# الحق في ملكيةالجسدالبشري

## دراسة مقارنة

**د. محمد محمد سادات**

**أستاذ القانون المدني المشارك – كلية القانون – جامعة الشارقة**

**أستاذ القانون المدني المساعد – كلية الحقوق – جامعة المنصورة**

**مقدمة**

الملكية لغة هي احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد والتصرف فيه[١]، هي أيضًا تُعرّف بأنها ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع[٢].

وقد استقر الأمر على أن الإنسان الحي لا يمكن أن نعده من الأشياء ومن ثم لا يكون محلاً للحقوق العينية، فالشيء بمعناه العام هو كل ما له وجود في الطبيعة ويشمل ما يجيز القانون التعامل به وما لا يجيز التعامل به. بينما الشيء من الناحية القانونية هو كل موجود يمكن حيازته في الطبيعة وله كيان مستقل عن الإنسان ويجيز القانون أن يكون محلاً للحقوق المالية.

والمستقر عليه في الفقه القانوني الغربي في القرنين الثامن عشر إلى القرن التاسع عشرأنه لا يرد حق الملكية على الجسد البشري، فبعيدًا عن المسائل المتعلقة بالرق والسخرة وما شابه،لم يكن الجسد البشري الحي محل اهتمام من قبل الغير ولم يكن ذي نفع، وذلك في ظل الجهل بالمنافع الطبية والعلاجية التي يمكن أن تعود من المواد والأعضاء والخلايا المستخلصة من الجسد البشري.

ولم يختلف الحال بالنسبة للجسد البشري الميت، إذ لم تجد الجثث البشرية أي اهتمام يذكر، سوى من بعض المنافع المادية التي استطاع البعض الحصول عليها من خلال بعض الصفات المتفردة في بعض الأجساد الميتة، وتحديدًا تلك التي كانت مصابة بتشوهات خلقية؛ إذ كانت تستخدم في العرض للجمهور بمقابل مالي.

ولكن مع التطورات الطبية الحيوية المتعلقة بالجسد البشري والتي بدأت في التطور التدريجي، بدأت

---

(١)**حمد العبدالرحمن الجنيدل**، نظرية التملك في الإسلام، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٣.

(٢) المادة ١٢٥ من مجلة الأحكام العدلية.

النظرة إلى الجسد البشري وما يمكن استخلاصه منه من أنسجة وأعضاء تتغير، فمع التطور الطبي تجلت منافع الجسد البشري في العلاج والبحث العلمي سواء كان الجسد البشري حيًا أم ميتًا، ومن ثم لم يعد الحديث مقتصرًا على فكرة أن الجسد البشري بعد موته يتعين دفنه لأنه بلا قيمة أو منفعة.

فالمرض والعلاج، والألم والرجاء في الشفاء، جعلت من الجسد البشري كطاقة أمل للمرضى الذين يعانون جراء أمراض خطيرة قد تودي بحياتهم، خاصة وأن الممارسات الطبية والبحثية جعلت من الجسد البشري واحدًا من أنجع العلاجات للكثير من الأمراض.

فالتكنولوجيا الحيوية المرتبطة ببحوث الخلايا الجذعية وبزرع الأعضاء البشريةأدت إلى تزايد الطلب على الأنسجة البشرية وأجزاء الجسم مثل الأعضاء والدم والخلايا والمخلفات العظمية والأمشاج وما إلى ذلك لاستخدامها في العلاج والأبحاث العلمية، وقد وصلت هذه الاستخدامات إلى مستوى يستلزم إعادة النظر في القواعد القانونية التي تنظم الحقوق الواردة على تلك المواد البشرية(٣).

ولم تكن التشريعات هي التي أخذت زمام المبادرة في تناول الإشكاليات المتعلقة بالحقوق الواردة على الجسد، بل كانت المحاكم في الدول الغربية هي من تصدتابتداءً لذلك وتحديدًا في بريطانيا، حيث تطور تناول المحاكم من الفصل في الحقوق على الجسد الميت إلى الأعضاء والأنسجة البشرية المأخوذة من جسد شخص حي.

وهناك العديد من الأحكام القضائية المهمة التي أقرت العديد من الحقوق لأصحاب المواد البشرية على ما يتبرعون به أو يقدمونه من أنسجة وأعضاء، كما أنها في المقابل أعطت للباحثين والعلماء على المواد البشرية المأخوذة من الغير بعض حقوق عليها.

وقد رافقتالحاجة إلى المواد البشرية إلى تصنيف الجثث وأجزاء جسم الإنسان بشكل صحيح للتوافق مع تطورات حقوق الملكية عليها، مع ظهور نزاعات متزايدة بين مقدمي تلك المواد البشرية سواء من الأحياء أم من المتوفين والحائزين لتلك الأنسجة أو الأعضاء البشرية والتي أدت إلى سن بعض القوانين في العديد من الدول مثل قانون الأنسجة البشرية في المملكة المتحدة وذلك لتنظيم الحقوق بين الأشخاص أصحاب المصلحة المتعلقة بالأنسجة البشرية وأجزاء الجسم(٤)ولا سيما مع ظهور نزاعات مماثلة بشأن ملكية تلك الأنسجة البشرية المخزنة وأجزاء الجسم(٥).

---

(3)**R.Hardcastle**,Lawandthehumanbody:Propertyrights, ownershipand control,Oxford:Hartpublishing,2007,p.4.

(4)Foradescriptiononbio-banks,see:**M.Otlowski,D.NicolandM.Stranger,**BiobanksInformationPaper,JLaw,Info&Science,Vol.29,2009–2010.

(5)**D.Wagner**,Propertyrightsinthehumanbody:Thecommercializationoforgantransplantationandbiotechnology,Duquesne lawreview,USA,Vol.33,1994-1995,p.932

وبناءً على ما سبق، بدأت النظرة القانونية للجسد البشري تتغير، سواء من جانب الفقه أم القضاء أم التشريعولا سيما وأن الإشكالية لا تثار بشأن الجسد البشري الكامل والحي فقط، ولكنها ترتبط أيضًا بالحقوق الواردة على جسد شخص متوفى أو ملكية أعضاء أو أنسجة مأخوذة من الجسد البشري سواء كان جسد شخص على قيد الحياة أم متوفى.

**أهمية موضوع البحث:**

لم يعد الحديث عن استخدام الأعضاء البشرية في العلاج عن طريق زراعتها مثار جدل بعد أن أقر الفقه الإسلامي بمشروعيتها بضوابط، وتولى المشرع المصري تنظيم ذلك من خلال قانون تنظيم زراعة الأعضاء[٦]ولائحته التنفيذية[٧]. ومن ثم لن نتناول مسألة زراعة الأعضاء ولكن ستكون زراعة الأعضاء والتداوي بالمواد البشرية واحدة من الأسباب الداعمة للبحث في موضوع الدراسة.

فقد أدى التقدم في التكنولوجيا الحيوية والتقنيات الطبيةإلى زيادة الطلب على الأعضاء والأنسجة البشرية في البحوث والعلاجات الطبية، بما أدى أن تجلت العديد من الأمور المثيرة للجدل والتي أدت إلى اختلاف حول وجهات نظر سواء من ناحية أخلاقية أم قانونية.

فإذا كان التقدم الطبي المعتمد على استخدام المواد البشرية سواء فيما يتعلق بالبحث العلمي أم العلاج، قد أظهر الحاجة والأهمية للتك المواد، فمن ثم، ثار التساؤل عن أنه إذا أصبح لتلك المواد البشرية فائدة ومنفعة ومن ثم تحقق مصالح لأشخاص سواء كانوا مانحين لها أم مستقبلين، فهل يمكن أن ترتقي تلك المصالح إلى مرتبة الحقوق على تلك المواد البشرية من أعضاء وأنسجة وعينات؟

وإذا كانالإنسان كوحدة واحدة لا يرد عليه حق الملكية لأنه ليس من الأشياء، فهل يمكن أن نستثني من تلك القاعدة العامة المواد البشرية سواء كانت أعضاء أم أنسجة إذا تم فصلها عن جسد الإنسان؟ وهل هذا العضو أو تلك الأنسجة يمكن أن يمتلكها إنسان وتجري عليها سلطات المالك؟ وهل الإنسان يملك جسده وله أن يمارس عليه سلطات المالك؟ ونزولاً من الأعضاء البشرية إلى مجرد العينات أو الأنسجة المستخلصة من الجسد البشري، هل هذه المواد البشرية يمكن أن يرد عليها حق ملكية بحيث يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها واستعمالها واستغلالها؟

وهل هذه المواد البشرية إذا جرى عليها بعض الممارسات الطبية أو البحثية بحيث تحولت من صورة لأخرى أو تغيرت طبيعتها الأولية، فهل يمكن أن تنشأ حقوق ملكية لمن قام بهذه الأعمال؟ وهل تتأثر تلك الحقوق بالحصول على موافقة من الشخص الذي تم استخلاص تلك المواد البشرية من جسده من

---

(٦) قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر، ٦ مارس ٢٠١٠.

(٧) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٩٣لسنة ٢٠١١، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١ مكرر أ، ١٢ يناير ٢٠١١.

عدمه؟

كذلك، الإنسان بعد موته، هل يمكن أن يتحول جسده إلى أشياء يمكن أن ترد عليها حقوق للغير ولا سيما مع استيفاء الضوابط القانونية، وهل يمكن أن تصل تلك الحقوق إلى حد التملك؟

**منهج البحث:**

تعتمد الدراسة في هذا البحث على المنهجين التحليلي والمقارن، وذلك من خلال الوقوف على مقصود النصوص التشريعية والآراء الفقهية التي نظمت أو تناولت الجسد البشري ومدى إمكانية إنشاء حقوق عليها، ودور الأحكام القضائية في سد النقص وإحكام الخلل في التنظيم التشريعي للحقوق الواردة على الجسد البشري. وتتحقق المقارنة بالتعرض لموقف القانون المصري الذي تناول إمكانية استخدام الجسد البشري في استخدامات معينة، وهو ما سيتم تحديدًا من خلال تناول قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ولائحته التنفيذية، وكذلك تناول موقف التشريع الإنجليزيالذي كان له السبق في تنظيم التعامل مع الجسد البشري من خلال قانون الأنسجة البشرية وعلم الأجنة، وأيضًا بالتعرض للأحكام القضائية في النظام القانوني الأنجلوسكسوني دور السبق في التعرض للجسد البشري وابتداع قواعد قانونية للتعامل مع وتحديد الحقوق عليه.

**خطة البحث:**

ترتكز الدراسة في الأساس على البحث في الإطار العام الذي يحكم الجسد البشري، من حيث التوجهات الفقهية والقضائية حول ذلك، والتطور الذي طرأ في الأفكار المتعلقة بإمكانية أن يكون هناك حقوق ملكية وهناك أشخاص أصحاب لمجموعة من الحقوق على الجسد البشري، والنظريات المتعلقة بالملكية والتي تم تطويعها للتطبيق على الجسد البشري، ثم نطاق حقوق الملكية على الجسد البشري. وعلى هذا سوف ينقسم البحث إلى فصلين نتعرض في أولهما إلى الإطار العام لتملك الجسد البشري، ثم ندرس في ثانيهما نطاق حقوق الملكية على الجسد البشري.

# الفصل الأول

## الإطار العام لتملك الجسد البشري

كان للفقه دور مهم في تناول مسألة الأحكام العامة المتعلقة بجواز تملك الجسد البشري وكانت هذه الآراء مدعومة بتوجهات قضائية مختلفة في قراراتها من وقت لأخر. وقد مرت هذه التوجهات الفقهية والتوجهات القضائية بعدة مراحل بدءًا من رفض فكرة أن يرد على الجسم حق ملكية وهو ما كان يعود للعديد من الأسباب التي مردها جهلهم بأن يكون لجسد الإنسان الميت فائدة وبالطبع فإن مجرد أن التفكير بأن هناك منفعة من أعضاء الجسد الحي غير واردة على الإطلاق.

بيد أن التطور الطبي قد جعل الفقه يطورون من الأفكار التقليدية التي استقرت لسنوات طويلة، متبنين توجهًا يسمح بملكية مشروطة ومقيدة على الجسد البشري من قبل الغير، كما أن القضاء ابتكر أفكار جديدة متعلقة بالملكية بحيث لا يتوافر حقوق مليكة كاملة وإنما مليكة ناقصة وفق اعتبارات معينة.

كذلك هناك انتقال من فكرة الملكية المقيدة إلى فكرة أكثر تحررًا تعتمد على أن لكل شخص حق في اتخاذ قرارات مستقلة بشأن جسده فقط دون غيره، ثم الانتقال إلى فكرة أكثر تحررًا تتأسس على الاستقلال الذاتي للإنسان التي هي جوهر الإنسانية ومن ثم تصنيف أعضاء جسم الإنسان إلى صنفين: أعضاء جوهرية وأعضاء غير جوهرية، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية متعلقة بالحقوق على الجسد. ثم انتهاءً إلى فكرة إمكانية ممارسة سلطات المالك على الأعضاء والأنسجة الآدمية، ومن ثمقابلية الجسد البشري للتصرف والانتفاع المقيدين.

وقد كان التوجه الفقهي والقضائي الذي كان ينادي ببعض حقوق ملكية على الجسد البشري أو أعضائه أو أي مواد مستخلصة منه، كان يبرر هذه الملكية بعدة مبررات لتلك الملكية يؤسسون عليها نشأة هذا الحق.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتناول كافة الأفكار سواء فقهية أم قضائية والتي قيلت بشأن مدى إمكانية تملك الجسد البشري أو أجزائه. وذلك من خلال مبحثين نستعرض في أولهما التوجهات حول إمكانية التملك سواء كانت توجهات فقهية أم قضائية أم تشريعية، ثم ننتهي ببيان أساس نشأة حق ملكية على الجسد البشري.

## المبحث الأول

## التوجهات حول إمكانية تملك الجسد البشري

على الرغم من موجة النشاط التشريعي في جميع أنحاء العالم، ظل النهج التقليدي للقانون الأنجلوسكسونيمسيطرًا على تناول المشرعين في الدول المتأثرة بالقانون الإنجليزي ردهًا من الزمن لمسألة ملكية الجسد البشري.

فقبل التطورات التشريعية المتعلقة بتلك الإشكالية، كان هناك نهج فقهي يرفض فكرة تملك الجسد البشري تدعمه بعض الأحكام القضائية النادرة، إلى أن تطورت التوجهات الفقهية واتخذت مناحي أخرى نتناولها فيما يلي:

### الفرع الأول

### عدم وجود ملكية على الجسد البشري

كانت بداية التوجهات الفقهية في شأن مدى جواز ورود حق ملكية على الجسد البشري هو القول بعدم قابلية الجسد البشري أو أعضاؤه لمثل تلك الحقوق، وبالطبع لم تكن تلك الأفكار واردة على الجسد الحي لعدمتوارد فكرة زرع الأعضاء أو استخدام الخلايا البشرية، حيث إن تلك الأعمال الطبية لم يتوافر لها التقنيات الطبية المتطورة التي تجعلها مثارًا للبحث، ومن ثم كان الفقه عند تناولهم لتلك الأفكار كان مقصدهم هو الجسد الميت.

وكان الفقه متأثرًا في ذلك بنهج القانون العام (الأنجلوسكسوني) في الدول التي تأخذ به متأثرين بالقانون الإنجليزي الذي كان يقر فقط للأقرباء بمصلحتهم في الاحتفاظ بالجسد ولكن لأغراض الدفن وإجراء مراسم الجنازة فحسب؛إذ لم تكن هناك حقوق ملكية واضحة على الجسد الميتحتى أواخر القرن ١٩، فالقاعدة العامة هي أن الجثة تكون "مهجورة أو متروكة" ولذلك فهي غير مملوكة[٨]؛ حيث كان يتم حماية الجثث بدلاً من ذلك من قبل نصوص غير النصوص المدينة، مثل نصوصقانون العقوبات الخاصة بسوء معاملة الجثث[٩]. وقد ساد هذا المبدأ طوال القرن العشرين بما جعل الفقه[١٠] يبررونالتوجه العام بعدم بسريان مبدأ عدم الملكية على الجسد البشري.

