

Legal Framework for post-mortem donation – A Comparative study

Zaid Mohammed Saeed Alraho¹, Mays Abdulbaqi Alabid¹

¹ Center for General Educations, Department of language and Social Sciences, University of Technology Bahrain, Kingdom of Bahrain.

* Corresponding author: zmalraho@utb.edu.bh

Received: 11/01/2023

Accepted: 08/02/2023

Abstract

Islamic law is concerned with human interests, namely, the preservation of religion, soul, mind, presentation and money, and the prevention of anything that disturbs or attacks the functions of the human body, and this represents the goal of the law, which also prevents the attack on the human body, whatever the type of abuse, while allowing all that would protect the human body to achieve its desired goal of survival and enjoying its physical integrity.

Such as caring for the survival of the human being and enjoying a correct body, is the possibility of transferring the organ or human tissue. From the dead to the neighborhood as soon as he dies as long as he expresses his desire and consent to this donation, as he may want to save a patient from death or want to provide a scientific service to the human community to donate his body for scientific and medical purposes .

And, in order for his donation to be valid and sound legally and medically, his donation must be surrounded by general conditions required by the general rules of the contract as a legal act as well as the availability of special conditions for the donation process to ensure the achievement of its results, the death of the donor must be achieved and be subject to general conditions required in the contract as a legal act as well as the availability of special conditions for the donation process to ensure the achievement of its results, the death of the donor must be achieved and be met by the general conditions of the contract. His donation is free and free of charge, and he donates for humanitarian purposes such as saving a patient from death, and the possibility of donating human organs is restricted by the prohibition of sexual organ donation.

Keywords: Human Organs, Dead, Donation, Transplantation Organs, patient, National Legislations, Islamic law.

الإطار القانوني للتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

دراسة مقارنة

زيد محمد سعيد الرحو¹، ميس عبد الباقي العبد¹

أستاذ مساعد، مركز الدراسات العامة، قسم اللغات والعلوم الاجتماعية، جامعة البحرين للتكنولوجيا، مملكة البحرين.

* البريد الإلكتروني للمؤلف المراسل: zmalraho@utb.edu.bh

الخلاصة

تهتم الشريعة الإسلامية بالمصالح الإنسانية وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال ومنع كل ما يخل بوظائف الجسد الإنساني أو يعتدي عليه، وهذا يمثل هدف القانون أيضاً إذ يُمنع الاعتداء على جسم الإنسان مهما كان نوع هذا التعدي في حين أجاز كل ما من شأنه حماية جسد الإنسان لتحقيق هدفه المنشود وهو البقاء على قيد الحياة وتمتعاً بسلامته الجسدية . ومن قبيل الاهتمام ببقاء الإنسان حياً وتمتعاً بجسد صحيح، هو جواز نقل العضو أو نسيج بشري من الميت الى الحي بمجرد وفاته طالما أبدى رغبته وموافقته على هذا التبرع، إذ قد يرغب بإنقاذ مريض من الهلاك أو يريد تقديم خدمة علمية للمجتمع الإنساني فيتبرع بجسده للأغراض العلمية والطبية. ولكي يكون تبرعه صحيحاً وسليماً من الناحيتين القانونية والطبية يجب ان يكون تبرعه هذا محاطاً بشروط عامة تقتضيها القواعد العامة في العقد بوصف هذا التبرع تصرف قانوني فضلاً عن توافر شروط خاصة بعملية التبرع لضمان تحقيق نتائجها، فيجب تحقق وفاة المتبرع وان يكون تبرعه مجاني وبلا مقابل وان يتبرع لغايات انسانية كإنقاذ مريض من الموت، وجواز التبرع بالأعضاء البشرية مقيد بحظر التبرع بالأعضاء الجنسية لخصوصيتها.

الكلمات المفتاحية: الأعضاء البشرية، الموتى، التبرع، زراعة الأعضاء، المريض، القوانين الوضعية، الشريعة الإسلامية.

1. المقدمة

ان التلازم بين القانون والمجتمع يدفع المشرع في جميع الدول الى التوفيق بين القانون والمعطيات الجديدة، حتى لا تكون القوانين حجر عثرة امام حاجات المجتمع. فالمطلوب ان توضع الحلول القانونية لمواجهة كل ما يستجد من مشكلات علمية تمس الانسان باعتباره غاية التنظيم القانوني .

وحيث اننا لا يمكن ان ننكر النجاحات الكبيرة التي توصل اليها العلماء في مختلف المجالات وخاصة المجال الطب، فقد ساعد الطب الى أنقاص حياة الكثير من البشر وذلك من خلال تطوير وسائل العلاج في مجال نقل وزراعة الأعضاء من الموتى الى الاحياء او ما يمكن ان نطلق عليه التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت.

فالسؤال الذي يطرح هنا ما هو الإطار القانوني الذي يسمح بالاستفادة من التقدم العلمي في مجال نقل وزراعة الأعضاء من الموتى الى الاحياء (التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت) وما حكم هذا التصرف الذي يرد على جسم الانسان .

لما كانت أهمية هذا التساؤل المطروح ترجع الى ان حماية جسد الانسان عدم المساس بها حتى بعد الموت عدم الاتجار بالأعضاء البشرية هي غاية الطب وغاية القانون على حد سواء وهي أيضاً محور اهتمام الشرائع السماوية والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الانسان.

الإسلام كرم الانسان حياً كان او ميتاً وطالبه بالمحافظة على جسده واعضائه ويقول تعالي ((وابتغ فيما أتاك الله الدار الآخرة ولا تنسى نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك)).[1]

وإذا رجعنا للقانون الوطني لوجدنا ان دستور مملكة البحرين أكد في المادة 19 على حق الانسان في سلامة جسده حيث نصت الفقرة د من المادة المشار اليها الى ((لا يعرض أي انسان للتعذيب المادي، او المعنوي، او للإغراء، او للمعاملة الحاطة بالكرامة الإنسانية))

وعليه فأن الكلام عن مقدمة البحث المعنون بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت يقتضي بنا تقسيم هذه المقدمة على الفقرات الآتية:

اولاً: أهمية البحث: يعد موضوع التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت من المواضيع القانونية والطبية خاصة للمرضى ممن هم بحاجة ماسة لعضو أو نسيج بشري ولاسبيل امامه سوى الحصول عليها من جنث الموتى، فعملية النقل هذه من جنث الميت تساهم بإحياء نفس بشرية وفتت العلاجات والوسائل الطبية عاجزة عن انقاذها، فعملية النقل هذه تتم بقدر الضرورة العلاجية مع احترام جنث الميت ومن دون ذلك تفقد شرعيتها وجوازها القانوني لتصبح اعتداء يبرر نهوض المسؤولية بحق المعتدي على حرمة جسد الإنسان.

ثانياً: مشكلة البحث: تتركز مشكلة البحث من خلال ازدياد اعداد المرضى الذين فشلت العلاجات الطبية في انقاذهم، وحاجة المتسائلين عن شرعية نقل الأعضاء من جسد الميت، وموقف القوانين من ذلك، وهل هذا التبرع بعد اعتداء او امتهان لكرامة وجسد الميت وغير ذلك من الاسئلة التي حاولنا الإجابة عليها من خلال صفحات البحث.

ثالثاً: أهداف البحث: توجيه انظار الناس والمجتمع الى أهمية التبرع بالأعضاء البشرية للفوائد والأهمية المتحققة من هذا التبرع إذ سيخدم البشرية بشكل عام من خلال توفير البدائل العلاجية للمرضى المحتاجين لعمليات زرع الأعضاء، كما سيحقق فوائد علمية من خلال تعزيز الاكتشافات الطبية للكثير من الأمراض التي يفرزها التطور التكنولوجي والعلمي.

رابعاً: منهجية البحث: اعتمد البحث على المنهج المقارن من خلال مقارنة القوانين البحريني والعراقي والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان وسوف نلجأ بين الحين والآخر الى الإشارة الى قانون الإماراتي، فضلاً عن الاستعانة بآراء مجمع الفقه الإسلامي لبيان موقفه من عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية من الأموات الى الأحياء.

خامساً: هيكليّة البحث: اتخذ البحث الشكل الآتي:

- المبحث الأول: التعريف بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت .
- المبحث الثاني: الشروط الموضوعية العامة للتبرع .
- المبحث الثالث: الشروط الموضوعية الخاصة للتبرع.

المبحث الأول: التعريف بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

الإمام بالتعريف بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت يوجب تحديد هذه المصطلحات للتعرف على المقصود منها، كما يجب توضيح عناصر هذا التبرع الذي يتميز بخصوصية هي إقتطاع عضو او نسيج بشري من جسد إنسان بعد موته، فما هو تعريف هذا النوع من التبرع؟ وماهي العناصر الرئيسية التي يستند عليها؟ وللإجابة عن تلك التساؤلات اقتضى توزيع هذا المبحث على المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: تعريف التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

يقتضي تعريف التبرع بالأعضاء البشرية الرجوع إلى الكتب اللغوية، ومن ثم الرجوع إلى الفقه الإسلامي لكي يمكن توضيح هذا التعريف في القانون وهل أن تعريف التبرع مختلف فيه بين هؤلاء؟ عليه سيتم توضيح ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : تعريف التبرع لغة

أصل التبرع هو الفعل الماضي برع، ببرغ، بروعاً، فهو برع أي تم في الفضيلة والجمال وفاق أصحابه في العلم ويقال: تبرع بالعتاء: أعطى من غير سؤال أو تفضل بما لا يجب عليه.

أما الأعضاء: مفردتها عضو مأخوذ من مادة عضا والعضو في اللغة: كل عظم وافر بلحمه أو كل لحم وافر من الجسم بعظمه أو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف، ويقال عضبت الشاة تعضبة إذا جزأتها أعضاء، وقد يطلق العضو على الأطراف [2]، إذا العضو هو جزء من مجموع الجسد كاليد والمعدة والعين. [3]

الفرع الثاني: تعريف التبرع في الفقه الإسلامي

ذكر الفقه الإسلامي المعاصر المقصود بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت فقال (القيام وفق ضوابط معينة بنقل عضو إنسان سواء أكان حياً أو ميتاً لغرض زراعته في إنسان آخر دون نية المتاجرة) [4]، ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا تحريم ومنع الشريعة الإسلامية لاي اتجار بالأعضاء البشرية واستغلال حاجة المرضى لها عبر بيعها لهم، ولهذا حددت شريعتنا الغراء شروط وضوابط صارمة وواضحة للتبرع.

الفرع الثالث: تعريف التبرع في القانون والفقہ

تباينت التشريعات العربية بشأن إيراد تعريف لبيان مفهوم التبرع بالأعضاء، حيث لم يشر المشرع البحريني في مرسومه بقانون المرقم 16 لسنة 1998 الى تعريف التبرع بالأعضاء ولم يتضمن أي مقدمة لبيان مفهوم المصطلحات المترابطة مع مضمون القانون، بينما عرفته اللجنة المركزية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية المشكلة في وزارة الصحة بأنه: هو عملية جراحية يتم فيها إزالة أحد الأعضاء من جسم الشخص المُتبرع به ونقله وزرعه في جسم شخص آخر مُتلقي يحتاج لزرع عضو جديد نتيجة وجود ضرر في أحد أعضائه[5] وكان من الأفضل تضمين القانون لمثل هكذا تعريف تفادياً للأشكاليات الذي قد تنشأ عند تطبيق القانون جراء هذا الفراغ التشريعي، وتماشياً مع اغلب التشريعات العربية والأجنبية المقارنة.

