريس الجهود وتوجيهها نحو توفير الأعضاء البشرية الصالحة للزرع من جثث الموتى وعدم اللجوء الى أستئصال الأعضاء من الأحياء إلا في حالة الضرورة القصوى لإنعدام الضرر في الحالة الأولى وتحققه في الحالة الثانية ولو على نحو ضئيل ، تنفيذا لما جاء في المادة (٢) من قانون مصارف العيون العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ الذي حدد المصادر التي تحصل منه المصارف على العيون الصالحة للزرع وذلك ب (عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها، عيون الأشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبياً ، عيون الموتى في دور النقاهة ودور العجزة وعيون الأشخاص الذين يدفنون من قبل أمانة العاصمة ، عيون من ينفذ بهم حكم الأعدام ، عيون الموتى في مستشفيات الأمراض العقلية في حالة عدم وجود من يقوم بدفنهم) وقياساً على هذه المادة يمكن الأستفادة من الأعضاء الأخرى لنفس الأشخاص .

٣-أن يجري العمليات الجراحية لنقل الأعضاء البشرية في المستشفيات المرخص لهن من قبل وزارة الصحة وذلك بعد توفر الشروط اللازمة فيها لأجراء مثل هذه العمليات وتوفير كافة المستلزمات الطبية والأمكانية الشخصية بأقرار اللجنة الخاصة بمنح الرخص .

٤-أن يكون التبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة لمرضى بحاجة آنية وملحة لهذه الأعضاء حصراً بمعنى أن لا يتبرع الأنسان الحي بعضوه لبنوك الأعضاء التي تتولى حفظ العضو لحين ظهور الحاجة اليه (لا ينصرف هذا الاقتراح الى الدم).

٥-صدر مؤخرا قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الأتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ والذي الغي بدوره ما سبق من تشريعات متعلقة بالأعضاء البشرية وهما قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ ، وذلك نظراً للوضع الجديد الذي مر به المجتمع العراقي والأنفتاح العالمي خاصة بعد أن اصبح العراق بفعل ما مر به من أوبئة وامراض وحروب وفقر، بيئة خصبة للأتجار بالأعضاء البشرية ولكي يقضي على محاولات الأحتيال و تهريب الأعضاء البشرية ويحمي الأفراد من سرقة أعضائهم وحمايتهم مما دفع المشرع العراقي من محاولة سن قانون جديد ونتمنى أن يتم انفاذ هذا القانون من قبل المشرع الكوردستاني في كوردستان لوجود نفس الدوافع والأسباب فيه.

٦-انشاء مصارف للعيون في مستشفيات العيون والحصول على العيون من المصادر المحددة قانوناَ.

٧-أدعو وزارة الصحة الى اصدار بطاقات التبرع بالأعضاء البشرية وتوزيعها على الراغبين بالتبرع وتوعية المواطنين على اهمية هذا التصرف والنفع الكبير الذي يعود به للمنقول اليه.

المصادر والمراجع

أولاً: ١) القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب

٢) الفقه المالكي ينظر القوانين الفقهية لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي (٦٩٣-٧٤١) الهجرية. الدار العربية للكتاب . ليبيا . ١٩٨٨.
٣) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، المطبعة العربية الحديثة . القاهرة ١٩٨٦.
٤) د. احمد محمود سعيد ، زرع الأعضاء بين الحظر والأباحة ، دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٨٦.
٥) د. اسامة نهاد رفعت وآخرون ، نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ، اصدار بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٠.
٦) د. توفيق حسن فرج ، عقد الأيجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر. بيروت ١٩٨٤.
٧) د. رمضان أبوسعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل الى القانون وبخاصة المصري ولبناني، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر . بيروت ١٩٨٥.
٨) د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مطبعة نديم ، ط٥، بغداد، ١٩٧٧.
٩) د. محمد المرسي زهرة ، الانجاب الصناعي ، احكامه القانونية وحدوده الشرعية، القاهرة ١٩٩٠.
١٠) صحيح المسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٦٢٠-٦٢١) الهجرية . دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة الطبع.
١١) د محمد سليم محمد الغزوي ، الأعلان العالمي لحقوق الأنسان ، أبادة الجنس البشري، مطبعة التوفيق . عمان ١٩٨٠.
١٢) سنن أبي ماجة للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، دار احياء الكتب العربية .
١٣) سنن البيهقي الكبرى لأبي بكر احمد بن حسين ، دار الباز للنشر ، مكة المكرمة .

ثالثاً: البحوث العلمية والرسائل

١٤) حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية ، مطبعة جامعة عين الشمس ، العدد الأول ، ١٧ يناير ١٩٧٥.

١٥) د. حسام الدين كامل الأهواني ، تعليق على القانون الفرنسي رقم ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة. اصدارجامعة الكويت ، يونيو ١٩٧٨.

١٦) د. عبدالوهاب عمر البطراوي ، المسؤولية للأطباء، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، اصدار اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، نيسان ٢٠٠١.

١٧) د.محمد سعد خليفة ، حق الأنسان في الحياة وسلامة الجسد ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، اصدار جامعة اسيوط ،١٩٩٦ .

١٨) د. سعد طاهر عبد الهاشمي ، الآثار الجنائية للتلقيح الصناعي البشري ، رسالة مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير ،١٩٩٩.

رابعاَ : المقالات

١٩) د. يوسف القرضاوي ، من مخاطر انتشار اخلاقيات العولمة ، ارحام للبيع وأخرى للأيجار، مقال منشورفي مجلة الصدى ، دبي العدد ١١٢ السنة الثالثة ٢٠٠١/٥/٢٠.

٢٠) سهير الجارحي ، احدث طرق علاج العقم ، امهات بالأيجار ، مقال منشور في مجلة نصف الدنيا ، اصدار مؤسسة الأهرام ، القاهرة العدد ٥٧٩ السنة ١٢ ،٢٠٠١/٣/١٨.

٢١) د. معتز فيصل العباسي ، الأتجار بالبشر بين الأهتمام الدولي والنظام القانوني العراقي، سلسلة قانونية ، مكتبة القانون والقضاء ، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٥.

٢٢) د . احمد محمد كنعان ، فتاوى طبية فقهية منشور على الموقع الألكتروني (*www.al-gazeera.net*)

٢٣) الجمعية الكويتية لزراعة الأعضاء تنقذ الأرواح ، مقال منشورفي ٢٠٠١/٧/٢٢ على الموقع اللكتروني (*www.asharqawsat.com*) .

٢٤) د . رفعت غنيم ،استاذ النساء والتوليد في كلية الطب، جامعة قناة السويس، وزميل كلية الطب الملكية في لندن، مقال منشور على الموقع الألكتروني (*www.al-gazeera.net*) .

٢٥) د. نجلاء حسين قاضي ، استاذة النساء والتوليد في جامعة الأزهر، مقال منشور على الموقع اللكتروني (*www.asharqawsat.com*)

٢٦) قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، مقال منشور في ٢٠٠١/٢/٢٢ على الموقع اللكتروني (www.asharqawsat.com).

خامساً: التشريعات

٢٧) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩وتعديلاته.

٢٨) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢٩) قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦.

٣٠) قانون مصارف العيون العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ المعدل .