---

(8)**I. J. Churchill**, Patenting humanity: The development of property rights in the human body and the subsequent evolution of patentability of living things, 8 Intellectual Property Journal, July 1994, p. 253.

(9)Review: Williams v Williams (1882) ChD 659. Crimes Act 1900 (NSW), s81C: "Any person who: (a) indecently interferes with any deadhuman body; or (b) improperly interferes with, or offers any indignity to, any dead human body orhuman remains (whether buried or not), shall be liable to imprisonment for two years.".

(10)**J. W. Harris**, Property and justice, Clarendon press, Oxford, 1996, p. 351

وُيرجع الفقه[١١]التوجه بأنه لا يمكن أن تكون هناك ممتلكات في جثة ميتة إلى كتابات قانونية مبكرة تعود إلى القرن السابع عشر وعدد كبير من حالات القرن الثامن عشر وبدايات القرن التاسع عشر[١٢].

ويرجع السبب في هذا التوجه أن الشخص بعد موته يخضع للولاية القضائية الكنسية، حتى إن محاكم القانون العام لم يكن لديها أي سلطة عليها، ومن ثم تكرست فكرة انعدام الملكية على الجسد الميت، لأن أحدًا لم يكن له أي سلطة في التصرف فيها، ومن ثم كانت السلطة على الجثث مقررة حصرًا للكنيسة؛ حيث كانت جميع أراضي الدفن تابعة للكنائس[١٣].

وبعد أن ظل هذا التوجه ساريا لعدة قرون فإنه مع التطور ظهرت بوادر تخفيف له في ظل انحسار دور الكنائس، حيث ظهر حق الأقارب في دفن الجسد بعد أن كان هذا الحق مقصورًا على الكنائس [١٤].

قد اعترفتالمحاكم في الولايات المتحدة بـ "الحق بشبه الملكية"[١٥] وهو يعني حيازة الجسد لأغراض الدفن أي تحديدًا حقوق الأسرة في المطالبة بالجثة لأغراض الدفن، ولكن ليس لأي سبب آخر. وعلى سبيل المثال، فقد أقرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في دعوى Waldman v Melville[١٦]أن الأقارب لهم الحق في دفن الجسد، ويستمر ذلك الحق حتى بعد دفن الجثة. وهذا التوجه من المحكمة يعطى الإشارة على الأخذ بالحق في الملكية لفترة مؤقتة وهي المدة حتى دفن الجسد.

وطوال القرن العشرين، حيث ابتعدت عن مفهوم حقوق الملكية الصريح والكامل على جثة ميتة، مع قيامها بإعطاء تعويضات للأقارب الذين عانوا من آثار نفسية جراء إجراء بعض الممارسات على جثة قريبهم. وهذه القضاء بالتعويض، قد فتحت المحاكم من خلالهالباب للحصول على التعويض ولو بقدر يسير، عن أية ممارسات ترد على الجسد البشري[١٧].

---

(11)**M. Pawlowski,** Property in body parts and products of the human body, Liverpool Law Rev,30, 2009, p.36.

(12) Exelby v. Handyside (1749) 2 East P.C. 652; R. v. Lynn (1788) 2 T.R. 733; 100 E.R. 394; R. v. Sharpe(1857) Dears. & Bell 160; 169 E.R. 959, per Erle J.; Foster v. Dodd (1867) L.R. 3 Q.B. 67, per Byles J.; R. v. Price (1884) 12 Q.B.D. 247, per Stephen J.; Williams v. Williams (1882) 20 Ch. D. 659, at p. 664, where Kay J. said: ‘‘the law of this country recognises no property in a corpse’’; Re Dixon [1892] p. 386; and Lee v. Harvey [1898] p. 63.

(13) "The Church] held that a corpse was appropriated by it, by divine service and consecrated burial. The spirit departed to the realms of the supernatural; the body was held by the divine agent to await resurrection". **P. E. Jackson,** The law of cadavers and of burial places, Prentice-Hall; 2nd edition, 1950, p.126.

(14)**M. Quigley**, Self-Ownership, property rights, and the human Body: A legal and Philosophical Analysis, Cambridge bioethics and law book 4, Cambridge university press, 1st Edition, 2013, p. 44.

(15) A quasi-property right in a cadaver refers to the rights of the family to claim the body for burial purposes, but not for any other reason.

(16)Waldman v Melville (City) [1990] 43 F.3d 775 (2d Cir. 1994).

(17) Pierce v Proprietors of Swan Point Cemetery, 10 R.I. 227 (1872). Cited ibid at 253.

ويذهب أيضًا هذا الرأي إلى أن الملكية ترد على أشياء مفترض إمكانية تداولها في الأسواق، حيث تقوم الملكية على أشياء ذات قيمة اقتصادية، ومن ثم، فمن غير الممكن تحويل القيم غير الاقتصادية الأخرى إلى أثمان نقدية، وهو ما ينطبق على الحقوق التي ترد على أجزاء الجسم والتي لا يمكن تحويلها إلى قيم مالية[١٨].

ويذهب الفقه[١٩] إلى أنه على الرغم من أن هذا التوجه لم يتأسس على حق الملكية، فإنه لا يختلف عنه في جوهره. وتطبيقًا لهذا فقد قضت محكمة فلوريدا العليا في قضية State v Powell[٢٠] إلى أنه "الأقرباء ليس لهم حق ملكية، ولكن مجرد حق ملكية محدود في امتلاك الجثة لأغراض الدفن".

ويؤكد الفقه العربي على ذلك بقولهم أن حق الإنسان في سلامة جسمه لا يتفق مع الخصائص العامة لحق الملكية[٢١]، وذلك لأن من المسلم به أن جسم الأنسان ليس من الأشياء، لأن الملكية لا يمكن أن يكون موضوعها إلا الأشياء. كما أنه من المتفق عليه أن الأنسان لا يستطيع أن يتصرف في جسمه، فهناك طائفة من التصرفات لا يمكن أن ترد على جسم الأنسان، والقول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالكًا أي أن يوجد صاحب حق مستقل عن موضوع الحق وطبيعة جسم الأنسان تتعارض مع ذلك حيث يتعدد صاحب الحق ومحل الحق، كما أن حق الملكية في صورته الحديثة لم يصبح ذلك الحق المطلق، بل أصبحت له وظيفة اجتماعية من شأنها أن تورد قيودًا عديدة على سلطة المالك المطلقة، وإذا كانت المحافظة على كل عضو من أعضاء الجسم ضرورية للمحافظة على سلامة الجسم ككل، لذلك فالإنسان يجب عليه المحافظة على كل عضو من جسمه بالصورة التي تلقاها من الله. فالجسم مملوك ملكية رقبة لله، ولكن الله يسمح للإنسان بالتمتع وباستعمال جسمه طوال حياته وعليه أن يعيده إلى الله مالك الرقبة بنفس الصورة التي تلقاها منه. ولذلك يجب أن يحافظ على جسمه فيحافظ على جميع عناصره ومكوناته ولا يستطيع أن يتصرف فيه لان التصرف لا يكون إلا للمالك فالإنسان ليس له إلا حق انتفاع على جسمه[٢٢].

فهناكحرمة للشخص الطبيعي والتي تعني أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية[٢٣].

---

(18)**E. R. Gold**, Body parts: Property rights and the ownership of human biological materials, Georgetown university press, Washington DC, 1996, p. 3.

(19) **A. George,** Property in the Human body & Its Parts reflections on self-determination in liberal society, Florence, Department of law, EUI working paper law No. 2001/8, p. 21.

(20) State v Powell 497 So.2d 1188 (Fla. 1986) at 1192.

(٢١) **د. عصام أحمد محمد**،النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص٧٢.

(٢٢) **د. أسامة السيد عبدالسميع**، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠، ص ٨١.

(٢٣) **د. احمد شوقي أبو خطوة**، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٣.

وإذا كان جسم الأنسان يمثل الحيز المادي الذي تتجسد فيه الشخصية، فلا داعي للجوء إلى فكرة الملكية فيكفي أن نعترف للإنسان بما يسمى بالحرية البدنية فهي تسمح له بالرواح والغدو وأن يفعل أو لا يفعل كل هذه حريات تعطي للأفراد مكنات معينة يحميها القانون ضد أي اعتداء. وحرية الأنسان في سلامة جسده تحميه قاعدة عدم جواز المساس بالجسم، فحق الأنسان على جسمه يدخل في نطاق الحقوق اللصيقة بالشخصية(٢٤).

ومن وجهة شرعية، يذهب الفقه إلى أنه من غير المقبول يجيز بيع الأجزاء الآدمية؛ لأن الله كرمه وميزه عن غيره، والأصل في المبيعات أن تكون أشياء خارجة عن الإنسان، وأعضاؤه ليست خارجة عنه(٢٥). وإذا كان هناك رأي يدعي بأن الإنسان تضمن قيمته إذا قتل، فإن هذا الاستدلال فاسد؛ لأن الأصل في الضمان في الفقه الإسلامي يتمثل في القضاء الكامل للمضمون صورة ومعني وإن جاز في بعض الحالات فإنه على سبيل الاستثناء(٢٦).

## الفرع الثاني

## وجود ملكية مشروطة على الجسد البشري (استثناء لوكان)

ظهر اتجاه فقهي متعلق بمدى إمكانية نشأة حقوق ملكية على الجسد البشري استثناءً من الأصل العام الذي يقضي بانعدامها، حيث تبنى الفقيه لوك رأي أن كل شخص لديه حق ملكية على جسده، فنحن نملك أنفسنا ومفهوم حق الملكية يستمد من مبادئ القانون الطبيعي التي تعني أن الملكية تنشأ عندما يُخلط الشخص بين شيء في حالته الطبيعية، وما يقوم به من عمل، أي عندما يتم خلط العمل مع شيء غير مملوك لأي شخص، فيصبح موضوع العمل ملكًا لمن قام بالعمل. ومن ثم، فإن ممارسة بعض الأعمال على الجسد من شأنها تغيير الطبيعة القانونية له. ولا سيما وأن أي عضو أو جزء من الجسد إذا تم فصله من الجسد تتغير حالته الطبيعية ومن يمكن اعتباره يعد بمثابة الشيء المتروك. وعلى هذا إذا تم إضافة أشياء أو إجراء أعمال على هذا الجزء من الجسد فإنه يتغير عن حالته الطبيعية، ومن ثم يقبل أن ترد عليه الملكية(٢٧).

---

(٢٤) **د.محمد عبد الشافي إسماعيل**،بنوك اللبن الآدمي في الإسلام – دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٩٢؛ **د. أسامة السيد عبدالسميع**، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٢٥) **أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي**، المبسوط، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٢٥.

(٢٦) **د. عبدالودود مصطفى مرسي السعودي**، استئصال الأعضاء و زرعها في ضوء الطب الحديث و الفقه الإسلامي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية،كلية دار العلوم – مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، المجلد الرابع، العدد الثامن،٢٠٠٩، ص ٧٥.

(27) **J. Richard,**Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition, Political Studies, Vol.39, 1991, p. 50.

وعمليًا بدأ القضاء في الأخذ بهذا الاستثناء، حيث بدأت جذورهتظهر في قضية Doodeward v Spence[٢٨]، حيث وجدت المحكمة العليا في أستراليا أن "جسم الإنسان أو جزء من جسم الإنسان يمكن أن يكون محلاً لحق الملكية". حيث قضت المحكمة بذلك بمناسبة قيام طيب بالاحتفاظ بجثث التوائم السيامية الميتة، وبعد وفاة ذلك الطبيب تم بيع الجثث المحفوظة إلى شخص يسمى Doodeward، ولكن بعد ذلك قام مفتش الشرطة Spence بمصادرتها على أساس أن Doodeward كان يعرض الجثث في الأماكن العامة، قام الأخير. رفع Doodeward دعوى قضائية يطالب فيها بعودة ممتلكاته التي تم مصادرتها. أيدت المحكمة ادعائه واعتبرت أنه عندما يكون الشخص قد مارس بعض الأعمال على ذلك الجسد ومن ثم أصبح له حق في حيازة مشروعة لهذا الجسد، فالقيام بأعمال على ذلك الجسد أكسبه صفات جعلته يتميز عن كونه مجرد جثة تنتظر الدفن، ومن ثم يكون له الحق في الاحتفاظ بهذا الجسد.

وقد أيدت المحكمة ادعاء Doodeward من خلال تطبيق مبدأ لوك الذي يعني أنه يتقرر للشخص حق ملكية على الأشياء التي عمل عليها وأجرى عليها بعض الممارسات أي التي اختلطت بعمله.

وفي تطبيق هذه النظرية، قررت المحكمة العليا لأستراليا بأن الملكية في سياق هذه القضية تعرّف بأنها محل الجهد أو المهارة البشرية التي يتم ممارستها قانونًا على جسم الإنسان[٢٩].وهذه التوجه الذي تبنته المحكمة يمثل استثناء على عدم جواز ملكية الجسد والذي أطلق عليه استثناء لوكان.

ومع ذلك، فإن هذا الاستثناء الذي يسمح للغير بامتلاك أجساد الأشخاص لمجرد إجراء بعض المهارات أو الأعمال عليها يتجاهل ما للإنسان من حق على جسده[٣٠].

وقد تم تأكيد هذا الاستثناء مرة أخرى في دعوى R v. Kelly[٣١]، التي تتلخص وقائعها في قيام فني مبتدئ في الكلية الملكية للجراحين في إنجلترا بإزالة أجزاء من الجسد البشري لعدد من الجثثتقدر بحوالي خمسة وثلاثين جزءًا والتي تقع تحت حيازة الكلية الملكية، من أجل منحها لفنان تشكيلي لاستخدامها في صنع قوالب نحتية من الأعضاء البشرية، إذ وجه إلى كل منهما العقوبة المقررة لجريمة السرقة؛ حيث أقرت المحكمة الجنائية في بريطانيا أن لحائز الجثة الحق في إحراز أجزاء الجسد البشري للجثث وإدراجها ضمن القسم ٤ من قانون السرقة[٣٢]، شريطة أن يضفى حائزها سمات مختلفة لها عن حالتها الأولية، أو أن يستخدم مهارات خاصة عليها مثل اتخاذه التدابير اللازمة لحفظ الجثمان ذاته أو

(28)Doodeward v Spence (1908) 6 C.L.R. 406 at 414

(29)"Inapplyingthistheory,theHighCourtofAustraliaeffectivelyallowedadefinitionofpropertyasanobjectofhumaneffortorskillwhichislawfullypossessedbythesubjectofthateffortorskilltobeappliedtothehumanbody".

(30) **A. George,** op. cit., p. 24.

(31) R v. Kelly [1999] 2 WLR 384.

(32) Section 4 of the Theft Act.

أجزاءه البشرية أو القيام بإجراءات التشريح لغرض العرض العام أو التدريس[٣٣].

وبذلك، فإنه بدلاً من أن يمنح قانون السرقة قيمة الملكية للجسد البشري، ركز القانون على مفهوم "الحيازة القانونيةللجسد البشري، وهو مفهوم أقرب إلى الوصاية فبدون الاعتراف بملكية الجسد البشرى وأجزاؤه، اعترف المشرع الإنجليزي بمفهوم الحيازة القانونية للمستشفيات الطبية للجسد أو أجزاء منه، وذلك إلى أن يظهر أحد أقارب الشخص المعني، وفي هذه الحالة الأخيرة تنتقل الحيازة إلي أقربائه لاتخاذ الإجراءات التالية للوفاة سواء للدفن أو التخلص منها على النحو المناسب [٣٤].