بينما نلاحظ ان بعض التشريعات العربية قد أشارت صراحةً الى إيراد تعريف التبرع بالأعضاء البشرية، حيث أورد المشرع العراقي، في القانون ذي الرقم 11 والصادر في العام 2016 والمعنون ب(عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها) وفي مادته الأولى ويفقراتها المتعددة تفصيلاً لبيان عملية التبرع والتعريف بالمصطلحات والاهداف والتي جاء فيها " التبرع: عملية نقل أو زرع عضو بشري أو نسيج من شخص متبرع حي بموافقة أو ميت بموافقة ذويه إلى المُتلقي وفقاً للموازين الشرعية، ومن ثم أشار الى مفهوم بعض المصطلحات المتداخلة والمرتبطة بعملية التبرع كزرع الأعضاء، والعضو البشري، أنسجة بشرية والاستئصال.

وحسناً فعل المشرع العراقي بإيراده بيان مفهوم عملية التبرع وبقية المصطلحات الأخرى لتفادي أي غموض او تفسير لاي تساؤل قد ينشأ عند تطبيق القانون، ولكن يلاحظ على هذا التعريف ان المشرع عرف التبرع باعتباره تصرف قانوني من المتبرع الى شخص آخر أطلق عليه المشرع تسمية المُتلقي التي كان من الأفضل، ومن وجهة نظرنا، ألا يتم استخدامها ويذكر بدلاً منها مصطلح المتبرع له أو المستفيد وذلك لإضفاء الشكل القانوني على عملية التبرع واطرافها التي تكون بين طرفين رئيسيين هما المتبرع والمتبرع له أو المستفيد.

وهكذا فعل المشرع الاماراتي في قانونه الاتحادي المرقم 5 لسنة 2016 الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، فقد عرف التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت في مادته الأولى منه والتي جاء فيها "التبرع تصرف قانوني يفيد موافقة شخص حال حياته أو الأشخاص المخولين قانوناً بعد وفاته على أن ينقل منه عضو أو جزء منه أو نسيج بشري أو أكثر إلى شخص آخر حال حياته، أو يوصي بذلك بعد وفاته، بدون عوض"، ويلاحظ على التعريف المذكور انه لم يحدد من هم الأشخاص المخولين قانوناً بالتبرع بعد الوفاة وترك هذا الأمر للشرعية الإسلامية، بالإضافة الى انه لم يحدد شكلية التبرع هل تتم كتابة أم شفوية؟ حيث أن الغرض من الكتابة للإثبات وليس ركن للانعقاد.

كما عرف المشرع الإماراتي في ذات المادة نقل الأعضاء "وهي عملية يتم من خلالها استئصال أي عضو أو جزء منه أو نسيج بشري من شخص حي أو متوفي بهدف زرعه في شخص حي".

وعليه وبناءً على ماتقدم يمكننا تعريف التبرع بالأعضاء البشرية لما بعد الموت بأنه: (تصرف قانوني فيه يوصي الشخص بأعضائه البشرية أو بجزء منها أو يتبرع بها ذويه من الدرجة الأولى أو المخولين قانوناً بعد وفاته فيتم نقل هذه الأعضاء من المتوفي إلى الإنسان الحي وفق الشروط والضوابط الصحية والشرعية والقانونية الكفيلة بإتمام هذا التبرع وبدون عوض).

ومن خلال هذا التعريف يمكننا تمييز خصائص التبرع، حيث تعتبر عملية التبرع ذات طبيعة قانونية إذ انها تمثل تصرف قانوني ينشأ عن إرادة، وهذا التصرف القانوني مبني على سبب ودافع التبرع لإنقاذ روح إنسان سواء أكان بالوصية حال حياة المتبرع أو هبة ذويه بعد وفاته، ويكون محل هذا التصرف هو الأعضاء والأنسجة البشرية، بالإضافة الى ضرورة توافر الشكلية القانونية وإشتراط الكتابة لصحة هذا التصرف وتنظيمه ولضمان حقوق كلا الطرفين.

المطلب الثاني: عناصر التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

التبرع بوصفه تصرفاً قانونياً يتكون من عنصرين أساسيين هما: الالتزام بالتبرع والثاني تحقق نية التبرع لدى المتبرع وسيتم توضيح هذين العنصرين من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الالتزام بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

ينشأ هذا العنصر عندما يبدي الشخص، بوصي حال حياته، رغبته بالتبرع بأعضائه البشرية بعد موته لشخص محدد أو غير محدد وهو المستفيد، أو عبر ذويه أو أقاربه المخولين قانوناً بعد وفاته، ويجب أن يكون تبرعه دون عوض هذا من ناحية [6]، ومن ناحية أخرى يكون تبرعه مطلقاً خالياً من أي شرط يقيد.

ويحق للمتبرع التبرع بأعضائه البشرية كاملة أو بجزء منها، ويقصد بالعضو البشري من الناحية القانونية هو مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء كانت ظاهرة في وظيفتها أي خارجية أو داخلية فكلها أعضاء بشرية وتتمتع بالحماية القانونية من أي اعتداء يقع عليها، أما من الناحية الطبية فيقصد بالعضو البشري مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة التي تحتوي على الطعام وتهضمه، وتتكامل الأعضاء البشرية معاً لتكون البنيان الإنساني.

وبالرجوع إلى القانون البحريني رقم 16 لسنة 1998 نجد انه قد خلا من إيراد تعريف للعضو وللنسيج البشري، إلا انه أشار في المادة الثانية على أنه ((يجوز للشخص ان يتبرع او يوصي بأحد أعضاء جسمه، ويشترط في المتبرع او الموصي ان يكون كامل الأهلية قانوناً، ويكون التبرع او الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه، ويشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية)).

حيث أجاز القانون البحريني التبرع بالأعضاء البشرية وبين شروط التبرع التي يجب مراعاتها، ولكن بدون تحديد ماهو العضو البشري الذي يجوز التبرع به وماهو مفهومه، بينما نجد أن اللجنة المركزية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية قد حددت، وبشكل عام، الأعضاء التي يجوز التبرع بها، ولهذا نهيب بالمشروع البحريني التدخل بتعديل المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء وذلك بإضافة تعريفات محددة للعضو البشري والنسيج البشري أسوة بالتشريعات محل المقارنة.

أما في القوانين محل المقارنة والتي نظمت نقل وزراعة الأعضاء البشرية فقد أشارت إلى تعريف العضو منها القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2016 حيث عرفت المادة (1) منه العضو بأنه (مجموعة الأنسجة والخلايا البشرية المترابطة المأخوذة من حي أو ميت وتشارك في وظائف حيوية محددة في الجسم البشري). وذكر النسيج بقوله (خليط من المركبات العضوية البشرية كالحايات والألياف التي لا تشكل عضواً أو تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمل النسيج البشري، كالنسيج العظمي أو العضلي أو العصبي).

وهكذا هو موقف المشروع العراقي الذي لم يبتعد عن تلك القوانين في تعريف العضو البشري والأنسجة بوصفها عناصر التبرع دون مقابل بعد الوفاة، فنصت المادة (1) من قانون رقم (11) لسنة 2006 الخاص بتعليمات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها فجاء فيها (خامساً: العضو البشري: كل جزء من جسم الإنسان الحي أو من الميت. وسادساً: عرفت الأنسجة البشرية جزء من أي عضو بشري ينزع من إنسان حي أو ميت).

وقد أكد كلا القانونين على ضرورة أن يكون التبرع بالأعضاء البشرية أو بالأنسجة مجاناً ودون مقابل، واتفقا على الهدف وهو تنظيم عملية زرع ونقل الأعضاء البشرية وعدم استغلال حاجة المرضى المحتاجين وحماية حقوقهم [7] بينما لم يتضمن القانون البحريني أي مقدمة أو مادة مستقلة لبيان الأهداف المرسومة من صدوره وتكفلت اللجنة المختصة بتحديدتها.

دينياً وفقهياً، كان هنالك إراء متعددة حول تحديد ماهو المقصود بالعضو البشري الذي يجوز نقله من إنسان إلى إنسان آخر، فمن الناحية الدينية استند العلماء إلى تحديده وفقاً للشريعة الإسلامية وعرفه بأنه أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء كان متصلاً به أم منفصل عنه، ومن خصائصه أنه تعريف قانوني شرعي، وأن التبرع يهدف إلى إنقاذ حياة إنسان مجاناً وبدون مقابل، ولكن إذا بذل المتبرع له (المستفيد) المال من أجل الحصول على العضو المطلوب نتيجة للضرورة أو مكافأة أو تكريماً فذلك محل اجتهاد ونظر. [8]

بينما ذهب بعض من الفقهاء إلى تعريفه من الناحية الطبيعية وقالوا بأنه أي جزء من الإنسان بما يضم الأنسجة والخلايا والدماء، وتقسّم الأعضاء إلى نوعين، أعضاء فردية، لا يوجد بديل لها يقوم بنفس وظيفتها مثل القلب والكبد، وأعضاء زوجية (غير فردية) يوجد بديل لها يقوم بذات الوظيفة ولا يؤدي نقلها لحدوث الوفاة.

وتوسعوا في المفهوم وعزوا ذلك إلى إن التقدم العلمي والمكتشفات الطبية الحديثة أصبح نقل الأعضاء البشرية لا يشمل القلب والكبد والكلية وإنما يشمل الدم والمني وقرنية العين والجين وأجزاء العضو مثل الجينات والهرمونات. [9]

بينما ركز آخرون في تعريفهم على الناحية البيولوجية وقالوا بان العضو البشري هو كتلة من الخلايا الخاصة والأنسجة التي تعمل معاً لكي تؤدي وظيفة في الجسم فمثلاً القلب هو العضو المكون من الأنسجة والخلايا التي تعمل مجتمعاً لكي تؤدي وظيفة ضخ الدم لأجزاء الجسم كافة، وعليه فإن أي جزء من الجسم يؤدي وظيفة خاصة فهو عضو، فالعيون أعضاء لأنها تؤدي وظيفة الرؤية والجلد عضو لأنه يؤدي وظيفة حماية الجسم وتنظيمه والكبد عضو لأن وظيفته هي تخليص الدم من الفضلات الموجودة به. [10]

الفرع الثاني: نية التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

يقصد بنية التبرع هو العنصر النفسي الذي يستقر لدى المتبرع، حيث يتوجب على المتبرع أن يقصد التبرع بأعضائه البشرية، ويهدف انساني، وينوي تقديمها والالتزام بذلك، فإن لم يكن ينوي التبرع ولم يرضى به بكامل حريته وبارادته ينتفي العنصر المعنوي وبالتالي ينتفي التبرع.

إذ يتبرع المتبرع من تلقاء ذاته ودون شعوره بالتزام يدفعه إلى التبرع، بل رغب بالتبرع لمجرد التبرع أو لغرض المساعدة في انقاذ مريض أو الإسهام بفائدة علمية لغرض اكتشاف علاج للمرض الذي يعاني منه، ودون ان ينظر للمقابل أو العوض من المستفيد [11]، ومن الجدير بالذكر أن انتفاء العنصر النفسي من مسائل الواقع ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز.

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية العامة للتبرع

يقصد بها الشروط الواجب تحققها لصحة عقد التبرع من الناحية القانونية، فالتبرع عقد ينشأ صحيحاً بتوافر أركانه الثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب فضلاً عن الشروط التي تجعل كل ركن صالحاً لترتيب اثاره وسيتم توضيح هذه الأركان مع شروطها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تراضي طرفي التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

يقصد به الرضا ويعني الموافقة المسبقة من قبل طرفي عقد التبرع قبل إجراء عملية التبرع، ولأن العمل الطبي عقد رضائي فلا يتطلب شكلية معينة لموافقة طرفية وارتباط إرادتهم لأنه مبني على الثقة المتبادلة بين هذين الطرفين، فالرضا عمل عقلي مقترن بالتروي والتفكير قبل التعبير عن الإرادة، فالعقل يقدر مساوئ الشيء ومحاسنه قبل إتبانته، والعلم والإدراك بما يحدث من تصرفات ضروري لنشوء الرضا وصحته بشرط سلامته من عيوب الإرادة الأربعة فضلاً عن خلو ارادة الطرفين من الغش والخطأ الجسيم، عليه ان رضا المتبرع هو الذي يضيف مشروعية العمل الطبي والجراحي بشكل عام، فهو شرط لازم لهما لأنه يمنح العمل الطبي السند القانوني لهذا العمل ويجب أن يستمر إلى نهاية هذه الاعمال، لهذا يجب أن يكون الرضاء صحيحاً وسليماً وواضحاً وحرراً.

فمعضومية الجسد (لصاحب الجسد الحق في سلامته البدنية يحتج بها على الكافة فيمنع غيره من الاعتداء عليها، ويمنع ايضاً صاحب الجسد نفسه من المساس به، فتستند الى حق مطلق في السلامة البدنية للمتبرع الذي يقرر باراداته الحرة الواعية قبول أو رفض التداخل الجراحي الطبي). تقتضي صدور رضا المتبرع محددًا بعمل طبي معين فلا يعتبر المتبرع أداة في يد الطبيب يستعمل جسده كما يشاء، ولا يجوز له المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع بغير رضاه، وهذا الرضاء يجب أن يكون صريحاً وصادراً عن إرادة واعية وصريحة. [12]

أما بخصوص شكل الرضاء، فالأصل أنه لا يشترط فيه شكلاً خاصاً طالما كان صريحاً أو ضمناً دالاً على رضا المتبرع على نحو لا يحمل الشك، لكن يمكننا القول انه يشترط كتابة الرضاء للدلالة على موافقة المتبرع على التبرع بأعضائه بعد وفاته وهذا ما نص عليه المشرع البحريني في مرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل و زراعة الأعضاء البشرية حيث اشترط المادة الثانية من القانون ان يكون المتبرع كامل الاهلية وان يعبر عن نيته في التبرع أو الوصية بموجب إقرار مكتوب موقع من قبله ويشهد عليه شاهدين كاملا الاهلية حال حياته .

اما المشرع العراقي فقد نص في المادة (1 / 12) منه بقوله (لكل شخص كامل الأهلية أن يوصي كتابة وفقاً للقانون باستئصال عضو أو نسيج بشري أو أكثر من جثته لزرعه في جسم شخص حي آخر وفقاً لأحكام الشريعة)، ولم يشترط القانون العراقي كما فعل البحريني وجوب شهادة الشهود على تصرف المتبرع .

كما ونصت المادة (17) من القانون الإماراتي صراحةً على أن يكون التبرع مكتوباً فجاء فيها (يشترط لاستئصال عضو أو جزء منه أو نسيج بشري من جثة متوفي لم يوص حال حياته كتابة برغبته...).

اشتراط هذه التشريعات الكتابة للتعبير عن إرادة المتبرع للتبرع بأعضائه بعد وفاته، تعرضت لانتقادات هي:

- 1- من النادر جداً أن يفكر شخص معافى في بدنه بأن يوصي بأعضائه بعد مماته خاصة أمام الإجراءات المعقدة المخصصة لذلك.
- 2- من الصعب جداً مطالبة شخص على سرير الموت بأن يوصي بأعضائه مراعاة لمشاعره.
- 3- المطالبة بتجسيد إرادة الشخص الذي يرفض التصرف في جثته بعد موته فيه نوع من المصادرة على المطلوب، لأن حرمة الموتى والحماية القانونية المقررة لها تغني عن ذلك، إذ لا يجوز لمن يرفض التبرع بجثته بعد وفاته أن يدرك ذلك كتابة [13] وهذا الانتقاد الذي يوجه لتلك القوانين المذكورة لأنها اشترطت على الشخص التعبير عن رفضه التبرع بأعضائه بعد وفاته كتابة لا يكفي بل يجب تحقق رضا المتبرع له الصريح والمكتوب وهذا ما نصت عليه المادة (14) من القانون العراقي، حيث جاء فيه (لا يجوز زرع عضو بشري أو نسيج في جسم المتلقي إلا بعد موافقة الصريحة والكتابية أو موافقة ذويه).
- 4- لا يوجد مبرر للتفرقة وعدم المساواة بين الأحياء حيث اشترط المشرع الرضا الصريح والمكتوب وبين الأموات لا يشترط الرضا بالاستقطاع حيث ان هذه التفرقة تتعارض مع حق الانسان في التكرم والاحترام الواجب حيا كان ام ميتاً.

ومن الملاحظ أن المشرع العراقي اكتفى بشرط كتابة الرضا فقط دون أن يحدد شكل هذا الرضا على الرغم من أهمية تجسيد رضا المتبرع بشكل محدد على غرار المشرعين البحرينيين والإماراتيين، لهذا يفضل دعوة المشرع العراقي للنص على وجوب إثبات رضا المتبرع بالتبرع بأعضائه البشرية بعد وفاته أو تبرع ذويه بها إذا لم يتحقق رضاه قبل الوفاة أمام لجنة طبية وبحضور قاضي المكان الذي تقع فيه المستشفى الذي سيتم به إجراء الجراحة، مع وجوب إبلاغه من قبل الطبيب بالنتائج والأخطاء الطبية المؤكدة والمحتملة لعملية الزرع وذلك استناداً إلى المادة (14) والمادة (15) من القانون العراقي، حيث نصت المادة (14) منه على (لا يجوز زرع عضو بشري أو نسيج في جسم المتلقي إلا بعد موافقة الصريحة والكتابية أو موافقة ذويه)، ونصت المادة (15) من القانون ذاته على (على الطبيب أن يبصر المتلقي بالأخطاء والنتائج الطبية المؤكدة والمحتملة لعملية الزرع).

كما وحدد المشرع البحريني شكل هذا الاخطار والابلاغ حيث نصت المادة (4) منه على ان تكون الإحاطة كتابةً ومن قبل لجنة طبية متخصصة، بعد إجراء فحص شامل للمتبرع، بينما لم يحدد القانون العراقي شكل معين لهذا الإخطار أو الإبلاغ أو التبصير ولكن يمكن القول بوجود أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من قبل الطبيب والمتلقي أو ذويه وبحضور عنصر قانوني يضيف الحماية للأطراف، واشترط رضا المتبرع له وموافقة الصريحة والمكتوبة أو موافقة ذويه إذا كان عديم الأهلية أو ناقص يشترط لصحة الرضاء وصلاحيته لإجراء عملية التبرع بالأعضاء البشرية الشروط الآتية:

الشرط الأول: الأهلية: هي الصلاحية، يقال فلان أهل لعمل معين أي هو صالح للقيام به. والأهلية نوعان: وجوب وهي صلاحية الشخص لأن يكتسب حقاً وأن يتحمل التزاماً (صلاحية الشخص للإلزام والالتزام). وتنشأ مع نشوء الشخص وتظل ملازمة له طالما بقي على قيد الحياة، فهي مرتبطة ببقاء الإنسان. وقد تكون أهلية وجوب كاملة أو ناقصة من حيث شمولها لكل الحقوق والواجبات أو قصورها على البعض منهم والأهلية الثانية هي أهلية الأداء: وهي قدرة الشخص على أن يبرم التصرفات القانونية بنفسه والتي من شأنها أن تكسبه الحق أو تحمله بالالتزامات أو هي (قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لأثاره القانونية في حق نفسه) وهذه الأهلية مرتبطة بالسن والقدرة العقلية. وتمر هذه الأهلية من حيث السن بثلاث مراحل: الأولى عديم التمييز (فاقد التمييز) وهو الشخص الذي أتم السابعة. والثانية ناقص التمييز وهي الفترة الممتدة بين سن الثامنة وحتى نهاية سن (18) سنة. والثالثة كامل التمييز وهو الشخص مكتمل الأهلية القانونية الكاملة بإتمام سن (18) سنة أي دخوله في اليوم الأول من السنة التاسعة عشر.

وتطبيقاً على ما تقدم يجب أن يكون المتبرع متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة وهذا ما نص عليه المشرع البحريني في المادة (2) منه بقولها ((.... ويشترط في المتبرع أو الموصي ان يكون كامل الاهلية قانوناً....)).

وكما نص المشرع العراقي على شرط توافر الاهلية في المتبرع حيث جرى نص المادة (12) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار على: (أولاً: لكل شخص كامل الأهلية أن يوصي كتابة وفقاً للقانون باستئصال عضو أو نسيج بشري أو أكثر من جثته...)، أما المشرع الإماراتي فنص على اشتراط أهلية المتبرع الكاملة بأعضائه أو بجزء منها بعد وفاته حيث نصت المادة (16) منه بقولها (يجوز لكل شخص توفرت فيه الأهلية الكاملة أن يبدي رغبته بالتبرع أو عديمها بأحد أعضائه أو أجزاء منها أو أنسجته لما بعد وفاته...).

وعليه يمكن القول إن التبرع تصرف قانوني ضار لهذا يشترط تمتع المتبرع بالأهلية القانونية الكاملة لصحة صدوره منه. هذا إذا تبرع الشخص على قيد الحياة، فما هو الحكم بعد وفاته؟ بعبارة أخرى هل يحق لذويه التبرع بأعضائه بعد وفاته، ومن هم ذويه؟

وللاجابة على هذا التساؤل نقول بأنه يصح للشخص التعبير عن رضاه بتبرعه بأعضائه البشرية حال حياته إذا كان متمتعاً بالأهلية وبراءة حرة غير معيبة، ويجوز لذويه بعد وفاته التبرع بها [14]، حيث اشترط القانون البحريني في مادته الخامسة الحصول على موافقة أقرب الأشخاص اليه حتى الدرجة الثانية، وفي حال تعددهم وجب موافقة غالبيتهم.

بينما لم يشر القانون العراقي لهذا الامر بشكل واضح واكتفى بإشارة خجولة ومقتضبة في مادته الاولى عند تعريفه للتبرع بشكل عام وإشترط موافقة ذوي المتوفي على عملية التبرع، مع عدم تحديدهم كما فعل المشرع البحريني والإماراتي.

حيث كان المشرع الإماراتي، وحسب رأينا، أكثر وضوحاً ودقّة من كلا القانونين العراقي والبحريني في تحديده لشروط الاستئصال والنقل من جثة المتوفي الذي لم يوصي بالتبرع حال حياته، حيث أفرد المادة 17 منه لبيان ترتيب الأقراب المخولين بالتبرع، وإشترط تمتعهم بالأهلية الكاملة ووجوب تواجدهم داخل الدولة حال وفاته.