وفي سياق هذا التوجه الفقهي، ظهر توسع في هذا الاستثناء، بحيث يتم جعله ينطبق على الأعضاء وأجزاء الجسد البشري الحي. حيث تم السماح بإمكانية الحصول على براءة اختراع للعينات البيولوجية المتبرع بها من شخص حي، على النحو الذي يخول لحائزها والذي تمكن من خلال استخدام تقنيات علمية أضفت عليها ميزة تجارية اكتسبت على أثرها علامة تجارية، الحق في الحصول على المنافع المادية الناشئة عن هذا الاختراع، وذلك في إطار التقيد بالقيود المكانية والزمانية لإضفاء المشروعية على استخداماتها[٣٥].

فبراءة الاختراع هي شكل من أشكال الملكية الفكرية للمواد محل الاختراع[٣٦]، والتي تمنح لمالكه الحق الحصري في استخدامه، شريطة أن يستوفي حائزها متطلبات الجدة والأصالة وأن يكون محل التعامل قابلاً للاستخدام الصناعي، وهو ما لا يتحقق إلا من خلال عزل المواد البيولوجية عن بيئتها الطبيعية أو بمعالجتها أو استخدام تقنيات معينة أضيفت عليها ميزة متفردة عن غيرها، وبذلك يصبح من قبيل براءات الاختراع، أي اختراع متعلق بعنصر معزول عن جسد الإنسان أو ناتج عن استخدام تقنية حديثة، حتى ولو كان هيكله مطابقًا للعنصر طبيعي، شريطة الكشف عن وظيفته واستخدامه الصناعي في طلب براءة الاختراع[٣٧].

وبذلك تسري جميع الحقوق التجارية أو براءات الاختراع على نتائج البحث وليس على العينات التي تم جمعها والتي لا تكتسب من الناحية القانونية أي حقوق للملكية، شريطة الإفصاح عن الحقوق والواجبات الأساسية للقائمين على المشروعات البحثية ومانحي المواد البيولوجية والتي تم اتخاذها قبل

---

(33) R v. Kelly 1998 3 All ER 741.

(34)**N. Hoppe**, Bioequity – Property and the Human Body, Routledge, 2016, p. 91.

(٣٥)القسم٣٢فقره٩منقانونالأنسجةالبشرية.

(36)**T.Murray,M.Melhman**,Encyclopediaofethical, legal,andpolicyinbiotechnology,JohnWiley&Sons,NewYork,Vol.2,2000,p.866.

(37)"Apatentisaformofintellectualpropertyinaninvention,givingtheholderexclusivetitletouseit.Thisexclusiverightislimitedinscope,duration,andgeographicalareaofvalidity.Anytypeofinventionthatsatisfiestherequisitesofnoveltyandoriginalityandthatcanbeappliedindustriallycanbepatented".**T.Murray, M.Melhman**,op.cit.,p.867.

الموافقة[٣٨].

## الفرع الثالث

## الحق في التملك الذاتي

أدى التطور والتخفيف من حدة مبدأ عدم جواز تملك الجسد البشري والانتقال من الجسد البشري الميت إلى أعضاء الجسد البشري الحي، إلى ابتداع الفقه فكرة تملك الإنسان لجسده.

ومن هنا ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأنه: "إذا لم أكن عبداً، فلن يمتلك أي شخص آخر جسدي. وبالتالييجب أن أمتلك جسدي الخاص وكل جزء منه، إذا تم فصل أي جزء من جسدي عني، فأنا أواصل امتلاك الجزء الجسدي الذي تم فصله" [٣٩].

ومع ذلك، فقد وجهت انتقادات لفكرة أن الإنسان له حق ملكية على نفسه، في أن ذلك التوجه من شأنه أن يحول الإنسان إلى سلعة، وهو ما يثير شبهة وجود عبودية. ولكن تم الرد على انصار فكرة "عدم ملكية الجسد" بأنه لا يمكن إثارة مسألة العبودية، لأن هناك اختلاف بين مفهوم العبودية وبين مفهوم الملكية الذاتية، على أساس أن هوية المالك تختلف في الحالتين، فالعبودية تكون الملكية لشخص على جسد شخصٍ أخر، في حين أن الملكية الذاتية يكون للشخص حق ملكية على جسده[٤٠].

ومن ثم ليس من الصعب التمييز بين مفهوم العبودية ومفهوم الملكية الذاتية على أساس أن تعريف المالك يختلف في الحالتين. ومع ذلك، يرى الفقه أنه مع الأخذ في الاعتبار الأثر التاريخي المتفشي للرق في الولايات المتحدة الأمريكية، ربما لا يكون من المستغرب أن تكون مشكلة العبودية كثيرا ما تثار في المناقشات حول الملكية الذاتية[٤١].

فخلال القرن الثامن عشر، وصفت مختلف المحاكم الأمريكية العبيد بأنه ممتلكات [٤٢]. وعلى سبيل المثال، في عام ١٧٤٠، أعلن المجلس التشريعي لولاية كارولينا الجنوبية العبيد بأنهم "مال في يد أصحابهم ومن يحوزوهم". وقد كان العبيد يمكن التعامل بالشراء والبيع وفرض الضرائب عليهم وتملكها بالإرث وجميع التصرفات المرتبطة عادة بمفاهيم حقوق الملكية، وجميعها وهي خصائص تبدو غير

(38)"Allcommercialrightsorpatentsapplytotheresultsofresearchandnottothesamplescollected,forwhichnorightsofownershiparetypicallylegallyrecognized.Thekeyrightsanddutiesofthepromoteroftheresearch,theresearcher,andtheindividualfromwhomthebiologicalmaterialwastakenmustbedisclosedpriortoconsent".G.HermerénG,Patentsandlicensing,internationalcontroversies.In:**T.Murray,M.Melhman**,op.cit.,p.817.

(39) "1. If I am not a slave, nobody else owns my body. Therefore2. I must own my own body and each and every part of it. Therefore3. If any part of my body is separated from me, I continue to own thatseparated bodily part. " **J. W. Harris,**Property and justice,op. cit., p. 357.

(40)**S. R. Munzer,**Theory of property,Cambridge university press, 1990, p. 56

(41)**A. George,** op. cit., p. 55.

(42) **A. Watson,** Slave law in the Americas, University of Georgia press, 1989, p. 83.

متوافقة مع مفاهيم الاستقلالية والحرية وحق تقرير المصير للأفراد[٤٣].

وهكذا يذهب الفقه[٤٤] إلى أن السبب في أن الأفراد لا يعتبرون مالكين لأجسادهم في معظم النظم القانونية هو لأنه في هذه الحالة يعتبر الشخص في نظر القانون أنه أشياء قانونية يجوز التعامل فيها وهو ما يتعارض مع حرية الإنسان، وقد يصبح الشخص نابذًا لجسده، ومن ثم هذا الخوف من اعتباره "شيء" أو "سلعة" – الإنسان كمحل لحق الملكية – غالبا ما يظهر كاعتراض على اعتبار الجسد "سلعة" وأنه يرد عليه التصرفات القانونية كالعقارات والمنقولات، بما في ذلك خصيصة الإمكانية لبيعها وشراؤها.

ولكن رأي أخر في الفقه[٤٥] ذهب إلى الملكية الذاتية لا تعني تلقائيًا أن الجسد سلعة، فإن ملكية الذات تختلف بوضوح عن ملكية شخص آخر. وتتيح الملكية الذاتية مجالاً لاتخاذ قرارات مستقلة بشأن جسد الشخص نفسه؛ وليس ملكية شخص آخر. كما أن ملكية الجسد لا تعني أن يكون الشخص عبدًا إذ إن الملكية تكون على الشخص لجسده ولا سيما وأن لم يعد هناك مجال لوجود أشياء لا تتبع ملكيتها لأحد.

وذهب رأي أخر في الفقه[٤٦] إلى أن يمكن تبني فكرة "الاستقلالية البشرية" بدلا من الاعتراف بحقوق الملكية في جسم الشخص للابتعاد عن فكرة العبودية للتخلي عن مطالبات الممتلكات، ويبررون ذلك السماح بحقوق الملكية في جسم الإنسان يؤدي إلى إعادة إنتاج معاملة البشر كسلع بما يقود في النهاية إلى الانزلاق نحو منحدر العبودية. ولهذا يقول الفقه بأن: ""إذا كان جسدي ممتلكاتي، فهذا قد يعزز حريتي واستقلاليتي، وليس فقط في إبرام التصرفات بل في عدم إبرامها أيضًا. فملكيتي على جسدي تأكيدًا على سلطتي في منع حاجات الأخرين عليه.

ومن ثم، فوفقًا لهذا الرأي فإن الإنسان لا يمنح حق ملكية على جسده لأن المجتمع لا يسمح بمنحه مستوى أعلى من السلطة في صنع القرارات على جسده، فقواعد الملكية في المجتمع تحددها الثقافة والتاريخ والسياسة، فالجسد ليس ممتلكات لسبب بسيط أن المجتمع لا يريد أن يكون كذلك؛ بل يقتصر الأمر على درجة معينة من الحكم الذاتي لهذه الجسد تتمثل في سلطة صنع القرار التي يمنحها القانون له، وعلى هذا فإن الحديث عن الملكية الذاتية ليس ملائما سياسيا أو اجتماعيا، بينما المبدأ الليبرالي

(43) **W. J. James**, The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights, Oxford, University Press, New York 1992).

(44) **A. M. Honoré**, Ownership in Guest, Oxford essays in jurisprudence , Oxford university press, 1961, p. 130.

(45) **J. W. Harris,** Who owns my body?, Oxford journal of legal studies, Vol. 16, Issue 1, 1996, p. 55.

(46) **A. Wald,** What's rightfully ours: Toward a property theory of rape, Columbia journal of law and social problems, Vol. 30, 1997, p. 459.

المتمثل في الاستقلال الذاتي الشخصي هو الأوفق[٤٧].

ويؤكد أنصار هذه التوجه على أن هذه الاعتراضات على الملكية أصبحت مجرد اعتراضات أخلاقية، فالأفراد يمتلكون أنفسهم، ويتم اكتساب هذه الملكية الذاتية من خلال الحيازة الطبيعية التي تشكل الأساس وراء معظم حقوق الإنسان[٤٨]، ومن ثم، فحقوق الملكية هي حقوق يملكها أفراد المجتمع في مواجهة بعضهم البعض[٤٩].

## الفرعالرابع

## الملكية الذاتيةتعبير عن الشخصية والاستقلال الذاتي (نظرية "الإنسانية)

يأخذ أنصار هذا التوجه بما يعرف بالاستقلال الذاتي الذي يعني قدرةالشخصعلى اتخاذ القرارات الخاصة فيما يتعلق بجسده. ووفقًا لهذا المفهوميعرف الفقه[٥٠] الملكية في الجسد البشري بأنها القدرة على اتخاذ القرارات القابلة للتنفيذ قانونًا على جسم الإنسان.

وبدأ أنصار ذلك التوجه الرابع إلى تصنيف أعضاء جسم الإنسان إلى صنفين وهما، أعضاء جوهرية وأعضاء غير جوهرية. وتكون الأعضاء جوهرية إذا كانت إذا كانتتشكل ضرورة لاستمرار وجود حياة الإنسان، وغيرها يكون غير جوهري، بمعنى أنه إن الإنسان إذا كان قادرًا على الاستمرار في الحياة بدونها، فإنها توصف بكونها غير جوهرية.

وبدأوا يدللون على ذلك الأمر بأن الأشخاص الذين فقدوا قرنية العين ليسوا اقل إنسانية من أولئك الذين لم يفقدوها، والأشخاص الذين عاشوا بدون كلى سليمة معتمدين على أجهزة غسيل الكلى ليسوا اقل من الأشخاص الذين يعشون بكلى سليمة تعمل بكامل طاقتها، وكل هؤلاء لا يقلوا إنسانية عن غيرهم من الأشخاص الذي تعمل أعضاؤهم بشكل سليم وفعال. فكل شخص فقد أحد أعضائه يبقىإنسانًا دون أن ينقص ذلك من شيء.

ومن ثم، إذا كانت إزالة الكلى أو أعضاء الجسم الأخرى لا تجعل الشخص أقل إنسانية من غيرهم فيظل إنسانًا، فما الذي يمنع القانون من منح الأفراد سلطة صنع القرارات الكاملة على أجسادهم؟وما الذي يقف عقبة في طريق معاملة أجزاء الجسم البشري كمحل لحق الملكية؟[٥١]

(47) **C. E. Baker**, Property and its relation to constitutionally protected liberty, University of Pennsylvania law review, Vol. 134, 1986, p. 741.

(48) **A. Mossoff,** What is property? Putting the pieces back together, Arizona law review, Vol. 4, 2003, p. 396.

(49) **E. R. Gold**, op. cit., p.114.

(50) **A. George**, op. cit., p. 36.

(51) For more discussion see:**J. W. Harris,** Who owns my body? op. cit, p. 58.

ويشير الفقه إلى أنه هناك صعوبة في تعريف الإنسان، كما أن هناك اهتمام كبير بالخصائص الفسيولوجية لجسد الإنسان وتكوينه. ومن ثم محاولة وضع تعريف للملكية على الجسد، ستثير صعوبة أيضًا، فالإنسان هو أكثر من مجرد وجود في الشكل المادي الذي هو عليه. ومن السوابق القضائية والمنطق الذي استندت إليه المحاكم في استنتاجاتها حول تحديد مفهوم "الممتلكات" أو "غير الممتلكات"، فإن الإنسان هو من يكون قادرًا اتخاذ قرارات مستقلة بشأن أفعاله وسلوكياته الخاصة. وعلى هذا فإن الجثة الميتة التي فقدت هذه الخصائص تخرج عن مفهوم الإنسان وتصلح محلا لحق الملكية، كما أن الجسد الحى والذي لا يتوافر فيه قدرة صاحبه على اتخاذ القرارات بشأن أفعاله أو سلوكه والذي تكون وظائف المخ قد توقفت يمكن أن يكون صالحًا لأخذ أعضاء منه. كذلك، ويسري ذلك أيضًا على أجزاء الجسم التي يمكن فصلها ولا تؤثر في قدرة الإنسان على اتخاذ القرار المستقل، وهذه الأجزاء هي التي يسمح عادة للتبرع بها وخاصة إذا كانت قابلة للتجديد أيضا(٥٢).

ومن ثميمكن الاعتماد على ذلك لتصنيف أجزاء الجسم على أنها "جوهرية" أو "غير أساسية" للفرد كإنسان ومن ثم تصنيفها إلى أجزاء تصلح كممتلكات وأخرى لا تصلح.ومن ثم،فأجزاء الجسد التي يمكن التعامل فيها وتصلح كمحل للحقوق، هي تلك الأجزاء التي لا تتصل بالمخ، وهي أجزاء لا لزوم لها لاستمرار بقاء الشخص المعرفي ومن ذلك، الدم، الحيوانات المنوية، نخاع العظام، كلى واحدة.

أما إذا كان التصرف في أعضاء أخرى لها علاقة بقدرته على الإدراك أو العيش بصفة عامة، مثل القلب أو الكليتين معًا أو قرنية العينين، في هذه الحالة يجب أولا إثبات أن المتبرع قد توفى، مما يترتب عليه استنتاج مفاده أن عقله قد انفصل عن الجسم، ومن ثم فإن قرار التصرف بالجسد أو أجزائه يمكن أن من شخص على جسم شخص آخر، وسواء كانت سلطة اتخاذ القرار منوطة بأحد الأقارب أم من قبل الأطباء.