الشرط الثاني: سلامة إرادة المتبرع من عيوب الإرادة: ويقصد به صدور التبرع عن شخص متمتع بإرادة حرة واعية لا يشوبها عيب الإكراه أو التعرير مع الغبن أو الغلط أو الاستغلال.

والملاحظ على توافر العيوب الثلاثة وهي (الإكراه، الغلط، التعرير مع الغبن) انها وطبقاً للقواعد العامة تجعل العقد موقوفاً على إجازة من له مصلحة نقض العقد أو إبطاله طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني البحريني ماعداً الاستغلال اذا يحق للمتبرع نقض العقد خلال سنة من وقت ابرام العقد وذلك استناداً للمادة 97 من القانون المدني البحريني ولم يكن موقف المشرع العراقي مغايراً لموقف المشرع البحريني فيما يتعلق بحق المتبرع في نقض العقد اذا وقع في استغلال وذلك خلال سنة من وقت ابرام العقد استناداً الى احكام المادة 125 من القانون المدني العراقي .

هذا وإلى جانب ذلك يتصور نهوض المسؤولية الجنائية للمتبرع له إذا ثبت استخدامه للغش أو التحايل أو الإكراه للحصول على العضو البشري أو نسيج بشري، وهذا ما أشارت اليه أغلب التشريعات العربية ومنها البحريني في المادة 10 منه، والعراقي في المواد 18 و19 منه، والإماراتي في المادة 22 منه.

ويثار التساؤل عن الرجوع في التبرع، بمعنى إذا أبدى المتبرع رغبته بالتبرع فهل يحق له الرجوع عنه؟

بالرجوع الى القانون البحريني، نرى بأنه وفي المادة الرابعة منه أجاز للمتبرع بالرجوع عن رغبته في التبرع حال حياة المتبرع وقبل إجراء عملية نقل العضو البشري دون أي قيد أو شرط، اما فيما يتعلق بحق الورثة في الرجوع عن التبرع، نلاحظ ان المادة الخامسة من القانون أجازت نقل الأعضاء من جثة المتوفي بشرط الحصول على موافقة اقرب الأشخاص اليه حتى الدرجة الثانية، كما ان المادة الخامسة اشترطت أيضا ان لا يكون المتوفي قد أوصى حال حياته بعدم الاستئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار خطي يشهد عليه شاهدين، وباستقراء احكام المادة الخامسة وبالاستناد الى القواعد العامة في القانون المدني فإنه ما يسري من حق للمتبرع بالرجوع عن رغبته في التبرع يسري أيضا للورثة طالما لا توجد وصية من مورثهم يبدي فيها رغبته بالتبرع .

وهكذا الحال في القانونين العراقي والإماراتي، حيث نصا على منح جواز الرجوع بالتبرع للمتبرع الموصي حال حياته ولم ينصا صراحة على حق رجوع ذويه إذا ما أرادوا التبرع بجثته بعد وفاته، وهنا يمكن القول بجواز رجوعهم على أن يقع الرجوع قبل زرع العضو البشري أو الأنسجة في جسم المتلقي. فالتبرع بالعضو البشري أو بالأنسجة من قبل المتبرع أو من قبل ذويه بعد وفاته حق يجوز لصاحبه الرجوع عنه حتى لا يكون فريسة لأي نوع من الضغوط المادية.

ويرى البعض أن جواز العدول عن التبرع بالعضو البشري لا يترتب مسؤولية قانونية إلا أنه قد يترك أضراراً نفسية وجسمانية التي قد تصيب المتبرع له، فيكون العدول وسيلة بيد ضعاف النفوس لإيذاء المرضى والمتبرع لهم. [15]

المطلب الثاني: محل التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

يقصد بالمحل: الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، ويجب أن يرتبط الرضا بمحله، وعليه فإن محل التراضي في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية هو التنازل عن العضو البشري أو الأنسجة البشرية واستقطاعها من جثة المتوفي لزرعه في جسم مريض محتاج .

فيجب أن يكون المحل مشروعاً وذلك وفقاً للقواعد العامة لمحل العقد والكلام عن مشروعية محل التبرع وجواز التصرف فيه، يؤكد البعض على ان هناك أعضاء بشرية أو أنسجة لا يجوز التصرف بها حتى لو رضى المتبرع بها أثناء حياته أو رضى بها ذويه بعد وفاته، وهنا يرى أن رضا المتبرع بنقل بعض أعضائه البشرية مشروعاً إذا كان باعته مشروعاً، ويكون رضاه غير مشروع إذا كان باعته غير مشروع ومخالف للقانون. [16]

وهنا يمكن القول أن الرضا مشروع إذا توافرت حالة الضرورة لان المهم هو وجوب تمتع المتبرع أو ذويه بإرادة حرة سليمة خالية من العيوب معبر عنها بصراحة وأن تصدر وفقاً للوضع القانوني المنصوص عليه، ويقع الرضا على محل مشروع لا يخالف القانون أو

النظام العام والآداب وعليه فإن المشروعية غير متحققة حتى وإن تحقق رضا المتبرع أو رضا ذويه إذا كان محل التصرف هو التبرع بالأعضاء التناسلية أو كان هذا التبرع يهدر الكرامة الإنسانية.

وهذا لم ينص المشرع البحريني على العضو محل نقل حيث جاءت المادة الأولى من المرسوم بقانون بالنص على ((يجوز للأطباء المتخصصين، اجراء عمليات استئصال الأعضاء من الجسم شخص حي او جثة متوفي وزرعها في جسم شخص اخر حي....)).

بتحليل النص السابق نجد ان المشرع البحريني اكتفى بالإشارة في قانونه الى مصطلح العضو دونما أي توضيح الى نوع العضو أو ماهي الأعضاء المسموح أو المحظور استئصالها ونقلها؟ حيث كان من الأجدر على المشرع البحريني ان يكون أكثر دقة وتحديدًا فيما يمكن استئصاله ونقله من شخص الى اخر فقد يكون عضواً أو جزءاً من عضو، او انسجة او نخاعاً أو عظماً.

ولم تتضمن اللائحة التنفيذية للقانون أي تحديد أو حصر للأعضاء التي يجوز نقلها، واكتفت بالنص على حظر نقل الأعضاء التي تؤدي الى إختلاط الأنساب، وتركت امر التحديد للجنة المختصة في وزارة الصحة التي عدت أنواع الأعضاء التي يمكن التبرع بها واستئصالها ونقلها الى المتبرع له، وعليه نهيب بالمشرع البحريني بالتدخل وازافة بند للمادة الأولى من القانون المشار اليه أعلاه تحضر نقل عضو او جزء منه او الانسجة اذا كان ذلك يؤدي الى اختلاط الاجناس كنقل الأعضاء التناسلية.[17]

اما المشرع العراقي فقد نص صراحةً في المادة (16) منه بقولها (لايجوز نقل الأعضاء التناسلية من جثة المتوفي وزرعها في جسم إنسان حي)، واكتفى بوجود مراعاة الكرامة الإنسانية عند التبرع بعد الموت حيث نصت المادة (13) في فقرتها الثانية بقولها (يجب مراعاة الكرامة الإنسانية عند نقل الأعضاء). ونص في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة على أنه (تعاد الجثة التي يتم التصرف فيها بمقتضى هذا القانون الى حالة موقره قبل دفنها)، فالمشرع العراقي يهتم بجثة المتوفي باعتبارها محل التبرع والحفاظ عليها من الواجبات الشرعية والأخلاقية قبل القانونية.

بينما نجد أن المشرع الإماراتي وفي مادته السابعة كان صريحاً بحظر نقل أي من الأعضاء أو الأنسجة الناقلة للصفات الوراثية، مع إفراده مادة خاصة لعملية نقل وزرع نخاع العظم لما لها من أهمية وخصوصية.[18]

كما يشترط في محل التراضي، تعيين العضو المراد نقله من المتوفي وتحديد بدقه، إذ لا يجوز التبرع بعضو أو أنسجة معينة، فيلجأ الطبيب إلى اقتطاع عضو أو نسيج غيره أو استقطاع أكثر من عضو، إذ يجب إتفاق الطرفين على العضو أو النسيج المراد التبرع به وكتابة ذلك بوضوح وبصراحة وإلا كان التبرع باطلاً ويتعرض الطبيب للمسؤولية الجنائية.

ويشترط لمشروعية محل التراضي أن يكون بدون مقابل، وهذا ما اكدت عليه التشريعات محل المقارنة، فلا يجوز تقاضي مقابل عن العضو البشري أو نسيج معين بمقابل سواء كان مادي أو معنوي وسواء كان المستفيد مادياً هو المتبرع له أو الطبيب الذي أجرى العملية أو أي شخص تلقى منفعة جراء عملية التبرع بالعضو البشري، وسبب ذلك يرجع لمنع تجارة الأعضاء البشرية والحفاظ على جسد الإنسان وكرامته ومنعها من أن تكون محلاً للبيع والشراء فتلك الأعمال محظورة قانوناً، لأن الإنسان مكرم .

ويرى البعض[19] أن جسم الإنسان له كيان مادي ولكن ليس كل ما هو مادي يكون شيئاً، والجثة جسم خرجت منه الروح، وخرج الروح يؤدي إلى القول بأنه لم يعد شخصاً لأن الإنسان عبارة عن اندماج الجسم والروح وجسم الإنسان غطاء وغلغاف للروح يندمج معها ليكونا شخصاً ولهذا لا تعتبر الجثة شيئاً كباقي الأشياء، وهذا ما اتفقت عليه القوانين التي نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ومنعت تقديم أي مقابل مادي أو معنوي كمقابل للعضو أو النسيج الذي تبرع به للمريض وإلا ثبتت المسؤولية الجنائية على أطراف عقد التبرع وهم الطبيب والوسيط أو المعلن أو من قام بالتحايل أو الإكراه على ذلك.[20]

المطلب الثالث: سبب التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت

السبب، وفقاً لمفهوم النظرية التقليدية في سبب العقد، هو السبب القصدي المباشر الذي يمثل الغاية المباشرة من إبرام العقد (الغرض المباشر)، ويقصد به أيضاً، النظرية الحديثة، السبب غير المباشر أو الباعث الدافع إلى العقد فهو الغاية البعيدة التي يسعى إليها طرفي العقد (الغرض غير المباشر).

ويشترط في السبب أن يكون موجود وإن لم يذكر صراحةً في العقد وأن يكون مشروع ولا يخالف النظام العام والآداب، وعليه فإن سبب تبرع المتوفي بأعضائه البشرية أو بنسج منها بعد وفاته هو لتحقيق أغراض إنسانية مختلفة كعلاج مريض بحاجة ماسة إلى هذا العضو أو لأغراض علمية تتمثل بإجراء التجارب والبحوث عليها من أجل الوصول إلى نتائج علاجية مهمة تفيد الناس.

وهذا هو القصد الذي حددته أغلب التشريعات المقارنة، فالمشرع البحريني وضع قيد عام بخصوص نقل وزراعة الأعضاء البشرية حيث نصت المادة 1 منه على انه "لا يجوز نقل الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص حي آخر الا بقصد العلاج وللحفاظ على حياة الشخص"، وهذا ما أكدت عليه اللائحة التنفيذية للقانون واللجنة المختصة المشكلة في وزارة الصحة البحرينية.

ولم يختلف توجه المشرع العراقي على نظيره البحريني حيث ذهبت المادة (4) بشكل عام على "يحظر استئصال الأعضاء البشرية، أو الأنسجة، أو نقلها أو زرعها إلا لغرض علاجي أو للأغراض العلمية". وكذلك نص المشرع المصري على قاعدة عامة في المادة (8) منه بقوله (يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة انسان حي أو علاجه من مرض جسيم او استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضواً أو جزءاً من عضو أو نسيج من جسد انسان حيث ورد ذلك فيما بين المصريين ...)، كما ونص القانون الإماراتي على حاجة المتبرع له للعضو المتبرع به حيث نص في المادة (8/أ) نقطة (5) بقولها (إن زراعة العضو أو جزء منه أو النسيج البشري هي الوسيلة الأفضل لعلاج المنقول إليه) .

ومن جميع ما تقدم لابد ان يكون للتبرع بالأعضاء بعد الموت سبب وهذا السبب لابد ان يكون مشروعاً ومرتبباً بالأغراض العلاجية وهذا ما أكدت عليه جميع التشريعات محل المقارنة، الا أننا نرى ان اتجاه المشرع العراقي كان مختلفاً في ايراد سبب للتبرع غير أسباب العلاجية وهي الأسباب العلمية وللغرض العلمية، وهذا يعني انه يجوز للشخص ان يتبرع بأعضائه بعد الموت لغرض علمي الذي قد يكون لغرض إجراء تجربة علمية.

ومن وجهة نظرنا، ان موقف المشرع العراقي جاء متوافقاً مع الاتجاه الدولي في حق الشخص في التصرف في أعضائه اثناء حياته او بعد مماته حيث ان الحق في الصحة، وكما جاء في العهد الدولي الثاني الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية الصادر عام 1966، يتكون من الحقوق والحريات، وأن المكون الأخير يعني ان للإنسان الحق في التحكم في صحته وجسده، ومن الواضح ان التبرع بالأعضاء يندرج ضمن مفهوم مكون الحرية في الحق في الصحة.[21]

المبحث الثالث: الشروط الموضوعية الخاصة للتبرع

نظراً للتقدم الطبي العلمي في مجال نقل وزرع الأعضاء فإن جثة المتوفي هي المصدر الأساسي لعمليات زرع الأعضاء، خاصة وان الأعضاء الحيوية في الجسم كالقلب والكبد وغيرهما لا يتم تصنيعها مثل الأطراف الصناعية لليد أو القدم، ولكن تؤخذ من جسد المتوفي حديثاً لإعادة تشغيلها في جسد المريض، مع وجوب إحاطة عملية الاستئصال بأخلاقيات الاحترام والتقدير لكرامة الميت وأن تكون هناك ضرورة ملحة ووفقاً للشروط القانونية[22]، وتهدف عملية التبرع بالعضو البشري من الميت إلى:

الأول: علاجي: جثة المتوفي لها أهمية كبرى كمصدر لقطع الغيار البشرية من أعضاء، وأنسجة وشرابين وهرمونات.

الثاني: علمي: الفحص البكتريولوجي للبحث يُمكن العلماء من الوقوف على أسباب الوفاة بالإضافة ايضاً الى الأهمية في علم الأوبئة لمعرفة التدابير الوقائية للأمراض.[23]

حتى تتم عملية التبرع بالأعضاء البشرية من المتوفي إلى الحي، يجب أن تتوفر شروط ضرورية لصحته وهي: تحقق حالة الضرورة القصوى للتبرع بحيث يكون المتبرع له مريضاً وفي تدهور مستمر وبالتبرع سيتم انقاذه، وعدم وجود مقابل مالي للتبرع بالعضو وتبصير المريض بنتائج التدخل الجراحي، وعدم نقل الأعضاء الجنسية، فضلاً عن توافر شروط لصحة التدخل الجراحي وهي تحقق حالة موت المتبرع، وسيتم توضيح هذه الشروط من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: ثبوت وفاة المتبرع

تنهض الحماية القانونية للإنسان لمجرد كونه إنسان وتستمر حتى وفاته لانتهاء الشخصية القانونية، وبانتهائها تبدأ حماية من نوع آخر هي الحماية المرتبطة بذكراه وبجثمانه بعد وفاته واهتمام القانون بموت الإنسان والنتائج المترتبة عليه والمتعلقة بانتهاء ذمته المالية وزوال قدرته على التملك والتعامل بالبيع والشراء وفقد قدرته على تحمل الالتزامات كافة وانتقال املاكه الى ورثته، ولهذا يجب تحديد لحظة الوفاة وإصدار شهادة الوفاة تعني انتهاء حياة الإنسان والاعتراف بحقوق الآخرين على تركه المتوفي، وعليه لا يجوز نزع عضو أو نسيج بشري من الميت إلا بعد صدور شهادة وفاته وفقاً للقانون.

فالموت هو نهاية الحياة وانقطاع الروح عن الجسد، وإذا كان الموت لدى شراح القانون هو انتهاء الشخصية ونقل الميراث والحقوق كافة للغير، فإن الموت لدى الأطباء وخاصة المختصين في نزع الأعضاء البشرية والأنسجة هو تحديد الوقت الحقيقي لخروج الروح وانتهاء الحياة دون تعطل أجهزة الجسم حتى يمكن الانتفاع بها. [24]

ظهرت آراء فقهية حول تحديد الوقت الحقيقي للموت والمراحل التي تمر بها الوفاة، فيرى البعض [25] أن الموت يمر بالمراحل الآتية: الاحتضار-الإشراف على الموت-مرحلة الموت العقلي. وتحديد لحظة الوفاة مهمة لما يترتب عليها من آثار اجتماعية وقانونية وشرعية، كتحديد الورثة المستحقين للميراث وتحديد فترة العدة للأرامل وتحديد الأشخاص المستحقين للتقاعد .

أما مجمع البحوث الإسلامية ودار الافتاء المصرية، فقد عرف الموت بتاريخ 1997/5/4 بأنه: المفارقة التامة والأكيدة للحياة بتوقف جميع أجهزة الجسم عن العمل. وفي عام (2009) افتى مجمع البحوث الإسلامية بثبوت الموت عند تحقق إحدى العلامتين: الأولى توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأنه هذا التوقف لا رجعة فيه والثانية: تعطل وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه وبدأ دماغه بالتحلل [26]، ولكن السؤال الذي يثار: ما هي طبيعة الموت؟ هل هو مسألة طبية أم قانونية وبحاجة إلى قانون يعرف الموت وينظمه؟ وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي تناول الاتجاهات الثلاثة التي قيلت بهذا الصدد وكالاتي :

الاتجاه الأول: أن الموت مسألة قانونية ويجب تحديد اللحظة الفاصلة بين الحياة والموت ويجب أن يصدر قانون ينظم مفهوم الموت، لأن القاعدة القانونية تعبر عن ضمير الجماعة، كما وأن الشخصية القانونية للفرد هي منحة من المشرع وهي مصدر الحقوق للصيقة بالشخصية، فالوفاة ليست ظاهرة طبيعية يمكن ادراكها بالحواس، بل تعدت ذلك مع الاكتشافات الطبية الحديثة وزرع الأعضاء البشرية لهذا أوجب التأكد من صحة وفاة المتبرع وضرورة وضع تعريف قانوني للموت وعدم ترك ذلك للطبيب الذي قد تكون له مصلحة في نقل عضو إلى شخص مريض أو لتحقيق انتصار علمي فيعلن الوفاة دون التأكد اليقيني منها.

الاتجاه الثاني: إن الموت مسألة طبية، وضمير الأطباء هو المسؤول الأول عن إعلان وفاة الشخص، فالوفاة مسألة بيولوجية يفرد بتقديرها الطبيب من واقع عمله ودرايته بالأمر الطبي، وأيضاً تغير العلوم الطبية وتقدمها أثبت أن الوفاة لا تكون نتيجة لتوقف القلب، فقد يتوقف ويعود ثانية للعمل بالأجهزة الطبية المنشطة له، وقد تكون الوفاة بسبب توقف المخ، ولهذا قد يثبت التقدم العلمي سبب آخر وجديد للوفاة الأمر الذي يتعارض مع التعريف القانوني الذي يتمتع بالاستقرار النسبي، وأي تعريف قانوني للموت سيكون محلاً للتعديلات القانونية حتى يتفق مع التقدم الطبي، وعليه يفضل أن يترك القاضي الجانب الطبي لأصحاب الخبرة، إذ لديهم معايير يسترشدون بها للتأكد من الوفاة وحتى يتحقق ذلك يجب أن يتمتع الطبيب بحرية للتأكد من الوفاة .

الاتجاه الثالث: الاتجاه التوفيقي: يرى أن الاتجاهين أعلاه على قدر من الصواب، فالوفاة واقعة بيولوجية تدخل في اختصاص الطبيب، وهي واقعة قانونية يترتب عليها آثار قانونية من الناحيتين الجنائية والمدنية التي يستأثر القانون بتنظيمها لحماية الشخص من صيرورة الوفاة مصدر بيد شخص آخر، فيجب حمايته بقاعدة قانونية ثابتة، والموت حسب هذا الرأي هو التوقف التام والنهائي لوظائف المخ جمعياً. [27]

وهو الرأي الراجح، والذي نؤيده، لأنه جمع بين الوظيفة القانونية التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان وحقه في سلامة جسده والوظيفة الطبية التي تهدف إلى شفاء الشخص والحفاظ على صحته.

عليه يجب أن يتحقق الموت للبدء بنقل الأعضاء البشرية من الميت، والملاحظ أنه في ظل التطورات التقنية الحديثة وظهور طرق طبية لإبقاء جسد الإنسان يعمل لفترة طويلة وهو في حالة غيبوبة يمكن من خلالها قطع جزء من جسده قبل تلفها، فإبقاء الشخص على قيد الحياة يتم من خلال أجهزة الإنعاش الصناعي وإن كانت حياة ظاهرية لأنه سيموت حتماً بموت جذع المخ، ولكن أجهزته تبقى تعمل تمهيداً لنزعها وزرعها في جسد مريض لإنقاذ من موت محقق، فما هي لحظة تحقق الموت؟ هذا التحديد يترك للطبيب المختص، فهو من يقرر تاريخ وسبب الوفاة ويحدد له الوسائل الطبية التي يعتمدها لتحديد الوفاة نتيجة التقدم العلمي والطبي الذي يؤدي إلى ظهور أجهزة حديثة تكشف عن الوفاة.

وتحديد هذه اللحظة له أهمية قانونية وطبية، فمن الناحية القانونية يتم تحديد نقل التركة للورثة وبدأ العدة، أما من الناحية الطبية فتحديدها مهم إذ يتوقف عليها مسألة البدء بتبرع عضو بشري أو أنسجة تمهيداً لزرعها في جسد مريض بحاجة ماسة إليه، وهو عنصر أساسي لنجاح عملية التبرع بالأعضاء البشرية بسرعة واستئصال العضو من المتوفى قبل تلفها.