وعلى هذا يمكن القول بأن القدرة على صنع القرار المستقل هو ما يشكل إنسانية الشخص، وبناءً على ذلك، يمكن إزالة عضو من الجسم إذا كانت تلك العملية لن تؤثر على قدرة المانح على اتخاذ قرارات مستقلة، حيث اعتمد الفقه على مسألة "الاستقلالية البشرية" التي تعني اتخاذ القرار في جسم الإنسان كمبرر الملكية في الجسم(٥٣).

ومن هذه المفاهيم، يتبين أن الشخص الذي يتمتع بقدرة نفسية على التفكير المستقل هو صاحب استقلال ذاتي، لأنه يتمتع بسلطة اتخاذ القرار بشأن جسده.ولذلك، فإن القدرة على التفكير هي التي تجعل

(52)**M. J. Radin**, Property and personhood, Stanford Law Review, Vol. 34, 1982, p. 957.
(53)**A.Hyde**, Bodies of Law, Princeton university press, 1997, p. 258.

الإنسان "شخصا". ويعد الجزء المرتبط بالفكر في جسد الإنسان هو "المخ" باعتباره الجزء المادي والذي يعبر عنه أيضًا بجزء معنوي يسمى "العقل"[٥٤].

وبما أن الناس لا يمكن أن يُعرفوا إلا من خلال شيء مادي معين وهي أجسادهم، فإن القانون يعرف هذه الأجساد على أنها البشر، ويترتب على ذلك أنه إذا كانت حقوق الملكية تنسب إلى الجسد من قبل المجتمع، فهي حقا حقوق تعزى إلى الكيان المعنوي للشخص– العقل – على الرغم من أن الهدف الملموس الذي يعلقون عليه هو جسم الإنسان المادي المرتبط به[٥٥].

وهكذا، فإن التمييز بين العقل والجسد يوفر تبرير للتفرقة بين الجسد البشري وأعضاؤه، ويرتبط ارتباطا وثيقا مع التمييز الفلسفي بين الجسم والعقل. فالفرق بين المعاملة القانونية للجسد الحي والجثة يمكن أن يُفسر بالفرق بين الجسد مع العقل وبدونه، وبالتالي فإن النقاش حول متى يموت الجسم – وتعريف "موت الدماغ" هي التي تفسر إمكانية السماح بالحصول على الأعضاء لزراعتها وإمكانية استخدام الأجنة كمصادر لأنسجة الجسم.

ومن كل ما سبق يذهب أنصار هذه النظريةإلى أن كل إنسان ينبغي أن يكون له سلطة صنع القرار على جسده من وهو يمثل التعبير عن الاستقلال الذاتي الذي هو جوهر الحرية، إذ يجب أن يعبر الأفراد عن حريتهم من خلال القرارات والإجراءات التي يتحملون مسؤوليتها، فتلك القرارات هي تعبيرات عن الذات البشرية ويصفها البعض بأنها: "السلطة والقدرة في الاختيار بين نعم ولا، وهي سيادة لا تتجزأ من الذات .هذه السلطة تجد مظهرها المثالي في القرار"[٥٦].

## الفرع الخامس

## إمكانية ممارسةسلطات المالك على الأعضاء والأنسجة الآدمية

## (قابلية الجسد البشري للتصرف والانتفاع المقيدين)

تبنى هذا التوجه رأي في الفقه الإسلامي المعاصر[٥٧]،فإذا كان البيع يتوافر فيه عدة شروط، فإن واحدًا من أهم هذه الشروط ما اشترطه الفقهاء المبيع من أن يكون المبيع مالًا متقومًا، وهو شرط لانعقاد البيع وصحته، وهو ما اتفق عليه الفقهاء مع اختلافهم في تطبيقاته.

ووصف المالية أو تقوم المبيع عند الفقهاء لا يتحقق إلا بتوافر شروط تتمثل فيما يلي:

---

(54)**M. J. Radin**, op. cit., p. 958.

(55)**A.Hyde**, op. cit., p. 264.

(56**F. Paul, E. Miller, D. Fred, and P. Jeffrey**, Property rights, Cambridge university press, 1994, p. 247

(٥٧) **د. محمد نعيم ياسين**، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ١٩٨٧، ص ٢٤٥ وما بعدها.

أ- أن يكون الشيءيمكن الانتفاع واقعًا، أي إن الإنسان يستطيع الانتفاع به ويحقق له مصلحة، كالأكل والشرب والملبسوالتداوي وما يماثلها.وأما الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها، ولا تحقق مصلحة للإنسان فلا يجوز أن يتم بيعها.ويمكن أن يلحق بهذه الأشياء، ما له في الواقع انتفاع ولكن لم يكتشف الإنسان هذا النفع بعد.

ب-أن يكون الشيء ماديًا، وهذا الشرط قال به فقهاء المذهب الحنفي؛ إذ إن البيع عندهم لا يتم إلا على الأعيان المادية، دون المنافع.

ج- أن تكون هناك إباحة فيالانتفاع به في وجه من وجوه الانتفاع[٥٨]دون اشتراط أن يكون الشرع قد أجاز الانتفاع به في كل وجوه الانتفاع التي يصلح لها بحسب طبيعته، ولكن يكفي أن تكون الإباحة في وجه في وجه واحد، ومثال ذلك: الكلب الذي يجوز الانتفاع به في الحراسة أو الصيد دون جواز الانتفاع به للأكل.

والشرط الأخير يقتضي أن يكون: (١)المعقود عليه غير نجس أي طاهر، فإن كان غير طاهر كان حكم البيع هو التحريم والبطلان كما في حالة الميتة ولحم الخنزير وعضو الحيوان الحي إذا تم قطعه لأنه كالميتة[٥٩]. (٢) ألا يكون الشيء مستعملاً في محرم، كالأصنام، وآلات اللهو الحرام[٦٠].(٣) ألا يكون الشيء مكرمًا تكريمًا يرفعه من البيوع كالإنسان الحر[٦١]. (٤) ألا يمكن تملكه من إلا إذا تم المساس بحق من حقوق الله تعالى أو حقوق البشر، كالمساجد أو الإنسان[٦٢].

وبالنسبة للإنسان ككل، فقد أجمع الفقه على تحريم بيع الإنسان وبطلانه إذ لا يعتبرونه مالاً لما صح عن رسول اللهصلى الله عليه سلمأنه قال ( قال الله عز وجل ) : "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا وأكل ثمنه: ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره"[٦٣].

---

(٥٨) **أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (الحطاب)**،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٧٨، الجزء الرابع، ص ٢٦٣.

(٥٩) **علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى**،بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، الجزء الخامس، ص ١٤٣.

(٦٠) **محمد بن على بن محمد الشوكانى**،نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخيار، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، الجزء الخامس، ص ٢٣٧.

(٦١) **شمس الدين أبى عبدالله محمد أبى بكر (ابن القيم الجوزية)**، زاد المعاد فى هدى خير العباد محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، الجزء الرابع ص ٤٧٣.

(٦٢) **أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (الحطاب)**،مرجع سابق،الجزء الرابع، ص ٢٦٣.

(٦٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع ، باب إثم من باع حرًا، حديث رقم ٢١٥٠.

ولا يرجع نفي المالية عن الإنسان عند الفقهاء إلى عدم المنفعة؛ ذلك أن منافع الإنسان متعددة، ويجوز مبادلتها على سبيل الإجازة، ولكن هناك أسباب أخرى منها: أن الله عز وجل قد كرم الإنسان، وأن الإنسان لا يقبل للدخول في ملك غيره؛ فإدخاله في ملك غيره إهدارًا لحقه، كما أن الإنسان ليس له أن يبيع ما لا يملك فالإنسان الحر لا يدخل في ملك أحد. كذلك، فإن اعتبار الإنسان مالاًيتنافى مع حريته الثابتة، لأن القول بقابليته للبيع والتملك ينافي حقه في الحرية(٦٤).

أما فيما يتعلق بأعضاء الإنسان، فقد أجاز جمهور العلماء بيع لبن المرأة، أما ما عداه من أعضاء للإنسان فهي ليست بمال ومن ثم لا يصح بيعها، و سبب اختلافهم فيه لا يرجع إلى اختلافهم في الأصل الذي أجمعوا عليه، ولكن سببه هو اختلافهم في تعليل ذلك الأصل، فقد اختلفوا في تحديد علته على الأقوال الآتية:

-إن علة تحريم بيع أعضاء الإنسان يتأسس على التكريم الذي منحه الله عز وجل للإنسان، وبالتبعية ينسحب هذا التكريم على أعضائه دون استثناء وإن أمكن الانتفاع به بأي صورة من صور الانتفاع(٦٥).

-إن علة تحريم بيع أعضاء الإنسان أنها إذا فصلت عن جسد الإنسان زال عنها النفع ومن ثم، فلا يمكن اعتبارها مالاً، فالشيء لا يعتبر مالا إلا إذا كان منتفعا به في الواقع وأن النفع به مباحًا (٦٦)، ولذلك فإن بقي النفع قائمًا بعد الفصل، جاز بيعه، وهو ما تم تطبيقه على لبن المرأة حيث أجاز بيعه كل من الشافعية والمالكية والحنابلة.

وقد ذهب رأي إلى أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، ومعنى الأطراف هنا ينسحب على أي عضو أو جزء من الأجزاء الإنسانية معزولاً عن باقي الأعضاء التي لا يجوز التصرف بمجموعها(٦٧). ولكن الإنسان يستطيع أن يضحي بجزء من أجزاء بدنه لإنقاذ حياته، فهي كالمال خلق وقاية للنفس. كما أن الحنفية أنفسهم أجازوا العقد على منافع الأشياء -بالإجارة- بالرغم من أن المنافع ليست من الأموال عندهم، وهو استحسان تبرره الضرورة(٦٨).

---

(٦٤) **د. محمد نعيم ياسين**، مرجع سابق،ص ٢٥٠ وما بعدها.

(٦٥) **أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (الحطاب)**،مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٢٦٤ بعدها.

(٦٦) **محمد أمين بن عابدين**، حاشية رد المحتار على الدر المختار- شرح تنوير الأبصار، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى، القاهرة، ١٩٦٦، الجزء الرابع، ص١٦٢.

(٦٧) **أبي بكر مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، الجزء السابع، ص ٥٦. **أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي**،مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٧٨.

(٦٨) **د. عبدالودود مصطفى مرسي السعودي**، مرجع سابق، ص ٧٦.

بيد أن الآراء السابقة، كانت بسبب عدم تصور الفقهاء إمكانية الانتفاع بأي عضو من أعضاء الإنسان تم فصله عن الجسم؛ إذ لم يكن في مخيلتهم إمكانية الانتفاع بتلك الأعضاء دون أن يمس ذلك بكرامة الإنسان، ففي زمن هؤلاء الفقهاء لم يُعرفأو يكون متصورًا أو يخطر ببال أحد إمكانية نقل عضو بشري إلى جسد شخص أخر أو زرعه لعلاج أي نوع من أنواع الأمراض أو لتؤدي ذات الوظيفة التي أعطاها الله له. وإذ تخيل هؤلاء الفقهاء التطورات الطبية الحالية في نقل الأعضاء والاستفادة منها، لقاموا بإداء رأيهم فيها واستنبطوا أحكامه.

ولهذا، فإنه مع التطورات المستحدثة في الانتفاع بالأعضاء والأنسجة البشرية والتي أصبح نفعها وحاجة الكثيرين لها لم يعد محل جدل، تجلت الحاجة إلى إعادة النظر في المبررات التي ساقها الفقهاء للحكم بتحريم بيع الأعضاء البشرية وبطلانه. خاصة وأن الفقه الإسلامي الحديث قد أجاز التبرع ببعض الأعضاء لغرض زرعها فيمن يحتاج إليها.

ولكي لا يكون التبرع بالأعضاء غير متعارض مع الكرامة الإنسانية، فإن الأعضاء البشريةلا يجوز أن يتم تداولها لغرض الربح والتجارةأو بيعها لاستخدامها في غير الغرض الذي خلقت لأجله. أما إذا تداولتلاستخدامها في ذات الغرض التي خلقت من أجله، ولم يكن بيعها لغرض الربح أو التجارة، فإنه إذا تم البيع في تلك الحدود فلا امتهان فيه لكرامة الإنسان ولا تعارض معها. فليس هناك ما يحط من كرامة الإنسان إذا تم نقل كلية من شخص لأخر تتوقف عليها حياته، ولو أخذ صاحبها بدلاً ماليًا[٦٩].

وإذا تم الادعاء بأن البيع يترتب عليه نقل ملكيةالمبيع إلى المشتري، وتملك المشتري الثمن، وأنه يترتب عليه نشأة حق عيني للمالك يعطيه جميع صور التصرف من بيع ورهن وهبة وغيرها وأن ذلك يتعارض مع كرامة الإنسان[٧٠]، فإنه ذلك مردود عليه بأنهحق الملكية يعطي صاحبه الانتفاع بما يملك على الوجه الذي يصلح له، ويبيحه الشرع، فالانتفاع ليس مطلقًا، ومن ذلك صاحب العنب الذي اشتراه لا يجوز له أن ينتفع به باستخراج الخمر منه، وكذلك من اشترى حيوانًا لا يجوز له أن يأكله إذا كان الشرع لا يبيح أكله، فالانتفاع مقيد بالمشروعية، ومن ثم فإن منيشتري عضوًا بشريًايكون له عليه حق انتفاع، ولكن هذا الحق مقيد بالمشروعية، أي إنه لا يجوز له يستعمله في غير ما خلقه الله له، ولا أن يقوم بتداوله والتجارة فيه بغيًا لربح محرم، لأن ذلك يتنافى مع كرامة الإنسان.

ومن ثم، فيجوز شراء هذا العضو واستعماله فقط في غير محرم من الشرع، وهذا القيد مصدره الشرع دون اشتراط رضا البائع.

---

(٦٩) **د. سيدة فاطمة طبطبائي**، بيع الأعضاء البشرية لزرعها للمحتاجين إليها من منظور علماء الإسلام، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، القاهرة، المجلد الثالث، العدد ٢٣، ٢٠١٤، ص ٣٧٧.

(٧٠) **محمد أمين بن عابدين**،مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٤.

كما أنه يحرم على الإنسان أن يبيع أعضائه لمن يعلم أن سوف يستعمله في التجارة أو في الربح وبما يمتهن كرامة الإنسان.

ولا يجوز قياس بيع الأعضاء على بيع الحر إذ إن بيع الأخير سببه تعارضه مع كرامة الإنسان وإهدارًا لحقه الثابت في الحرية، وهذا الأمران لا يتحققان في بيع الأعضاء البشرية، فلا قدح في الكرامة إذا بيع العضو لاستعماله فيما خلق له بهدف إنقاذ مريض من الهلاك ، والحر لا يباع من أجل هذا الغرض. كذلكفإن بيع الإنسان لأعضائه لا ينافى حريته، فمن باع جزءًا من دمه أو باع كليته لا يفقد شيئا من حريته(٧١).

فضلاً عن ذلك، فلا يجوز قياس العضو البشري الذي تم فصله من جسد الإنسان أثناء حياته على عضو الحيوان المقطوعأثناء الحياة، فالأخير محرم وباطل بيعه لعدم طهارته، لأنه ميتة، وميتة الحيوان نجسة، أما أعضاء الإنسان المقطوعة عن جسده فهي طاهرة، إذ إن الراجح لدى الفقهاء أن أجزاء الآدمي المنفصلة طاهرة كجملته، ومن ثم ذهب نفر إلى جواز بيع أجزاء الإنسان إذا كان يستفاد منها(٧٢).

وبناءً على ما تقدم، فإنما ذكره الفقهاءمن بطلان بيع أي عضو من أعضاء الإنسان، لم تعد حاليًا أسبابها متحققة في بيع الأعضاء البشرية لغرض العلاج أو التداوي، أو على الأقل أمكن تحاشيها عند إجراء هذا البيع، إذ لم يعد هناك مجال للقولبعدم منفعة عضو الإنسان أو القول بعدم إمكانية الانتفاع به إلا إذا تم إهدار الكرامة الإنسانية. فالفقهاء عندما ظهر لهم انتفاع من وراء لبن المرأة بضوابط معينة أجازوا بيعه، ومن ثم إذا كان قد ظهر لهم المنافع من نقل الدم أو الأعضاء وفوائده كما هو في الوقت الحالي، لكان جرى بينهم من الخلاف في بيعه مثلما جرى في بيع لبن المرأة(٧٣).

## المبحث الثاني

## أساسنشأة حق ملكية على الجسد البشري

يتعلق الاستخدام الشائع لمصطلح "الملكية" بالأشياء المادية، في حين أن التعريف القانوني للملكية يمكن أن يشمل جميع المصالح التي قد تكون لدى الشخص وتخضع لحيازته وتحميها الدولة(٧٤).

---

(٧١) **د. محمد نعيم ياسين**، مرجع سابق،ص ٢٥٧.

(٧٢) "عند الحنفية أن ما انفصل عن جسم حي وكان فيه دم فهو نجس لا يجوز الانتفاع به. ونُص أيضاً على أنه لا يجوز التداوي بعظم الآدمي أو آي جزء منه؛ لعدم الطهارة أو الكرامة الإنسانية". لمزيد من الشرح حول الآراء الفقهية راجع:**د. عبدالودود مصطفى مرسي السعودي**، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦.

(٧٣) **د. محمد نعيم ياسين**، مرجع سابق،ص ٢٥٨ وما بعدها.

(74)"In common usage, the term "property" relates to material objects, whereas the legal definition of property is the collection of interests a person may have, incident to ownership, and protected by the state".**C. M. Thomas**, A Framework for the collection, retention and use of

وتتيح الملكية إمكانية استغلال الأشياء واستعمالها والتصرف فيها، كما أن المالكين يخضعوا لعدة قيود على استخدام ممتلكاتهم، كما أنه يمكن أن تنشأ الملكية من خلال مجموعة متنوعة الأعمال القانونية منها الحيازة.

وعلى هذا، فإن العلاقة بين الأشخاص وأجسادهم تنطوي على العديد من خصائص الملكية، مثل الحيازة أو الاستخدام الحصري أو القدرة على التصرف أو التعديل والحصانة من الحيازة غير المشروعة والقسري. وتتفاوت قرارات المحاكم بشأن ما إذا كانت هناك مصالح ملكية في أجزاء الجسم، تبعا لأهداف السياسة العامة والظروف الواقعية. فالملكية هي فكرة معقدة تختلف في حالات متعددة ومعظم النظريات المتعلقة بملكية الأشياء تبدو في البداية أنها غير مناسبة لأجزاء الجسم(٧٥).

والحجة الأساسية التي كانت ضد إمكانية سريان حق الملكية على أجزاء الجسم البشري هي أنه إذا تمكن الأشخاص من ممارسة سيطرتهم على أجسادهم بطريقة تميز ممتلكاتهم التجارية في أجسادهم، فإن ذلك يؤدي إلى معاملتهم بأنفسهم كوسيلة فقط وليس كغايات،وهي بذلك تنتهك كرامتها الإنسانية(٧٦).

وعلى النقيض من ذلك، فإن الموقف المؤيد للملكية هو أن حرمان الأشخاص من حق ممارسة السيطرة على الممتلكات على أجسادهم ينتهك كرامتهم الإنسانية، خاصة إذا كان حق الملكية يتقرر لطرف ثالث يحوز أجزاء من جسد أخرين. فبمجرد أن يتم استئصال أجزاء من الجسم، فإن مانح هذه الأجزاء لا يملك حقوقًا للملكية، ولكن الحائزين التاليين يحصلون على هذه الحقوق.وإن كان مانح تلك الأجزاء البشرية يسمح بتقييد الاستخدامات التي قد تُستخدم فيها تلك الأجزاء(٧٧).

ويذهب الفقه(٧٨) إلى أن القانون الإنجليزي قد تطور في العقد الأخير لتوفير حماية كبيرة لتقرير المصير للأفراد من خلال الاعتراف "بحق السلامة الجسدية"للأشخاص وإمكانية الحصول على موافقة معينة للحصول على أعضاء الجسد.والحق في السلامة الجسدية يعني الحق في عدم التعرض للأذى الجسدي ضد إرادة الشخص، والحق في عدم إزالة أجزاء الجسم دون موافقة، طالما كانتالموافقة مطلوبة، لأن إزالة الأعضاء البشرية ترقى إلى الأذى الجسدي(٧٩).

---

human body parts, A thesis of doctor in philosophy in law, Victoria university of Wellington, New Zealand, 2006, p.18.

(75)**Ibid.,** p.18.

(76) "Historically, the feudal doctrine of tenures and slavery were examples of property rights in the human body. This continued until slavery was abolished in the nineteenth century". **H. Catterall**, Judicial cases concerning American slavery and the Negro, Irish university press, Shannon, 1968, p.13.

(77)**J. Waldron**,The right to private property, Clarendon press, Oxford, 1988, p. 28.

(78)**A. Grubb**, I, Me, Mine: Bodies parts and property, Medical law International, Vol. 3, 1998, p. 295.

(79)**J. E. Penner**, The Idea of property in law, 2ed., Clarendon press, Oxford, 1997, p. 6.

ويذهب الفقه[٨٠]إلى أنه إذا كانت الملكية هي حق قابل للتنفيذ بشكل عام ضد الآخرين فإنه لا يوجد تعريف واحد للملكية التي يمكن أن تنشأ على الجسد بسبب عدم وجود إجماع على المقصود بالأشياء التي تسري عليها الملكية. وعلى هذا فقد ظهرت عدة مبررات ونظريات تؤسس لمفهوم الملكية بصفة عامة وتطويعها للتطبيق على الجسد البشري، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

## المطلب الأول

## الملكيةترد على شيء الجسد باعتباره مادي ملموس

تشير معظم كتابات الفقه الإنجليزي في القرن التاسع إلى وجود شبه اتفاق على مفهوم الملكية، فمنهم من ذكر أن الأشياء تخضع للملكية هي تلك الأشياء التي لها كيان مادي ملموس فقط، ومن ثم لا نمتلك دينًا أو براءة اختراع أو حقوق نشر، فكلها مجرد إبداعات للقانون، فبدون الكيان المادي للأشياء لا تنشأ السلطة المادية الفعلية للمالك[٨١].

وفي هذا الشأن يذهب أنصار هذا إلى أن التعريف "الأساسي" للملكية هو أن للشخص حقوقًا معينة على شيء وتتمثل تلك الحقوق في:

- الحق في الاستعمال.
- الحق في الاستبعاد أي حق المالك في منع أو الحد من سلطات الأخرين في استعمال أو التعامل مع الشيء المملوك له.
- الحق في التصرف.
- الحق في التعويض.

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الحق في التصرف يعد أداة للتمييز بين حقوق الملكية وحقوق في السلامة الجسدية، وأن الادعاء بأن الأشخاص يمتلكون أجسادهم أمر قد يكون مستغربًا؛ لأنه من غير المقبول عموماً أن يقوم الأشخاص بنقل أو إنشاء حقوق عينية على أجسادهم إلى الآخرين بصورة

(80)**L. C. Becker**,Property rights: Philosophical foundations, Routledge, London, 1977, p.4.

(81) "Only things which can be owned are determinate things, that is, an actually existing physicalobject….We cannot in this sense own a debt, or a patent, or a copyright, all of which are mere creations of the law, without any physical embodiments over which physical power can be exercised. Accordingly, strictly speaking, such rights are not property". **J. A.Strahan,**A General View of the law of property,2ed, Stevens and Sons Ltd, London, 1897. Book Available on https://archive.org/stream/cu31924021641935/cu31924021641935_djvu.txt, Visited on 23/5/2018.

دائمة[٨٢]. بيد أنه قد تم الرد على هذه الحجة بأن هذا الأمر أصبح مقبولا ومتعارفًا عليه الأن مع تبرع الأشخاص بالأعضاء الحية للغير[٨٣].

وفي اتجاه مغاير ذهب رأي إلى أن جوهر الملكية ليس مجرد مجموعة من الشروط الضرورية والكافية الواردة على شيء ليكون قابلا لأن يكون محلا لحق الملكية، فالملكية في الحقيقة ليست أكثر من مجموعة من المطالبات والحقوق، فإذا كان لدى أي الشخص حقوق على شيء، وتلك الحقوق مشابهة للحقوق التي يتمتع بها الغير على الأشياء فهو هنا يكون مالكًا ولا ضرر من اعتبار تلك الحقوق حقوق ملكية[٨٤]، ومن ثم فإن الملكية تعد كحزمة متغيرة من الحقوق، لأنه تلك الحقوق متغيرة ما قد يعتبره البعض أساسًيا في مفهوم الملكية قد يعتبره أخر لا يدخل في هذا المفهوم[٨٥].

كما ذهب الفقه[٨٦] إلى أنه لا يستطيع الإنسان التصرف في نفسه لأنه ليس شيئًا؛ فهو لا يملك نفسه، فهو إذا كان خاضعًا للملكية، فإنه سيكون شيئًا يمكن تملكه.وبالمثل، ذكر الفقه أن الأشياء المادية وحدها، هي موضوعات الملكية. لكن ليست كل الأشياء المادية يمكن أن تكون محل للملكية. فعلى سبيل المثال، لا يمكن بموجب القانون الإنجليزي أن ينشأ حق الملكية على أي عضو من جسم الإنسان، حي أو ميت، على الرغم من أن أقارب المتوفى يحق لهم امتلاك جثته لأغراض الدفن فقط، وغير هذا الاستثناء يمكن القول بشكل عام أن أي شيء مادي يمكن حيازته يمكن امتلاكه[٨٧].

وعلى هذا، تقتصر الملكية على الأشياء المادية الملموسة، لأنها كانت مرتبطة نظريًا بالسيطرة والهيمنة على الشيء أو القدرة على تغيير الطبيعة الأصلية للشيء. ولهذا كان المفهوم أنه بمجرد أن يتحكم الشخص أو يسيطر على شيء ما، أو يغير من حالته الطبيعية، فإنه يصبح بذلك ملكًا لهذا الشخص.

---

(82)**F. Paul, E. Miller, D. Fred, and P. Jeffrey**, op. cit., p. 213-214.

(83) **C. M. Thomas**, op. cit., p.18.

(84) **J. J. Thomson**, The realm of rights, Cambridge university press, 1990, p. 225.

(85)**C. M. Thomas**, op. cit., p.19.

(86) "Man cannot dispose over himself because he is not a thing; he is not his own property; to say he is would be self-contradictory; for in so far as he is a person he is a subject in whom the ownership of things can be vested, and if he were his own property, he would be a thing over which he could have ownership. But a person cannot be property and so cannot be a thing which can be owned, for it is impossible to be a person and a thing, the proprietor and the property". **H. J Paton**,Groundwork of the metaphysics of morals, Hutchinson, London, 1953,p. 165.

(87) "Physical objects alone, then, are subjects of ownership. But all physical objects cannot be owned. For example, there cannot by English law be any property in a human body, living or dead, though the executors of a dead testator are entitled to possession of his body for the purposes of burial…. With this exception, however, it may be said generally that any material thing of which physical possession can be taken may be owned". **J. Locke**,The second treatise of Government, Thomas P Peardon (ed.), The liberal arts press Inc, New York, 1952, p. 17.

وقد دفعت فكرة السيطرة والهيمنة والقدرة على التغيير رأيًا في الفقه[٨٨]إلى القول بأن لكل شخص مصلحة في الملكية على جسده. فإذا كان لدينا حق ملكية على كياننا المعنوي، فليس لدينا ذلك الحق في أجسامنا المادية.وهذا يعني أننا لدينا حق ولكنفي الحالة التي يتدخل فيها عملنا ويختلط بالشيء، لأن العمل هو تعبير عن وجودنا ووضعنا كأشخاص، ولهذا يكون لدينا حق على ما نستطيع أن نصنعه، ومن ثم فنحن لا نملك أجسادنا لمجرد أننا نعيش فيها، ولا نستطيع أن نمارس عليها عملاً.وبالتالي، فإن الملكية مرتبطة بالحيازة الشخصية وهي مشتقة من العلاقة المتبادلة بين وجود العمل، والنشاط الهادف ووجود الأشخاص وتملكهم لجسدهم، وبالتالي فإنهيمكن أن يكون للشخص حق ملكية على الأعضاء البشرية التي ورد عليها عمله الخاص[٨٩].

## المطلب الثاني

## الملكية تشكل حزمة من الحقوق التي تسرى على الجسد

يذهب الفقه إلى أن هناك حقوق عينية تنشأ لصاحب الجسد على أعضاء جسده، فإذا كانت الحقوق العينية تنشأ كعلاقة بين الأشخاص على الأشياء، فإنه يمكن أن تنطبق على الجسد[٩٠]. فهناك سلسلة من الحقوق والالتزامات القانونية الأساسية تظهر في مجال العلاقات بين الأفراد ويتمتعون بها وهي تشمل الحقوق والواجبات والامتيازات، والسلطات، والالتزامات، والحصانات، وهذه العلاقات يمكن وصفها من منظور كل جانب من جوانب العلاقة، فالحق هو ادعاء بأداء عمل في مواجهة شخص آخر، وهو ما ينشئ واجبًا على الجانب الآخر من العلاقة القانونية بعمل أو الامتناع عن عمل بطريقة معينة[٩١].

وإذا كانت فكرة الملكية الكاملة تعني الحق في الحيازة، والحق في الاستعمال، والحق في الاستغلال، والقدرة على التصرف، ومن ثم فإن حقوق الملكية هي عادةً مجموعة من أنواع مختلفة من الحقوق أو الحريات، ومن ثم فإن الشخص قد يكون له السلطة في استخدام الحق ويمكن أن يمارسه، وهو ما يعد امتيازًا. والامتياز وفق هذا الرأي يعني الحرية القانونية من مطالبة شخص آخر، أي أن يكون الشخص

(88) **B. Boukhart**,What is Property, Harvard journal of law and public policy, Vol. 13, 1990, p. 775.
(89) **J. W. Harris,** Who owns my body? op. cit, p.64.
(90)**L. C. Becker,** op.cit., p. 6.
(91) "a right is an affirmative claim against another, which creates a correlative duty in the person on the other side of the legal relationship to act or avoid acting in a certain manner … Thus, a right is an affirmative claim against another, which creates a correlative duty in the person on the other side of the legal relationship to act or avoid acting in a certain manner. A privilege is the legal freedom from the claim of another person. The person against whom the privilege exists has a correlative "no right" to determine that the person with the privilege must act or not act according to the privilege…. These included the right to possess, the right to use, the right to manage, and the power of transmissibility. He argued that all were necessary to have full ownership, but not all incidents were needed to have some form of ownership…".**J. E. Penner,** The bundle of rights - Picture of property, UCLA law review., Vol. 43, 1996, p. 711.

بمنأى عن مطالبة شخص أخر بأن يفعل أو لا يفعل أمرًا ما.وبالتالي، فإن هناك مجموعة واسعة من الحقوق التي إذا تقررت للشخص كان له الحق في المطالبة بالملكية، وهو ما أطلق عليها "حزمة الحقوق"[٩٢]. فحقوق الحيازة والاستعمال والاستغلال والتصرف، هي الحد الأدنى الضروري لتشكيل الملكية ولكن هذه الحقوق ليست مطلقة، بل هي نسبية ومحدودة، ومقيدة بالمصالح الأخرى للغير[٩٣].