وقد اختلف الفقه في تحديد لحظة الوفاة ولم يعتمد على مجرد التوقف الكامل للدورة الدموية والتنفسية كضربات القلب والتنفس فهذا تعبير عن الموت الظاهري وليس الحقيقي، حيث ثبت أنه من خلال وسائل الإنعاش والصدمات الكهربائية وغيرها من الوسائل عودة القلب للنض، وموت المخ يعبر عن الموت على الرغم من بقاء القلب والجهاز التنفسي يعملان وهذه حالة الغيبوبة الكاملة. [28]

وقد تباينت التشريعات العربية المختصة في مسألة تحديد لحظة الموت، فبالرجوع الى التشريع البحريني نجد انه وفي المادة (5) من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية نصت على ((..... وفي جميع الأحوال يجب ان تصدر الموافقة بإقرار كتابي، وذلك بالشروط التالية: 1. التحقق من الوفاة بصورة قطعية، وبواسطة لجنة طبية تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين، من بينهم طبيب في الامراض العصبية، على ان لا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية....)).

وبتحليل النص أعلاه نجد ان المشرع البحريني لم يضع تعريف للموت وإنما أكتفى بإشترط تحقق الموت بصورة قاطعة، وهنا يطرح التساؤل كيف يتم التحقق من الوفاة بصورة قاطعة؟ الإجابة على هذا التساؤل يكون من خلال لجنة مشكلة من ثلاث أطباء من بينهم طبيب متخصص بالأمراض العصبية، الا انه يبقى التساؤل عن المقصود بالموت وهل هو الموت الشرعي المعروف لدى الكافة دون حاجة الى لجنة طبية ام هو الموت لجذع المخ والذي هو محل خلاف فقهي، كما هو موضح أعلاه.

من وجهة نظرنا ان المشرع البحريني كان يقصد في المادة (5) " موت جذع المخ" لان هذا الموت هو الذي يحتاج الى تشخيص دقيق فلا يمكن ان يشخصه طبيب واحد ولهذا نجد ان المشرع اشترط ان يتم تشخيص الموت من خلال لجنة تشكل من ثلاث أطباء ومن بينهم طبيب متخصص بالأمراض العصبية. [29]

اما المشرع العراقي، فقد عرف الموت في المادة 8/1 بقوله " المفارقة التامة للحياة بصورة يقينية وفقاً للمعايير الطبية"، ومن الملاحظ أن المشرع العراقي قد تناول مسألة الموت وكيفية تحديد لحظة الوفاة وإثباته في اكثر من نص، حيث أشار في المادة 3/ أكثر على اختصاص اللجنة المختصة المنبثقة من اللجنة العليا في إثبات حالة موت الدماغ، ثم عاد ونص في الفصل السادس الخاص بالاحكام الختامية وفي المادة 5/24 منه على الموت بقوله (تحدد بتعليمات يصدرها وزير الصحة حالات موت الدماغ)، وكان من الأفضل تخصيص مادة في القانون نتناول الموضوع بشكل مستقل دون الحاجة الى تناولها في اكثر من مادة.

أما الوفاة في القانون الاماراتي فقد عرفتها المادة (1) منه بنصها: " المفارقة التامة للحياة بصورة يقينية وموثوقة، وذلك إما بتوقف القلب والنفس توقفاً تاماً ونهائياً، أو توقف جميع وظائف المخ توقفاً تاماً ونهائياً، وفقاً للمعايير الطبية الدقيقة التي يصدر بها قرار عن الوزير، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه"، ومن وجهة نظرنا نرى أنه تعريف شامل ووافي ويمتاز بالوضوح مقارنة مع التعريف في التشريع العراقي .

وحددت المادة 15 منه شروط النقل بعد الوفاة وهي أن يتم نقل العضو بعد الوفاة مباشرة، وأن يتم إثبات الوفاة بواسطة لجنة مختصة على ألا يكون من بينهم وقت اعداد التقرير الطبيب الموكل إليه تنفيذ عملية نقل الأعضاء والأنسجة أو مالك المنشأة الصحية التي ستجري فيها العملية أو أحد الشركاء فيها.

ومما تقدم يتبين لنا أن هناك معايير فقهية مختلفة لتحديد لحظة الوفاة، فالمعيار التقليدي يعتبر الوفاة حادث فجائي يؤثر على أجهزة الجسم كافة في الوقت ذاته، فتحدث الوفاة نتيجة توقف القلب والرئتان معاً أي تتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي تبعاً لهما تتوقف العمليات الحيوية وهذا المعيار منتقد لأنه يحدد الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي وسبب ذلك هو التطور العلمي والطبي الهائل وخاصة في وسائل الإنعاش الصناعي من شأنه أن يجعل هذا المعيار عاجزاً عن التحديد الصحيح للحظة الوفاة طالما توافرت الأساليب الطبية الحديثة التي يمكنها أن تعيد الحياة في العضو مرة أخرى فضلاً عن ذلك ان هذا المعيار قد يعرض العضو للتلف.

بينما يحدد المعيار الحديث الموت الحقيقي بموت خلايا المخ، فموتها يعني استحالة عودتها للحياة، فتتوقف المراكز العصبية التي تتحكم في وظائف الجسم وهذا هو الحد الفاصل بين الحياة والموت والمساءة بالغيبوبة النهائية فلا يرجع الشخص إلى وعيه أو حياته الطبيعية بسبب تلف المخ غير القابل للإصلاح، وهذا المعيار يعتمد على الاساليب والمعايير الحديثة التي أدت إلى اكتشاف الحد الفاصل بين الموت والحياة فموت خلايا المخ يعني الموت الحقيقي للإنسان، فيتم استخدام جهاز رسم المخ الذي يتمكّن من تسجيل ارسال واستقبال أي ذبذبات كهربائية، فيتم عن طريقه إثبات حالة المخ وادائه الوظيفية، وانتقد البعض هذا المعيار على أساس أنه يعطي النشاط القريب للمراكز العصبية ولا يعطي نشاط المراكز العصبية العميقة، واقترح هذا الرأي اعتماد معيار موت جذع المخ وانتقد آخرون هذا الرأي لأنه لا يصلح لزراعة بعض الأعضاء مثل القلب والكبد فهذه العمليات تتطلب سرعة استئصالها للمحافظة على قيمتها الحيوية لأنه بموت خلاياها تصبح غير صالحة للزراعة. [30]

وهناك المعيار المختلط الذي يذهب باتجاه أن الأصل هو الحياة والحياة يقين لا يزول بالشك أو يتغير بالظن بل يرتفع باليقين والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره شرعاً، ولهذا يفضل المعيار الذي يحدد لحظة الوفاة بظهور علامات ظاهرة تتميز بسهولة اثباتها. [31]

المطلب الثاني: تحقق حالة ضرورة التبرع

يشترط لجواز نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي أن تكون هناك ضرورة علاجية أو حاجة تنزل منزل الضرورة تقتضي نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، فيجب أن تتحقق للمريض ضرورة التدخل الجراحي لإنقاذ حياته، كما وأن حرية المريض في قبول أو رفض العلاج شرط ضروري لإتمام العمل الطبي.

فمن باب أولى عند زرع عضو بشري في جسم المريض الحصول على رضاه أو رضا ممثله القانوني لضمان التأكد من استعداده لما يترتب على الجراحة من مخاطر حالية أو مخاطر مستقبلية قد تحدث بعد الجراحة، وللتعرف على رضا المتبرع له لإجراء الزرع الضروري من أجل إنقاذ حياته يجب توضيح ذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً: مفهوم رضا المتبرع له (المريض):

يقصد بالرضا التعبير البات على موافقة الطرف الثاني في العقد، وقبول المتبرع له هو رضاه بالتدخل الجراحي لزرع العضو البشري في جسده، حيث أنه ومن المفترض وقبل إجراء أي عمل طبي الحصول على الموافقة المسبقة له ويتم ذلك بالتعبير عن موافقة المريض الرضائية، أي لا يحتاج إلى شكل معين بل يكفي رضى المريض وعلمه بأخطار العمل الطبي يجعله مشروعاً، ويجب أيضاً أن يكون واعياً وواضحاً وحرراً، لأن معصومية الجسد تقتض أن يكون رضا المريض محدوداً بعمل معين، فلا يكون العمل الطبي والتدخل الجراحي للطبيب مشروعاً ما لم يرضى المريض بذلك، لأنه سيمنح للطبيب السند القانوني في إجراء العملية.

ويصدر رضا المريض شخصياً، فيعبر عن موافقته على العملية الجراحية بنفسه، أو يصدر رضاه من قبل نائبه القانوني إذا كان دون الرشد أو بسبب حالته العقلية، وقد يصدر الرضا من قبل ذوي المريض إذا كان في حالة غيبوبة دائمة يصعب بوجودها الحصول على رضاه الشخصي. [32]

حيث نص المشرع البحريني على ان يكون هناك ضرورة حتى تجرى عملية استئصال الأعضاء من جسم شخص حي او متوفي وزرعها في جسم شخص حي اخر وهذه الضرورة التي عبر عنها المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون رقم 16 لسنة 1998 بعبارة ((... بقصد العلاج للمحافظة على حياته...)) واتجه قصد المشرع بانه لا يجوز ان تتم عملية الاستئصال والزراعة للعضو الا إذا كان هناك مريض حي بحاجة ماسة للعضو للمحافظة على حياته. ونرى هنا ان المشرع البحريني كان موقفاً في اختيار عبارة المحافظة على حياته بمعنى ان الضرورة تتمثل بالمحافظة على حياة المتبرع له.

اما المشرع العراقي فقد عرفه بالمتبرع له في المادة (1) فقرة ثانياً بقوله (المتبرع له: الشخص الذي أصبح في حاجة ماسة إلى زرع عضو بشري أو نسيج في جسمه)، بينما غفل المشرع الإماراتي عن الإشارة إلى الحاجة للتبرع والأهداف المتوخاة من التبرع ولم يورد أي توضيح للمتبرع له، وهذا، ومن وجهة نظرنا، نقص تشريعي في القانون الإماراتي يستوجب التصدي والتعديل.

ووفقاً للقواعد العامة في العقد يُعبر الشخص عن رضاه بنفسه إذا كان متمتع بالأهلية القانونية الكاملة وقد يعبر عنه نائبه الاتفاقي أو القانوني، أما في التبرع بالأعضاء البشرية يلاحظ أن المتبرع له يعبر عن رضاه شخصياً أو من قبل نائبه القانوني فقط ولا يحق لنائبه الاتفاقي التعبير عن رضى الأصل.

وقد تباينت القوانين التي نظمت التبرع بالأعضاء البشرية في موقفها من تحديد المقصود بالنائب القانوني، ومنها المشرع البحريني والإماراتي فلم يشيرا إلى رضا المتبرع له واكتفوا بالنص على أن يكون زرع العضو في جسم المتبرع له هي الوسيلة الأفضل لعلاج [33]، بينما ذهب المشرع الإماراتي في المادة 18 منه إلى ابعاد من ذلك فقد ألزم بالتكتم على هوية المتبرعين فيما بينهم، فلا يحق إعلام المتبرع له بهوية المتبرع وبالعكس وكذلك لا يجوز إعلام أفراد عائلته وأقاربه.

بينما نجد ان المشرع العراقي اشترط موافقة المتلقي أو ذوي المتلقي او نائبه القانوني على نقل العضو البشري اليه، إلا ان المشرع العراقي في المادة (14) منه لم يحدد المقصود ب(ذويه). [34]

ثانياً: صيغة رضا المتبرع له:

يقصد بها شكل رضاه وموافقته على التبرع، فالأصل ووفقاً للقواعد العامة لا يشترط شكل معين أو صيغة يتم من خلال التعبير عن الرضا، أي يحق للمستفيد أن يعبر عن رضاه صراحة أو ضمناً لا يحتمل الشك على خلاف ذلك وغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة.

لكن الملاحظ أن قبول المتبرع له وموافقته على زرع العضو البشري لديه يجب أن يكون صريحاً ومكتوباً وفي بعض الأحيان يكون أمام جهة طبية أو قانونية أو قضائية، وهذا ما اشترطه القانون العراقي حيث أوجبت المادة 14 من القانون العراقي الحصول على الموافقة الصريحة والكتابية له أو موافقة ذويه.

بينما نلاحظ أن القانونين البحريني والإماراتي لم ينصا على شكل رضا المتبرع له، ومن وجهة نظرنا نرى أن كلا المشرعين قد قررا عدم الإشارة لموافقة المتبرع له وترك ذلك للقواعد العامة التي تجيز له ابداء رغبته بأي طريقة من طرق التعبير عن الإرادة للدلالة على الموافقة الصريحة أو الضمنية غير المشكوك فيها .

ثالثاً: شروط صحة المتبرع له:

يشترط لصحة القبول أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية إذا كان التصرف القانوني بالنسبة له ضاراً، ونكفي أهلية التمييز إذا كان دائراً بين النفع والضرر بعد موافقة وليه أو وصيه ولا يصح منه إذا كان نافعاً بل يجب موافقة وليه أو وصيه إذا كان عديم التمييز، ووفقاً لقانون التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت، فإنه يعد بالنسبة له تصرفاً نافعاً فصح من البالغ سن الرشد وناقص التمييز، ولا يقبل من عديم التمييز، إذ يجب موافقة وليه أو وصيه على عملية زرع العضو البشري لأنه عديم الأهلية أي عديم الإرادة المعتبرة قانوناً.

ويلاحظ أن كلا من المشرعين البحريني والعراقي في قانون زراعة الأعضاء البشرية لم ينصا على الأهلية الخاصة بالمتبرع له، الأمر الذي يدل على أنه ترك ذلك للقواعد العامة في العقد والتي تفرق الأهلية من حيث السن ومن حيث نوع التصرف القانوني المراد ابرامه، فالمتبرع له الذي أتم سن (18) يحق له إبداء رضاه على إجراء هذه العملية لأنه متمتع بالأهلية القانونية الكاملة فتصح منه التصرفات القانونية الكاملة، أما إذا كان ناقص الأهلية أي دون سن (18) سنة فتقبل منه التصرفات النافعة وتتعدت تصرفاته الموقوفة على موافقة وليه أو وصيه ولتصح منه تصرفاته الضارة، فإذا كان المتبرع له دون سن الرشد يعد من قبل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لهذا تصح بموافقة وليه أو وصيه وهو ما عبر عنه المشرع العراقي دون البحريني بعبارة (ذويه)، أما إذا كان المتبرع له عديم التمييز فلا بد من موافقة ذويه على إجراء التدخل الجراحي بحقه إذ ليست لديه عبارة يعتد بها القانون.

ومثلما هو الحال في القانون البحريني والعراقي لم ينص القانون الإماراتي على أهلية المتبرع له، ويستفاد من ذلك أنه ترك تنظيم هذه المسألة للقواعد العامة في القانون المدني والتي تشترط أن تكون الإرادة سليمة وغير معيبة بعيوب الإرادة، وتكمن أهمية اشتراط هذه المسألة في صلب قانون نقل وزراعة الأعضاء هو منع استغلال المتبرع أو إكراهه على قبول التبرع، ويمكن القول أن المريض قد لا تستدعي حالته الزرع إلا في حالة التلف الكامل للعضو، فإذا كان العضو يعمل ولو بنسبة بسيطة لا يحتاج للتبرع [35]، ولهذا نهيب بجميع التشريعات محل البحث بالنص في صلب قانون نقل وزراعة الأعضاء على ضرورة أن يتمتع المتبرع له بالأهلية القانونية الكاملة والتي تجيز له التصرف القانوني الصحيح.

المطلب الثالث: تبصير المتبرع له

يقصد به الإفصاح عن المعلومات للحصول على رضاه متبصر ومستنير من المستفيد وهو التزام سابق على العمل الطبي فهو الوسيلة للحفاظ على الثقة بين اطراف العلاقة، فضلاً عن توفيره الحماية للطرف الضعيف، ويعد هذا الالتزام جزءاً مكملاً للالتزام بالعقد الطبي الخاص بتوفير الرعاية الطبية للمريض، فرضا المريض يعني موافقته على العمل الطبي وعلى الطبيب الإفصاح عن المرض وعلاجه للحصول على موافقة المريض بالتدخل الجراحي، أما التبصير فهو إحاطة المريض بالمعلومات كافة التي يقف عليها الطبيب بخصوص حالة المريض والمخاطر التي يتعرض لها نتيجة مرضه والمخاطر المستقبلية المتوقعة نتيجة عملية الزرع أو عدم الزرع ودرجة حدوثها.

ويرى البعض [36] إن التبصير يجب أن يتم ضمن الحدود المعقولة، فالطبيب ليس ملزم بأن يشرح للمريض تفصيلات المرض كافة ولكن يوضح له حدود العملية وتوعيته بها، أما احتمالات النجاح والفشل فذلك بمشيئة الله، وعلى الطبيب أن يوعي المريض بحالته ومدى خطورتها ما لم تكن من العمليات النادرة فيلتزم الطبيب بشرح العملية ومدى نجاحها وفشلها، وعلى المريض أن يختار إذا كان يمكنه الحياة بدون إجرائها أو يتحمل الحياة ببعض الآلام دون إجرائها فالمريض الذي يعاني من الآلام شديدة بسبب حالته قد يفضل الاستمرار في العلاج وتحمل الآلام خاصة إذا كانت الجراحة قد تؤدي بحياته، فيلتزم الطبيب بتوضيح خطورة حالته، وأن الوسيلة الوحيدة لإنقاذه واستمرار حياته هو إجراء الجراحة ويوضح له المخاطر المحتملة وطريقة علاجه وحياته بعد الجراحة. [37]

أما إذا ما نظرنا لموقف القوانين المقارنة من تبصير المتبرع له، نجد أن موقف المشرع البحريني مختلف عن موقف التشريعات محل المقارنة حيث اكتفى المشرع البحريني فيما يتعلق بالتبصير بجميع النتائج الصحية المؤكدة والمحتملة إلى المتبرع فقط وليس إلا المتبرع له – المتلقي – حيث جرى نص المادة (4) على ((تجب إحاطة المتبرع بجميع النتائج المؤكدة والمحتملة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به، ويتم الإحاطة كتابية من قبل لجنة طبية متخصصة بعد إجراء فحص شامل للمتبرع (...)) ومن استقراء حكم المادة السابقة فإن التبصير وفق القانون البحريني يقتصر على المتبرع دون المتبرع له، وهنا نهيب بالمشرع البحريني بضرورة التدخل وتعديل المادة السابقة بإضافة شرط التبصير للمتبرع والمتبرع له على حد سواء لاتحاد الغرض.

اما المشرع العراقي فقد نص صراحة وفي المادة (15) منه على التزام الطبيب بتبصير المتلقي بالأخطار والنتائج الطبية المؤكدة والمحتملة لعملية الزرع.

بينما لم ينص المشرع الإماراتي على الالتزام بالتبصير اذ قرر في المادة (18) منه على عدم إبلاغ المنقول إليه (المريض) بهوية المتبرع المتوفي أو أي من أفراد عائلته أو اقاربه، وبالعكس منع إبلاغ ذوي المتبرع (المتوفي) بهوية المنقول إليه (المريض) أي من أفراد عائلته وذلك حفاظاً من المشرع على الحالة النفسية والشعور بالرضا والطمأنينة التي يجب أن يتمتع بها المريض خاصة بعد نجاح العملية لضمان استمرار هذا النجاح.

المطلب الرابع: انعدام المقابل المالي للمتبرع

تختص فكرة التبرع بالأعضاء البشرية بإنعدام المقابل المالي عنها، فالمتبرع يقدم اعضائه البشرية أو أنسجته لغيره استجابة منه لدواعي إنسانية واجتماعية وفي الغالب دوافع دينية تجعله يتبرع لغيره وبدون مقابل مهما كان نوعه، إذ لا يجوز الإتجار بالأعضاء البشرية، تلك الفكرة الحديثة الظهور. [38]

حيث أن جسم الإنسان له مكانة متميزة في القانون لأنه شخص مكرم، في حين يرى آخر أن جسم الإنسان ليس شيئاً أو محلاً للإتجار به وعلى الرغم من ذلك هناك أجزاء من الجسم يمكن التبرع بها لقابليتها على الانتقال من شخص الى آخر، فعند انفصالها عن الجسد تصبح شيئاً وتفقد علاقتها بهذا الجسم الذي كانت مندمجة فيه، ومع ذلك لا يمكن أن نعتبرها أشياء قابلة للتصرف بها على خلاف الأشياء التي يمكن الحاقها بالجسم مثل الأجزاء الصناعية كالأسنان والأطراف الصناعية التي يمكن التصرف بها عند انفصالها عن الجسم لأنها تعود الى طبيعتها وهي بضائع أو سلع. [39]

على هذا الأساس نصت العديد من التشريعات المقارنة ومنها القانون البحريني والقانون العراقي، والتي نظمت التبرع بالأعضاء البشرية وزراعتها، على أن يكون التعامل بأعضاء الجسم البشري تبرعاً أو عن طريق الوصية، رافضة فكرة وجود مقابل لهذا التعامل، فيكون التعامل به بالهبة أو التبرع أو الوصية ولا يجوز بيعها، فبالرجوع الى التشريع البحريني نجد ان المادة (7) نصت على ((يحظر بيع وشراء أعضاء الجسم بأية وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها. ويحضر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك))

كما نصت المادة (2) من القانون العراقي على (يهدف هذا القانون الى تنظيم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لتحقيق مصلحة علاجية راجحة للمرضى والحصول على الأعضاء البشرية عن طريق التبرع ومنع الإتجار بها)،

إذا منعت التشريعات أعلاه التعامل المالي بأعضاء الجسم البشري، ما عدا الهبة بدون مقابل أو بالوصية لأن حق الملكية للشخص على جسده لا يمنحه الحق في التصرف الوارد في القانون المدني، والإنسان يحيا بجسده وليس ببيعه بأعضائه .

وحظر التعامل المالي بجسم الإنسان لا يقاس على بيع لبن الأم فهذا ليس بيع وانما استئجار خدمات الأم لتربية جنين، ولا مانع من منح الشخص بعض المزايا والحوافز الاجتماعية كميديالية وشهادة تقدير للمتبرع فتلك الأشياء تجذب المتبرعين، بالمقابل يمنع بيع الأعضاء البشرية بمقابل لسد الباب امام من يرغب ببيع اعضائه او انسجته البشرية لرفع حالته الاقتصادية والاجتماعية متذرع بالحاجة التي دفعته للبحث عن المال.