ويذهب هذا الرأي إلى أن حق الملكية هو حق سلبي، أي حق الاستبعاد على محل الأشياء المملوكة، فالملكية هي حق دستوري وقانوني في استبعاد الآخرين من استعمال موارد محددة يمكن تحديدها في الأصل من خلال امتلاكها أو اكتسابها دون إكراه أو تدليس[٩٤].

ويعتبر هذا الرأي أن الملكية ترد على أشياء معينة إذا كانت تعتمد على القيم القانونية السابقة، فلن تكون هناك حاجة للدولة لفرض الملكية إذا كان الناس يحترمون دائما الأشياء التي يحتفظ بها الآخرون. وبهذا المعنى، تشارك الملكية في إنشاء النظام الاجتماعي والحفاظ عليه وتشجع تنمية الموارد، من خلال حماية الموارد الخاصة المكتسبة استيلاء الآخرين في المجتمع[٩٥].

ويؤكد هذا الرأي على أنه في الملكية يكمن جوهر المفهوم الخاص بها، وهو حق الاستثناء الخاص الذي يعني أن المالك يستطيع منع الآخرين من أي انتفاع للموارد التي يملكها وهناك واجب على الآخرين في عدم انتهاك هذا الحق.

وبالتالي، فإن "مجموعة" الحقوق الإيجابية، مثل الحيازة والاستعمال، يمكن أن تستمد جميعها من حق الاستبعاد السلبي. على سبيل المثال، إذا استطاع المالكون استبعاد الآخرين من الناحية القانونية من التدخل في موارد أرضهم، فيمكنهم امتلاك الأرض، واستعمالها بطرق لا حصر لها والتي تترك حقًا متساو في الآخرين في استخدام مواردهم، أو التصرف فيها من خلال البيع، أو الهبة للآخرين.

وفيما يتعلق بتطبيق فكرة "حزمة الحقوق" على الجسد البشري، يذهب الفقه[٩٦] إلى أن هناك العديد من الصعوبات التي تنشأ عند تطبيق هذه الفكرة على أجزاء الجسم، مثل القدرة على التصرف، ومن ثم تصلح أن يكون عليها فقط حقوقًا شخصية وليست عينية كحق الملكية. وبناءً على ذلك يكون للشخص على جسده حقوق وامتيازات وصلاحيات وحصانات في مواجهة الأخرين. حيث يكون لكل شخص الحق في استخدام أجزاء جسمه دون تدخل من الآخرين، مما يؤدي إلى واجب على الآخرين عن بعدم إعاقة

(92) Bundle of rights.

(93)**J. A. Bovenberg**, Property rights in Blood - Genes and data, Martinus Nijhoff, Boston, Nijhoff Law Specials (Book 66), 2006, p. 132.

(94) **O. L. Reed**, What is Property? Am business law review, Vol, 2004, p. 459.

(95) **E. R. Gold**, op. cit., p.126.

(96)**T. Honoré**, Making law bind: Essays legal and philosophical, Oxford university press, 1987, p.53 .

ذلك الشخص عن استخدام جسده. كما يحق للشخص رفض أي طلب للحصول على جزء من جسده، حتى لو كان التبرع لا يمثل أي ضرر بالنسبة له. كما أن له الحق في الحق في إزالة أي جزء من أجزاء الجسم، أو التبرع بها أو وضعها تحت سيطرة شخص آخر. وهذا يدل على أن العلاقة القانونية بين الشخص وجسده تتكون من مزيج من الحقوق والامتيازات والصلاحيات والحصانات، ولو لم تكن له عليها "ملكية كاملة"[٩٧].

بيد أنه تم تطوير الأفكار السابقة بحيثيمكن الاعتراف بحقوق ملكية وذلك منالدمج بين عمل شخص واحد وبين مادة مأخوذة من شخص آخر، بحيث يتم تحويل تلك المادة إلى نوع مختلف تمامًا طبيعة المادة الأصلية، ومن ثم، فإن مالك تلك الأخيرة يفقد ملكيته عليها. وإذا كان الشخص الذي يحّول المادة المستخلصة من جسد أحد الأشخاص هو حسن النية، فإن مالك المادة الأصلية يسترد قيمة المواد قبل تحويلها، ولكن إذا كان الشخص الذي يحول المادة المستخلصة هو سيئ النية، فإن المحاكم تميل إلى منح القيمة السوقية الكاملة للتحويل للمالك الأصلي لتلك المواد[٩٨].

وعادة، فإنه في الأعمال البحثية وعندما تتم معالجة العينات البشرية، من التخزين إلى إنشاء خطوط الخلايا، فإن العينة الناتجة عن المعالجة تكون غير متماثلة للعينة الأصلية المأخوذة منها، وكلما طالت فترة معالجة وزراعة العينة، كلما زادت نسبة اختلافها عن العينة الأصلية، وبالتالي، يصبح من الصعب اعتبار الخلية الجيدة بمثابة جزء من الخلية الأصلية. وإذا كانت القواعد التقليدية تقضي بأن ثمار الشيء تكون من حق مالك الشيء، فإنه في خصوص الخلايا والمواد البشرية فإن ملكية المواد المستحدثة ستكون من حق الشخص الذي أضاف أكبر قيمة إلى المنتج النهائي[٩٩].وهو ما تم تطبيقه من قبل المحاكم في قضية Mooreضد جامعة كاليفورنيا، حيث أضاف الباحثين قيمة لخلايا بشرية عن طريق اختراع طريقة لإعادة إنتاجها، وهو ما جعل الجهات المختصة تعطي براءة الاختراع للمنتج البيولوجي المعدل، وليس للخلايا الطبيعية نفسها.

## المطلب الثالث

## نظرية الحقوق الطبيعية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن كل شخص له حق ملكية في جسده وأن استقلاليته الشخصية هو أمر فطري من الطبيعة ولا يمكن فصلها عن الشخص، وهذا المفهوم للملكية ينشأ اعتمادًا على القانون الطبيعي، وليس ارتكانًا على القوانين الوضعية، حيث إن الفردية هي أصل طبيعي[١٠٠]. وتلك الهوية

(97)**S. R. Munzer,**op. cit., p.54.

(98)**E. B. Seeney,** Moore 10 years later– still trying to fill the gap: Creating a personal property right in genetic material, New England L Rev., Vol. 32, 1998, p.1131.

(99) **Ibid**., p. 1134.

(100) "… The natural rights theory of property argues that every person has property in his own body

الشخصية والفردية ضرورية لتحقيق الفردية الذاتية. والملكية هي امتداد لمفهوم الهوية الشخصية للعلاقات بين الأشخاص فيما يتعلق بالأشياء(١٠١).

وتبرر هذه النظرية الاعتراف بملكية الممتلكات في أجزاء الجسم لأنها ضرورية لتحقيق الذات الذاتي والهوية الذاتية للفرد(١٠٢).

فإذا كان الجسد المادي الذي منحته الطبيعة، ضروري لهوية الشخص، فذلك لا يمكن إنكاره بموجب القانون، وإذا كان حق الشخص في السيطرة على جسده، وحقه في استبعاد الآخرين من ممارسة هذه السيطرة، وحقهفي التصرف في الجسم أو أجزاء منه تعتبر حقوق أساسية، فإنه وبالتبعية يجب أن يكون للإنسان حق ملكية في جسمه(١٠٣).

ويعتمد منظور الحقوق الطبيعية على استقلالية الشخص، مما يتطلب أن يكون الشخص قادرًا على التحكم في نفسه، من خلال الاستقلال الذاتي وتقرير المصير.

ويشمل حق السيطرة على الجسد النابع من فكرة الحكم الذاتي وتقرير المصير، الحق في حيازة عناصر الجسم واستخدامها والتصرف فيها، مع مراعاة بعض القيود مثل واجب كتجنب الأعمال التي تضر بالآخرين. وهذه المصالح هي تمثل خصائص للملكية وهي مصالح أساسية في إطار نظرية الحقوق الطبيعية (١٠٤).

## المطلب الرابع

## نظرية العمل

تؤكد نظرية العمل للملكية أن لكل شخص الحق في ملكية أي شيء يكتسبه أو يُنشئه من خلال عمله. فوفقًا لهذه النظرية فإن لكل فرد "حق ملكية على شخصه" وأنه لا يوجد شخص آخر غيره لديه الحق في ذلكوهذه الملكية تعد مسألة فردية لا يمكن فصلها عنه(١٠٥).

---

and that the person's individuality, created by nature, is innate and cannot be separated from the person.40 This conception of property arises from the laws of nature, rather than from the laws of man, since individuality is of natural origin. Personal identity and individuality are necessary for individual self-realisation. Property, (which is expressed in terms of ownership), is an extension of the concept of personal identity to relations between persons with respect to objects..".**T. Hodgskin,**The Natural and artificial right of property contrasted, B. Steil, London,1832, p. 18. Book available at: https://oll.libertyfund.org/titles/hodgskin-the-natural-and-artificial-right-of-property-contrasted. Last visit on 25/8/2018.

(101)**S. R. Munzer**, op. cit, p.54.

(102)**T. Hodgskin**, op. cit., p. 28- 29.

(103)**E. F. Paul**, Natural rights and property rights,Harvard journal of law and public policy, Vol. 13, 1990, p. 10.

(104)**G. W. F. Hegel**,Philosophy of right, Oxford university press, Oxford, 1967, p. 44 .

(105) **J. Locke**,op. cit., p. 123.

ويفسر أنصار هذه النظرية الملكية على أنها تتضمن مبادئ رئيسية لتحديد جوهرها، وهي: مبدأ المنفعة والكفاءة، ومبدأ العدل والمساواة، ومبدأ الاستحقاق والجدارة الناشئ عن العمل.

فمبدأ المنفعة والكفاءة يعني أن الملكية وما يترتب عليها من حقوق ينبغي تعيينها من أجل تعظيم المنفعة، أما مبدأ العدالة والمساواة يعني أن حيازات الملكية غير المتساوية وما يبررها أن كل شخص لديه حد أدنى من الأشياء المملوكة، وأن عدم المساواة لا تقوض كامل حياة الإنسان في المجتمع.

أما مبدأ الاستحقاق والجدارة يعتمد على فكرة أن الأشخاص، من خلال ما يقومون به من عمل ومجهود فإنهم يستحقون الأشياء التي عملوا عليها أو يستحقون تعويضًا عن جهودهم. وهذا المبدأ يعني أن عمل الشخص هو ما يعطي له تبريرا ويجعله مؤهلا لاكتساب حقوق الملكية الخاصة. وفي خصوص جسد الإنسان، يعتبر هذا الرأي أن أجزاء الجسم من المحتمل أن تكون مصدرًا ذا قيمة عالية، فلا ينبغي السماح بهدره دون الانتفاع به، وتتمثل إحدى طرق منع هذا الهدر إنشاء وحماية حقوق الملكية عليها[١٠٦].

وبناءً على ذلك، ذهب الفقه إلى أن أي عمل يرد على شيء ويختلط به، يجعل من قام بالعمل مالكًا للشيء وهو ما يسري أيضًا على جسم الإنسان[١٠٧].

وكما أضاف أنصار هذه النظرية إلى أن العمل الذي يرد على الأشياء هي الذي يعطي لها قيمة، ومن ثم، فإن القيمة تعطي للعمل نفسه وليس للشيء الذي ورد عليه العمل، ولهذا يجب أن يحصل الشخص على فوائد العمل الذي قام به[١٠٨].

ومن ثم، لا يمكن أن توجد أي حقوق ملكية على جسم الإنسان بأكمله، لأن الجسم ليس نتاجًا للعمل البشري، ولكن، يمكن أن ترد الملكية على الأجزاء التي ترد عليها أعمال عقلية وعضلية من خلال إما أصحابها أو ممن يُسمح لهم[١٠٩].

وينظر رأي أخر في الفقه[١١٠]نظرة أخرى إلى فكرة الملكية وعلاقتها بالعمل، فالجسد البشري يتضمن في الأصل عناصر الهوية الفردية، ونظراً لأن الاستقلالية والذاتية هي سمة كل الشخص، فإن تجسيد تلك الهوية بالنسبة لأجزاء الجسد تنشئ حقًا ملكية للشخص على جسده. وبالتالي، فإن نظرية العمل لا تبرر إنشاء حق ملكية على أجزاء الجسم كنتيجة لعمل الفرد، ولكن نتيجة للافتراض النظري الأولي أن

(106) **Munzer**, above, 568.
(107) **J. Waldron,**op. cit., p. 189.
(108)**L. C. Becker,** op. cit., p. 34-35.
(109)**Ibid,** op. cit., 34-35.
(110)**R. Nozick.** Anarchy state and Utopia, Basil Blackwell oxford, 1974, p. 206- 207.

هناك حق ملكية على جسد الشخص. أي إن الملكية موجودة قبل وجود العمل، ولكن العمل هو من ينسبها فقط إلى من قام به.

## المطلب الخامس

## نظرية المنفعة الاجتماعية

تبرر نظرية المنفعة الاجتماعية الحماية القانونية للملكية لأن الملكية تعزز أقصى تحقيق للسعادة البشرية، ومن ثم يستفيد المجتمع ككل من تشجيع الأفراد على الحصول على موارد غير مستغلة وتحسين استخدامها من أجل استخدامات أكثر فعالية، وبما أن حماية الملكية تزيد من الرفاه الاجتماعي، فيجب حماية مطالبات الأفراد بملكية الأشياء التي أنشأوها في مواجهة مطالبات الآخرين(١١١).

ويرتكز أنصار نظرية المنفعة الاجتماعية على فكرة أن حقوق الملكية موجودة لأن السلوك البشري والقوانين تنشئها وتقر بها، وهو ما يختلف مع توجه أنصار نظرية الحقوق الطبيعية الذين يدعون بأن حقوق الملكية موجودة بوجود الإنسان ويمكن أن ترد على جسم الإنسان(١١٢).

وإذا كانت كلتا النظريتين تقران بوجود حق الملكية وتحقيق رفاهة المجتمع ومن ثم الوصول إلى أقصى قدر من الرفاهية الاجتماعية. فإنهما يختلفان في وسيلة تحقيق ذلك، فمنظرو الحقوق الطبيعية يعززون من مصالح الملكية الخاصة ومنها ملكية جسد الإنسان بما يؤدي إلى تحقيق الرفاهة الاجتماعية العامة، أي من وجهة نظرهم إن مساندة الملكية الخاصة يحقق المنفعة العامة، وهو ما يتناقض مع توجه منظرو المنفعة الاجتماعية الذين يسعون لذلك من خلال تعزيز مصالح الملكية العامة مباشرة، أي بتغليب المنفعة العامة على المنفعة الخاصة؛ لأن نظرية المنفعة الاجتماعية لا تقبل احتمال تفوق المصالح الفردية على الصالح العام.

وفي ذات السياق، فإن سلامة جسم الإنسان هي حق مقرر لكل فرد من أفراد المجتمع، وإنه حتى يكون الفرد قادرًا على القيام بوظائفه تجاه نفسه، وتجاه المجتمع فإنه ينبغي السعي للمحافظة على سلامة هذا الجسم، وعدم تعطيل أي عضو من أعضائه، مما قد يمنعه من القيام بوظيفته تجاه نفسه وتجاه المجتمع، وإن كل فرد تهمه سلامة جسمه، وإن المجتمع تهمه سلامة جسم الفرد حتى يتمكن من القيام بوظيفته تجاه المجتمع، وأن مهنة الطب تنطوي على منافع اجتماعية لأنها تهدف أساسا إلى المحافظة على سلامة أجسام الأفراد، وذلك تحقيقا لمصلحة الفرد ابتداءً، وللمصلحة الاجتماعية العامة التي يكون الأفراد من خلالها ملزمين بالقيام بوظائفهم الاجتماعية المختلفة، وإنه يجب الاعتراف لصاحب الجسم

(111) **A.Ryan,** Property, University of Minnesota press, Minneapolis, 1987, p. 54.
(112)**L. C. Becker,** op. cit., p. 57.

بسلطة التصرف فيه وأن المصلحة الاجتماعية توجب على الطبيب ممارسة مهنته في الحدود التي رسمها المشرع من خلال القوانين ذات العلاقة، وإن من أهم هذه الحدود احترام إرادة الإنسان.

وعليه وبما أنه يترتب على وجود عضو مريض في جسد المريض قد يؤدي إلى هلاكه، أو إن هذا العضو قد يحول دون قيام المريض بواجبه تجاه المجتمع، لذلك فإن المصلحة الاجتماعية تصلح لأن تكون الأساس القانوني الذي يبيح مثل هذه العملية، فالمحافظة على سلامة جسم الإنسان تحقق المصلحة الاجتماعية من خلال تمكينه من القيام بواجباته تجاه المجتمع، وإن هذا الاتجاه يقوم على احترام حق الإنسان في الحياة، وحقه في التعبير عن إرادته، ذلك إن رضاء المريض، والمتبرع صاحب العضو البشري هماالأساس للعمل الطبي(١١٣).

## المبحث الثالث

## التوجهات القضائية في حقوق الملكية على الجسد البشري

" كُلىَ؟ لدي اثنتين ممتازتين!الإيجار طويل الأجل متاح"(١١٤).

بهذه العبارات عبر مواطن أمريكي من ولاية فلوريدا يُدعى بوب لوتوركو، البالغ من العمر ٦٠ عاما،

(١١٣) **د. سميرة عايد ديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص ٨٨ وما بعدها.

(114) "Kidneys? I have 2 excellent ones! Long-term lease available". CNN News, Available at, http://edition.cnn.com/US/9704/02/briefs.pm/kidney.lease/index.html

عن الصعوبات الاجتماعية التي يحيا فيها، حيث يعيش بالكاد على معاش تقاعدي، ومن ثم قام "بوب" بعرض بيع أو تأجير إحدى كليته، ولكن القانون يقف في طريقه؛ إذا يحظر القانون الاتحادي في الولايات المتحدة الأمريكيةالقيام، عن علم، بالحصول على أو استقبال أو نقل أي عضو بشري لاستخدامها في زرع الإنسان، في مقابل قيمة مالية.

وهذه الحالة الواقعية تير أسئلة مثيرة للاهتمام، ولا سيما في بلد مثل الولايات المتحدة الأمريكية، التي تقوم أسسها الاجتماعية والسياسية على أساس قوي في الفلسفة الديمقراطية الليبرالية، ومع تركيزها على حماية الحرية والممتلكات، فلماذا يُمنع بوب لوتوركو من بيع أو تأجير إحدى كليتيه ؟ بالتأكيد هذا التقييد يتعارض مع حريته؟ ماذا عن حقوق الملكية الخاصة وهو لا يملك كليته ولا يستطع التصرف فيها؟ ولماذا يجب أن يمنع الشخص من جمع الأموال بطريقة يبدو أنها لن تضر أي شخص آخر، كما أنها تؤدي إلى تحسين كبير في صحة وحياة المتلقي لهذا العضو البشري؟ الواقع يشير إلى أن هناك حاجة ملحة إلى وجود طلب كبير علىالأعضاء، وتعكس قوائم الانتظار الطويلة لزرع الأعضاء بشكل واضح والنقص في الأعضاء المتاحة من كل من الجثث والمانحين الأحياء، فالطلب يفوق العرض.

ويذهب الفقه[١١٥] إلى أنه في دراسة المبادئ القانونية في مختلف الولايات القضائية، نجد أن العديد من المجتمعات ذات الأسس الفلسفية الليبرالية – وخاصة تلك التي لها تقاليد قانونية إنجليزية – لا تمنح الأفراد حقوق الملكية في أجسادهم، ولا يمكن أن يقوموا بالتبادل التجاري فيها.

ويتأسس هذا الاطار التقليدي المقيد على ثلاثة مبادئ رئيسية يعتمد القضاء على بعضها، وهي:

أولا: لا يوجد حق ملكية على الجسد.

ثانيًا: إن الجسم أو الجسم المتروك (أو مشتقاته) يمكن أن يصبح ملكًا لشخص أجرى بعض الأعمال مع هذا الجسد أو الجزء المأخوذ منه.

ثالثًا: إن الشخص يمكن أن يتملك جسده اعتمادًا على استقلاليته البشرية على ذلك الجسد.

ومفهوم الملكية، والطريقة التي يتم بها تعريفها قانونًا ومدى حمايتها قانونيًا واجتماعيًا وسياسيًا، يثير أهم المشاكل الأساسية للفلسفة السياسية والحياة الاجتماعية. وقد تناولت المحاكم والبرلمانات الصورة التقليدية للتجارة في أجزاء جسم الإنسان من منظور الملكية، وعند البحث فيما إذا كان ينبغي أن يكون للشخص سيطرة على جسده أو جسد شخص آخر، فإن السؤال الذي يطرحه هو ما إذا كان الجسم ملكا للشخص الذي يسعى إلى السيطرة عليه[١١٦].

وتظهر الأحكام القضائية التي تفصل في نزاعات متعلقة بملكية الجسد البشري كرد فعل على فشل

(115) **A. George,** op. cit., p. 24.
(116) **S. Russell**, The body as property , London: Allen Lane, Penguin books, 1981, Chapter 1.

القانون، إما لأن المبادئ القانونية القائمة غير قادرة على نحو كاف للاستجابة للقضايا الناشئة أو بسبب التناقضات في تطبيق المبادئ القائمة. ويمكن اعتبار هذه التفاعلات محاولات من جانب النظام القانوني للتعويض عن إخفاقاته الخاصة في تقديم ردود في الوقت المناسب على المواقف الاجتماعية والتطورات الطبية.

والقضية الأهم في هذا المجال في هي مسألة أخلاقيات علم الأحياء واستنساخ البشر والحيوانات الأخرى ولا سيما وأن القوانين القائمة كانت غير مواكبة وغير ملائمة للتعامل مع التطورات العلمية والطبية، والمواقف الاجتماعية لها.

وبما أن التشريعات أصبحت أكثر تطورًا، فإن النهج التشريعي المشترك أصبح يسمح بتمكين الأفراد من التعامل مع أجزاء جسمهم، على الرغم من أن الحوافز المالية قد تكون دافعًا لاتخاذ هذه القرارات.وهذا الأمر ليس بمطلق، حيث يمكن للأفراد أن يقبلوا التبرع بأعضاء جسدهم بعد الوفاء لأغراض زرع الأعضاء فقط دون الحصول على منافع مالية، ويمكن لأقاربهم اتخاذ قرارات مشابهة حول أجسادهم بعد الوفاة. كما يمكن أن يتم التبرع ببعض أجزاء الجسم غير الضرورية في حين حياة الأشخاص. ولكن كقاعدة عامة، لا يمكن التبرع بأية أجزاء الجسم من الناحية القانونية بدافع الحصول على حوافز مالية، وهو ما يترجم النفور من معاملة الجسم البشري كشيء يمكن تملكه.

ولأهمية التعرض لهذه النزاعات من أجل إثراء القيمة القانونية لمبدأ حظر الاستغلال المالي والتجاري للجسد البشري وإلقاء الضوء على القيود الواردة عليه، نتعرض لثلاث من أهم الدعاوى القضائية التي عرضت على المحاكم الأمريكية وتعلقت في الأساس بمدى إمكانية استغلال الجسد البشري والقبول بإنشاء حقوق ملكية عليه، وذلك على النحو الاتي:

### أولاً: دعوى Moore v Regents[١١٧]:

تتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام السيد Moore، والذي عاني من مرض سرطان الدم النادر في خلايا الشعر، برفع دعوى ضد اثنين من الباحثين، أحدهما المشرف الطبي على حالته وهو السيد John Golde، والثاني، هو السيد Shirley Quannبجامعة كاليفورنيا، بسبب قسامهم بأخذ عينة من خلايا الطحال بعد استئصاله في المركز الطبي بجامعة كاليفورنيا بلوس أنجلوس ( UCLA)، بالإضافة إلى عينات الدم المقدمة من جانبه بصورة دورية بناء على طلب من المدعي عليهم خلال الفترة ما بين

(117)MoorevRegentsoftheUniversityofCalifornia,793P.2d479(Cal1990).

عامي ١٩٧٦ و ١٩٨٣. بعد أن طلب الباحثان منه التوقيع في عام ١٩٨٣ على نموذج للموافقة المستنيرة التي تفيد بقبوله إخضاع العينات للاختبارات البحثية.

وخلال هذه السنوات تمكن فيها الباحثان من خلال استخدام هذه الخلايا وعينات الدم المقدمة من جانب المدعي، من خلق خط خلية اطلق عليها خلايا (MO) نسبة إلى السيدMoore، دون إعلام ذلك الأخير، وحصلوا على براءة اختراع على خط خلية (MO) وقاموا ببيعه لإحدى شركات الأدوية بمبلغ ٣ مليارات دولار. وبمجرد علم السيد Moore طالب من خلال دعوى قضائية مرفوعة من جانبه بحقه في المشاركة في العوائد المالية الناجمة عن استخدام مواده البيولوجية.

قضت المحكمة العليا برفض الاعتراف بحقوق الملكية على طحال السيدMoore، وإقرارها بدلاً من ذلك بحقوق الملكية للباحثيّن بجامعة كاليفورنيا الحائزين لخط الخلية والذي قاموا من خلاله بالحصول على براءة اختراع بسبب تطبيق مهارات خاصة على الخلايا الأصلية للسيد Moore، واعتبرت المحكمة أن الخلايا المسجلة بموجب براءة اختراع تختلف عن تلك التي أخذت من السيدMoore، ومن ثم فانه لم يعد من الممكن اعتبارها ملكا له.

ومع ذلك، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى إمكانية أن يستند السيد Moore عوضًا عن ذلك في مطالبته القضائية، إلى انتهاك الباحثين لواجب الأمانة في إخباره وإعلامه بسبب إزالة العضو وأثره وكيفية التخلص منه والغرض من استخدام عينات الدم المستمدة من جانبه، حتى تتحقق كافة جوانب الموافقة المستنيرة من قبله على هذا الاستخدام(١١٨).

## ثانيًا: دعوى Greenberg v Miami Children's Hospital (MCH) Research Institut(١١٩):

تتلخص وقائع تلك الدعوى في النزاع القضائي المثار أمام المحكمة المحلية بولاية فلوريدا في الولايات المتحدة، المرفوع من قبل السيد Daniel Greenberg، ضد الطبيب Rueben Matalon والذي يعمل لدى مستشفى Miami للأطفال، بشأن الاتفاق المبرم بينهما لاستخدام الأخير للمواد البيولوجية للمدعي كمحاولة للسعي إلى تحديد الجينات المرتبطة بأحد الأمراض الوراثية Canavan

(118)**D. Gitter**,Ownershipofhumantissue:aproposalforfederalrecognitionofhumanresearchparticipants'propertyrightsintheirbiologicalmaterial,WashLee law review,Vol61,2004,p.257.

(119)GreenbergvMiamiChildren'sHosp.ResearchInstitute,Inc,264FSupp.2d1064,1074–1076(SDFla2003).

disease ، بهدف تطوير اختبارات الأجنة المخصبة في الفترة ما قبل الولادة، لتفادي إنجاب أجنة مصابة بمرضCanavan من والدين يحملا ذات الجين المسبب للمرض.

حيث ادعى السيد Daniel Greenberg بقيام الطبيب Matalon بجمع المواد البيولوجية (عينات الدم والبول والأنسجة) التي تبرع بها هو وغيره من المانحين الآخرين، بما ترتب عليه من تطوير للاختبارات التشخيصية للأجنة في الفترة ما قبل الولادة، حيث قام الطبيبMatalonبعزل واستنساخ الجين المرتبط بمرض Canavan، وهو ما أدى إلى حصول مستشفى Miami Children's Hospital (MCH) على براءة اختراع للجينات والتطبيقات البحثية ذات الصلة بهذا الشأن، بما في ذلك اختبار التشخيص في الفترة ما قبل الولادة. حيث بلغت المكاسب السنوية التي تحصلت عليها المستشفى من جراء استخدام براءة الاختراع ما يقرب من ٣٥٠٠٠٠ دولار.

وفي عام ٢٠٠٢، رفع كل من السيد Greenberg وغيره من المانحين الآخرين، دعوى قضائية أمام المحكمة المحلية بولاية فلوريدا، ضد كل من الطبيب Matalon ومستشفى ميامي للأطفال (MCH)، استندوا فيها إلى أن إجراء هذه الاختبارات قد تم دون توافر العلم المسبق لديهم بالتطورات اللاحقة على استخدام عيناتهم، إذ كان ينبغي على الجهات المتلقية، إعلامهم بنية الطبيب Matalon باستغلال المواد البيولوجية المقدمة من جانبهم وما سيجري عليها من اختبارات والاستغلال التجاري لما قد يسفر عن هذا الاختبار من نتائج.

وعلى الرغم من تأكيد المحكمة على التزام الطبيب أو الباحث بواجب تقديم المعلومات إلى المانح وضرورة الحصول على الموافقة من جانبه، إلا أنها أقرت بأن هذا الواجب لا ينبغي أن يشمل التزام المدعي عليهم بالإعلان عن المصالح الاقتصادية للتجارب البحثية، خاصة وأن هذا الالتزام لم يتم إقراره إلا بعد أن دخل قانون أخلاقيات الطب حيز النفاذ. فالتزام الباحث أو الطبيب بالإعلام عن المصالح الاقتصادية لم يكن قائمًا عند قيامهم بالبدء بالمشروع البحثي، ولم يكن هذا الالتزام واجبًا عليهما حتى صدور قانون أخلاقيات الطب ودخوله حيز النفاذ عام ٢٠٠٧[١٢٠].

وعلى الجانب الأخر، فقد أكدت المحكمة أن الاعتداد بالموافقة المستنيرة، على النحو الذي يتوافق وتفسير المدعين في ضرورة صدورها من جانبهم بعد إعلامهم بكافة التطورات اللاحقة على استخدام عيناتهم، وما سيجري عليها من اختبارات والاستغلال التجاري للمواد البيولوجية لما قد يسفر عن هذا الاختبار من نتائج، سيكون لها آثارًا سلبية على البحث العلمي وتشجيعه والاستمرار فيه؛ حيث أنه "سيعطي لكل جهة مانحة الحق في السيطرة الكاملة على كيفية استخدام البحوث الطبية وتحديد من له الحق في الاستفادة من المشروع البحثي" ، مؤكدة على أن " فرض مثل هذا الواجب بأثر رجعي على

(120) American medical association, Code of Medical ethics, Chicago: American medical association; 2007.

الأبحاث التي أجريت قبل صدور هذا القانون من شأنه " تثبيط البحوث الطبية "chill medical research"، لأنه سيجبر جميع الباحثين على التقييم المستمر لنماذج الموافقة – والتي تم الحصول عليها قبل نفاذ هذا قانون – والنظر فيما إذا كان "الحدث واجب الإفصاح"disclosable event" عنه قد تم أم لا، وانصرافهم – في حال عدم تحقق العلم – عن البحث العلمي وغايته بمحاولة السعي نحو إشراك المتبرعين بمعرفة غايات البحث وبمواجهة رفضهم نحو الاستمرار فيه، على النحو الذي قد يشكل خطرًا يعرقل مسيرة تحقيق البحث العلمي لأهدافه وإنجازاته.