وهذا ما أشار اليه التقرير الصادر عن وحدة البحوث في البرلمان الأوربي بتاريخ 2020/04/20، حيث أشار التقرير المذكور لجوانب متنوعة في التبرع، ومنع بيع الأعضاء البشرية واعتبرها عملاً أخلاقياً ومن اساسيات حقوق الإنسان، وحث التقرير الدول الأعضاء على تضمين تشريعاتها مسألة التبرع واعتبارها عمل انساني بحت. [40]

ويجدر القول أن التعامل المالي بالأعضاء البشرية يتطلب اهتمام وتنظيم أكثر من خلال توفير الضمانات الطبية والقانونية والدينية، ووجوب وضع الحوافز لزيادة المتبرعين بغض النظر عن نوع هذه الحوافز بسبب نقص الأعضاء البشرية مقابل زيادة عدد الأشخاص المحتاجين لهذه الأعضاء، مثلاً منح المتبرع بعض المزايا، الاجتماعية لتكريمه وتقديره لعمله الإنساني.

المطلب الخامس: عدم نقل الأعضاء الجنسية

يقصد بها الأعضاء المسؤولة عن الإنجاب عند الرجل والمرأة وتحمل الصفات الوراثية لكل منهما، وينقل الأعضاء الجنسية وجواز التبرع بها يؤدي الى خلط الأنساب، وجواز نقلها مقرون بعدم خلط الأنساب وسبب منع نقلها هو دورها في نقل الخصائص الوراثية للإنسان فضلاً عن الضرر بصحة المتبرع له ومخالفة لتعاليم الأديان السماوية والقيم الأخلاقية والأداب العامة .

إذ يترتب على نقلها العديد من المشاكل الاجتماعية والأمنية التي تهدد الأمن والسلام الاجتماعي على المدى القريب والبعيد، وعلى هذا الأساس حظر القانون العراقي التبرع بالعضو الجنسي حيث نصت المادة (16) منه على انه (لا يجوز نقل الاعضاء التناسلية من جثة المتوفي وزرعها في جسم انسان حي).

وعلى ذلك نصت المادة (7) من القانون الإماراتي على عدم جواز نقل الاعضاء والأنسجة الناقلة للصفات الوراثية فجاء فيها (مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في اي قانون يحظر القيام بنقل الأعضاء او اجزائها او الأنسجة البشرية الناقلة لصفات وراثية)، فهذا الحظر يوفر ضمانات عدم اختلاط الأنساب والحفاظ على كرامة واخلاق الإنسان ودينه.

اما المشرع البحريني فلم يتطرق الى هذه المسألة فلا يوجد نص صريح يمنع نقل الأعضاء التناسلية، إذ ان المشرع البحريني قد اغفل تعريف او بيان مفهوم العضو الذي يمكن استئصاله وزرعه من جسم المتبرع الى المتبرع اليه، بينما كانت الإشارة من خلال اللائحة التنفيذية للقانون والتي اشارت الى منع نقل وزرع الأعضاء التي تؤدي الى اختلاط النسب، ومن هنا نهيب بالمشرع البحريني بالتدخل وتعديل القانون وتضمينه ما يشير صراحة الى الحظر والمنع على نقل عضو او جزء منه او نسيج يؤدي الى اختلاط الاجناس (كنقل الأعضاء التناسلية) من جسم انسان حي او جثة متوفي.

الخاتمة

تضم النتائج والتوصيات:

اولاً: نتائج البحث:

- 1- للتبرع بالأعضاء البشرية من الأموات أهمية علاجية إذ تساهم في انقاذ حياة انسان، بالإضافة الى الأهمية العلمية، إذ تخدم البحث العلمي للوقوف على أهم الاكتشافات الطبية الحديثة وبالتالي تساهم في اكتشاف الأمراض التي يعاني منها الإنسان .
- 2- نقل الأعضاء البشرية من الأموات تصرف قانوني قوامه إرادة المتبرع ورغبته في التبرع بأعضائه او انسجته البشرية لمساعدة غيره، فيجب أن يتمتع تبرعه بإرادة حرة سليمة غير معيب' وان يكون مؤهل قانوناً لهذا التبرع، اما إذا كان المتبرع دون سن الرشد أو من في حكمه فيجب تحقق رضا نائبه القانوني أو القضائي لصحة تبرعه.
- 3- يشترط لصحة التبرع توافر شروط خاصة نظراً لخصوصية هذا التصرف وأهم هذه الشروط هو موت المتبرع وتحقق ضرورة التبرع لدى المتبرع له.
- 4- الفكرة الرئيسية للتبرع بالأعضاء البشرية هو مساعدة الغير لهذا يشترط لصحته انتفاء المقابل المالي، فلا يجوز للمتبرع تقاضي أي مقابل او فائدة نظير تبرعه.
- 5- يحق للمتبرع التبرع بأعضائه وأنسجته البشرية ماعدا الأعضاء الجنسية وذلك لمنع اختلاط الأنساب والمحافظة على بنية المجتمع الإسلامي.

ثانياً: التوصيات: عبارة عن مقترحات تم التوصل اليها من خلال البحث وهي:

- 1- توجيه مشرعي الدول للاهتمام بالتبرع بالأعضاء البشرية من خلال حث الأفراد عليها لأهميتها في إنقاذ المرضى أو للمساعدة في الكشف عن الأمراض الخطيرة التي يصعب كشفها إلا بطريقة التبرع بالأعضاء أو الأنسجة البشرية.
- 2- التأكيد على أهمية اجراء العمليات الخاصة بالتبرع بالأعضاء البشرية في المستشفيات الحكومية ومنع المستشفيات الأهلية من اجرائها لمنع استغلال طرفي التبرع.
- 3- تشجيع الأفراد على التبرع من خلال تقديم الحوافز والمنح المالية للمتبرع أو تقديم تسهيلات اخرى لهم.
- 4- شمول المتبرع له بالتأمين الصحي إذا تدهورت صحته بعد غرس العضو أو النسيج في جسده.
- 5- يجب تشديد العقوبات على المتعاملين بالأعضاء والأنسجة البشرية لأغراض التجارة والربح لتصل الى السجن والغرامة معاً، للحفاظ على كرامة الإنسان وجسده من ان يكون سلعة للبيع والشراء.
- 6- ضرورة تدخل المشرع البحريني وتعديل قانون رقم 16 لسنة 1998 وذلك بتعريف العضو البشري الذي يمكن استئصاله وزرعه في جسم انسان حي او من جثة متوفي.
- 7- كما نهيب بالمشرع البحريني بإيراد نص صريح على ضرورة موافقة المتبرع له او ذويه او نائبة القانوني على اجراء عملية الاستئصال والزرع .
- 8- كما نوصي بوضع تشريع عربي موحد ينظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وكذلك تخصيص مستشفيات خاصة وتزويدها بأحدث الأجهزة والمعدات الحديثة وكذلك وتخصيص وبرامج لتدريب الكوادر الطبية على اجراء هذه العمليات الزرع.

المصادر:

- [1] سورة القصص الآية رقم 37.
- [2] ابن منظور، لسان العرب، ج1، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص14.
- [3] المعجم الوسيط، مؤسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص423.
- [4] أسامة السيد سميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديد، جامعة الازهر 2006، ص47.
- [5] الموقع الرسمي لوزارة الصحة البحرينية، اللجنة المركزية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للوزارة على الرابط: <https://www.moh.gov.bh/Ttho/AboutOrganDonate>.
- [6] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص41، خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2012، ص28.
- [7] المادة (2) من القانون رقم 11 لسنة 2016 العراقي، والمادة (3) من القانون الإماراتي رقم 5 لسنة 2016.
- [8] فتوى الشيخ صالح المنجد منشورة على الموقع الإلكتروني: [Islam Question & Answer \(islamqa.info\)](http://IslamQuestion&Answer(islamqa.info))
- [9] أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1986، ص105.
- [10] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص28.
- [11] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص38.
- [12] أكرم عبد الوهاب عدي، التنظيم القانوني للتبرع بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2019، ص28.
- [13] رواب جمال، نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، بدون ناشر، ص16.
- D. P. T. Price, Legal framework governing deceased organ donation in the UK, British Journal of Anesthesia 108, (2012), (S1): P68–P72.
- [14] يمكننا القول إنه إذا كان المتوفي دون سن الرشد ومن في حكمه، حينئذٍ يمكن لذويه من الدرجة الأولى التبرع بأعضائه البشرية الى شخص حي غيره بحاجة ماسة لإنقاذ حياته.
- Rodriguez J., Cornell D. and Howard R. (2006) "Organ donation decision: Comparison of donor and no donor families." American Journal of Transplantation. 6 (1): 190-198.
- [15] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، هامش (1)، ص275.
- [16] حسين عبد الصاحب، جرائم الاعتداء على جسم الإنسان في التعامل الجسدي، وزارة الثقافة، العراق، 2012، ص235.
- [17] محمد سعد خليفة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء قانون رقم 16 لسنة 1998، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السادس، ص50-51.
- [18] المادة 13 من القانون الإماراتي.
- [19] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص411.
- [20] المادة 7 من القانون البحريني، المادة 18 من القانون العراقي والمادة 2/أ من القانون الإماراتي.
- [21] العهد الدولي الثاني الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، منشور على الرابط الإلكتروني: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- [22] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الأدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص102 وما بعدها.
- [23] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص359.
- [24] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص98-99.
- [25] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص364، أكرم عبد الوهاب عدي، مرجع سابق، ص58.
- [26] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص364 وما بعدها.
- [27] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص366.
- [28] أكرم عبد الوهاب عدي، مرجع سابق، ص59.
- [29] محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص85-86.
- [30] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص367.
- [31] أكرم عبد الوهاب عدي، مرجع سابق، ص58.
- [32] جاسم زيدان حكم الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص116 وما بعدها.
- [33] المادة (1) من القانون البحريني، والمادة (8) من قانون نقل وزراعة الأعضاء الاماراتي.

- [34] المادة (14) من القانون العراقي.
- [35] يجدر بالذكر أنه على المشرع أن ينص على الممثل الشرعي أو القانوني وليس نائبه، ويفضل الأقرب منه لأن هؤلاء أكثر حرصاً على صحة المريض وشفائه، ويفضل أن يتم ذلك بحضور شهود اقر المريض أمامهم بموافقتهم على الزرع قبل دخوله في الغيبوبة المرضية التي افقدته القدرة على التعبير عن رأيه.
- [36] سمير حسين محيسن، رضا المريض في الاعمال الطبية واثرة في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2016، ص30.
- [37] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص348.
- [38] اسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص133.
- [39] اسامة محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، دار الكتب القانونية، الإمارات، 2013، ص92.
- [40] Organ donation and transplantation Facts, figures and European Union action, European Parliament 20/04/2020, Retrieved From: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649363/EPRS_BRI\(2020\)649363_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649363/EPRS_BRI(2020)649363_EN.pdf)

القوانين:

- 1- مرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل زراعة الأعضاء البحرين.
- 2- القانون المدني العراقي رقم (40) سنة 1951 المعدل.
- 3- القانون رقم (11) سنة 2016 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية العراقي.
- 4- القانون الإماراتي رقم (5) سنة 2016 الخاص بتنظيم نقل زراعة الاعضاء والانسجة البشرية.