وبالإضافة إلى ما سبق فقد أكدت المحكمة، وذلك كما هو الحال في دعوىMoore، إلى تمايز المنتج البحثي الذي تم تطويره من الأنسجة البشرية من الناحية الواقعية والقانونية عن النسيج الأصلي، وهو ما يجعله ملكًا للباحث، دون أن يحتفظ المانح بأي حقوق تجاهه، لتحكم في نهاية المطاف بعدم ملكية الأفراد لعينات الأنسجة الخاصة بمجرد قبولهم تقديمها للباحثين للاختبار، على الرغم من تشديدها على ضرورة التزام الباحثين في المستقبل بالإفصاح عن المكاسب المحتملة من إجراء المشروعات البحثية.

### ثالثًا: دعوى Washington University v Catalona[١٢١]:

تتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام جامعة واشنطن برفع دعوى قضائية ضد أحد الجراحين والباحثين المشهورين بجامعة واشنطن يُدعى السيد William Catalona، والذي اعتاد أن يطلب من مرضاه الموافقة على استخدام الأنسجة والمواد البيولوجية الأخرى التي تمت إزالتها من جانبهم أثناء إجراء جراحة البروستاتا من أجل الاستخدامات البحثية، وذلك بعد موافقة مرضاه وتوقيعهم على عدة استمارات للموافقة، أعلنوا فيها، ضمن أمور أخرى، أنهم يدركون أنهم يقدمون "منح مجانية ذات قيمة" للبحوث التي قد تفيد المجتمع وأنهم تنازلوا بإرادتهم عن جميع الحقوق التي قد تتولد عن المواد البيولوجية المتبرع بها وعن أي مكاسب مالية لأي منتج قد يتم الحصول عليه بعد استكمال المشروعات البحثية على تلك المواد[١٢٢]، وذلك على النحو المنصوص عليه في قانون المنح التشريحية الموحد[١٢٣].

هذا، وبعد قيام البنك البيولوجي لجامعة واشنطن بجمع العينات البيولوجية لما يقرب من ٣٠٠٠٠ مريض، ٣٠٠٠ منهم كانوا من مرضى الجراح Catalona، ثار النزاع عندما قام السيد Catalona بنقل عدد كبير من عينات المرضي البيولوجية إلى المختبر الخاص به. وهنا وجهت إليه الجامعة تهمة

(121) Washington University v Catalona, 490 F.3d 667 (8th Cir 2007), cert. Denied, 128 S. Ct. 1122. 2008.

(122) **L. Andrews**, Who owns your body? A patient's perspective on Washington University v. Catalona, The Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 34, 2006, p. 398.

(123) Revised Uniform Anatomical Gift Act. Amended 2008; Chicago, IL. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws; 2006.

الاستيلاء على عينات تقدر قيمتها ما يقرب من مائة ألف دولار، وصنفت هذه العينات على النحو الاتي، الاستيلاء على حوالي ٣٥٠٠ عينة من الأنسجة، و١٠٠ ألف عينة من الدم، و ٤٠٠٠ عينة من الحمض النووي.

وبسبب النزاع القائم بينه وبين الجامعة، قرر الطبيب Catalona مغادرة جامعة واشنطن ليشغل منصبًا في المدرسة الطبية بشمال غرب الولايات المتحدة. وأبلغ مرضاه بقراره، مطالبًا إياهم بمنحه الإذن له بنقل عيناتهم البيولوجية إلى شمال غرب البلاد. ومع موافقة عدد كبير من المرضى على إجراء النقل، رفضت جامعة واشنطن السماح للطبيب بنقل العينات، ولتقم بدلا من ذلك برفع دعوى قضائية ضد Catalona، مدعية ملكيتها للعينات. وهنا تدخل العديد من المرضى في الدعوى معلنين رغبتهم في نقل موادهم البيولوجية إلى مدرسة نورث وسترن للطب، حتى يتمكن Catalona من الاستمرار في أبحاثه القائمة على سرطان البروستاتا. وأعلنوا أيضًا أن السبب الرئيسي لذهابهم إلى الجامعة، إنما يكمن في الحصول على الاستشارة الطبية والعلاج الطبي اللازم من قبل السيد Catalona، دون أن يكون هدفهم هو اللجوء إلى جامعة واشنطن لكي تحقق الأخيرة ثروة من موادهم البيولوجية، متمسكين بحقهم في الاحتفاظ بحقوق الملكية على عيناتهم البيولوجية.

وفي قضائها، قضت محكمة الاستئناف أن صدور قرار الموافقة على التبرع بالمواد البيولوجية بهدف القيام بالأغراض البحثية، يقود حتمًا إلى سلب أي حقوق للملكية لأفرادها أو أي حقوق ناشئة عنها كالحق بالإذن بنقلها، لتنتقل ملكية هذه المواد إلى جامعة واشنطن الحائزة لها. وبذلك، يفقد المانحين أي حقوق للملكية على استخدام المواد البيولوجية حالما تم التبرع بها في ضوء تحقق موافقتهم المستنيرة وعلمهم بالقيمة المادية المحتملة الناشئة عن استخدام موادهم البشرية في المشروعات البحثية[١٢٤].

وقد خلصت المحكمة في قضائها إلى فرض واجب على الأطباء الذين يفكرون في الاستخدام التجاري للأنسجة البشرية، بالالتزام بما يلي من مبادئ توجيهية:

١- الحصول على الموافقة المستنيرة من قبل المرضى على استخدام الأعضاء أو الأنسجة في البحوث السريرية.

٢- الالتزام بالإفصاح للمريض عن المنافع التجارية المحتملة قبل تحقيق الربح على المنتجات التي تم تطويرها من المواد البيولوجية.

٣- عدم استخدام الأنسجة البشرية ومنتجاتها الحاصلة على براءة الاختراع لأغراض تجارية دون الموافقة المستنيرة من المريض الذي قدم المواد الخلوية الأصلية.

(124) **K. Piccolo,** In the wake of Catalona: an alternative model to safeguard research participants' interests in their biological materials, The university of Pittsburgh law review, Vol. 69, 2008, p. 769.

٤- إمكانية تقاسم الأرباح الناتجة عن الاستخدام التجاري للأنسجة البشرية ومنتجاتها مع المرضى، وفقًا للاتفاقات التعاقدية المشروعة.

٥- توافق البدائل التشخيصية والعلاجية المقدمة للمرضى من قبل أطباءهم مع معايير الممارسة الطبية الجيدة، وينبغي ألا تتأثر بأي شكل من الأشكال بالانشغال بالقدرات التجارية لأنسجة المريض[١٢٥].

وعلى هذا، فإن نظام براءات الاختراع يقضي بمنح الملكية الاحتكارية لإبداعات المخترعين؛ متى تم تطوير "طريقة تصنيع جديدة" جديدة ومبتكرة ومفيدة ولا تخضع للاستخدام السري على الأجزاء البشرية. كما يمكن للشخص الحصول على براءة اختراع على اختراع (وهو شيء طبقت عليه أو بذل جهدا أو مهارة ثم تم تطويرها بعد ذلك)، ولا يسري الاستثناء على الاختراعات غير الأخلاقية أو غير القابلة للتطبيق.

وقد أثير الخلاف حول إمكانية حول ورود براءات الاختراع على الكائنات الحية، وذلك في قضية *Diamond v Chakrabarty*[١٢٦]، والتي تدور وقائعها عام ١٩٧٢ حول قيام السيد أناندا موهان تشاكرابارتي، عالم الأحياء الدقيقة، الذي يعمل لدى شركة جنرال إلكتريك، بتطوير بكتيريا (مشتقة من جنس بسيودوموناس والتي تعرف الآن باسم Pseudomonas putida) قادرة على فصل مكونات النفط الخام، لذا تقدم بطلب ممثلاً عن شركة جنرال إلكتريك بالحصول على براءة اختراع في الولايات المتحدة.

وتقدم تشاكرابارتي بثلاثة طلبات وهي: أولا، الحصول على براءة اختراع حول طريقة إنتاج البكتيريا. وثانيا، الحصول على براءة اختراع تتعلق باللقاح الذي يتألف من مادة حاملة عائمة على الماء والبكتيريا الجديدة؛ وثالثا، الحصول على براءة اختراع للبكتيريا نفسها.

تمت الموافقة على منحه براءة اختراع للطلبين الأول والثاني، ولكن الطلب الثالث رفض على سندأن قانون البراءات في ذلك الوقت، لا يجعل من الكائنات الحية محلاً لبراءات الاختراع وفق Title 35 U.S.C. § 101.

طعن تشاكرابارتي بسبب رفض الطلب الثالث أمام مجلس الطعون في مكتب البراءات، وأكد المجلس، اعتمادًا على التاريخ التشريعي لقانون البراءات في النباتات لعام ١٩٣٠، الذي مدد فيه الكونغرس حماية براءات الاختراع إلى بعض النباتات المستنسخة بشكل غير رسمي، خلص المجلس إلى أن الفقرة ١٠١ لا يقصد منها تغطية الأشياء الحية مثل هذه الكائنات المجهرية المختبرية المنشأة. قام تشاكرابارتي بالطعن أمام محكمة الاستئناف، غير أنها رفضت الاستئناف على سند أن "الكائنات

(125) Greenberg v Miami Children's Hosp. Research Institute, Inc, 264 F Supp. 2d 1064, 1074–1076.
(126) Diamond v Chakrabarty 447 U.S. 303 (1980).

الحية الدقيقة على قيد الحياة لا تخضع لقانون البراءات، إذ ليس لها أهمية قانونية. كما أن البكتيريا تتخلق بشكل طبيعي، وكائنات حية، ومن ثم لا يمكن أن تكون براءة اختراع.

تم رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة الاتحادية العليا بهذا الشأن، وفيه قضت المحكمة بأن الكائنات الحية الدقيقة الحية من صنع الإنسان هو تكوين غير طبيعي، وبالتالي يمكن أن تكون براءة اختراع، فقانون براءات الاختراع يخضع له أي منتجات نافعة مصنعة أو ناتجة عن امتزاج مواد، ومن ثم، فليس هناك شك بأن الكائنات الحية الدقيقة الناتجة عن تكنولوجيا الحمض النووي التي يتم تصنيعها تخضع لقانون البراءات، فالكائنات الحية الدقيقة المهندسة وراثيا لا تحدث بشكل طبيعي.

ومع اعتراف المحكمة بأن تكنولوجيا الحمض النووي المهندسة بإمكانية خضوعها لبراءة الاختراع، فإن مهمة الكونغرسهو تعديل قانون براءات الاختراع بحيث ينطبق صراحة على مثل هذه المواد تتضمن بوضوح مواد مثل هذه المسألة هنا ضمن نطاقها، ولا يوجد قانون محدد لاستبعادها، ولا سيما وأن الكائنات الحية الدقيقة وهذه التكنولوجيا الوراثية لم تكن موجودة أو حتى كانت متوقعة عند سن قانون براءات الاختراع لأول مرة.

ولم يكن قرار المحكمة السابق محل اتفاق من جانب كافة القضاة، فكان هناك رأي مخالف للقاضي برينان لرأي الأغلبية، حيث رفض أن تخضع الكائنات الحية لبراءات الاختراع، وقد دلل على ذلك بأن قانون براءات الاختراع النباتية في عام ١٩٣٠ وقانون حماية الأصناف النباتية في عام ١٩٧٠، قد استبعدت البكتيريا من خضوعها لبراءة الاختراع، ومن ثم لا يجوز توسيع نطاق حماية البراءات إلى ما هو أبعد من مقصود الكونغرس، حيث إن الأخير لم يترك فراغًا تشريعيًا فيما يتعلق بنوع البراءات. فقانون براءات الاختراع النباتية أعطى حماية براءات الاختراع لمطوري بعض النباتات المستنسخة، وكذلك وسع قانون حماية الأصناف النباتية الحماية لبعض أنواع النباتات الجديدة القادرة على التكاثر، وهو ما يشير إلى تناول الكونغرس ما يمكن أن يخضع لبراءات الاختراع، حيث اختارت لغة محددة بعناية تمنح الحماية لبعض أنواع الاكتشافات، وتستبعد تحديدًا غيرها، وهو ما يبين على وجود قيود تشريعية تستثني البكتيريا من الحصول على البراءة. كذلك فإن الدليل على ادراك الكونجرس لمسألة الكائنات الحية منذ عام ١٩٣٠، هو أن الفقرة ١٠١ من قانون براءات الاختراع لا تشمل الكائنات الحية، فإذا كانت الكائنات الحية التي تم تطويرها حديثا والتي لا تحدث بشكل طبيعي كانت قابلة للبراءة بموجب المادة ١٠١، فإن النباتات المدرجة في نطاق قوانين عامي ١٩٣٠ و ١٩٧٠ تحصل على براءة اختراع بدون تشريع جديد. ومع لذلك، رأى الكونغرس أنه يتعين عليه أن يكون هناك تشريع لجعل "الاختراعات البشرية" المتعلقة بالزراعة قابلة للبراءة.

ويستخلص مما سبق أن التشريعات المعنية بتنظيم براءات الاختراع لا تتضمن نصًا يجعل البشر مشمولين ببراءة الاختراع، إلا أن المحاكم تميل إلى قبول أن حقوق ملكية ولكن في شكل براءات اختراع

على الكائنات الحية أوالتي يتدخل الإنسان في المرحلة قبل تخليقها إذا كان تدخل الإنسان قد عدّل من صورتها الطبيعية بأن غيّر في الحمض النووي الخاص بها، وهو ما يسرى أيضًا على المواد المستخلصة من الجسد البشري التي يرد عليها بعض الأعمال أو المهارات التي من شأنها التغيير في هيئتها أو طبيعتها أو استخداماتها، وهو ما تبنته محاكم الولايات المتحدة المتعلقة في قضية Moore v Regent[١٢٧] والتي اتجهت فيها المحاكم إلى تقرير حق ملكية على أجزاء الجسد البشري التي يبذل عليها جهد أو مهارة، إذ يستخلص من هذا الحكم أن عمل العلماء على المواد البشرية يترتب علي التحول من حظر الملكية الى إمكانية التملك، على الرغم من وجود تناقض في الحكم للمنطق والعقل؛ حيث إن قرار المحكمة حرم صاحب الجسد نفسه من حق الملكية على أعضاء جسده، في حين اقر في الوقت ذاته لأشخاص آخرين بحقوق الملكية في على ذلك الجسد.

ويتجلى أيضًا من الحكم أن المهارات أو الأعمال التي وردت على الجزء البشري يجب أن تؤدي إلى الاستثمار وتحقيق منفعة.

وهذا التوجه جعل الفقه[١٢٨]تثير العديد من التساؤلات المنطقية حول طبيعة الأعمال التي مع إجرائها يمتلك يتقرر للشخص حق ملكية على الجزء البشري الذي تعامل معه واجرى عليه بعض المهارات، ومن ذلك: هل يكون للجراح الحصول على حقوق الملكية في أي جسم أو جزء من جسم كان يعمل عليه؟ وإذا كان الأمر كذلك، هل يتملك ذلك الجراح جسده إذا قام بأي عمل عليه، هل يجب على الشخص إجراء عملية جراحية على نفسه من أجل الحصول على حقوق الملكية في جسده؟ وهل إذا قام شخص برسم وشم على جسد أخر فإنه يتملك جسده؟ وهل سيحصل فنان المكياج على ملكية جسد كان يعمل عليها؟ وهل كل شخص يضع المكياج على وجهه يحصل على ممتلكات في جسده نتيجة لذلك؟ وكذلك الشخص الذي يحلق ذقنه كل يوم – هل تطبيقه الماهر للجهد كسب له ممتلكات في جسده؟

وفقا المنطق الوارد في استثناء لوكان، كل رياضي يتدرب ويُجري تمارين يجب أن يتملك الجسم الذي استثمر فيه الكثير من المهارة والجهد؟ وكل شخص درس وطبق المهارة والجهد لتدريب أخر يجب أن يمتلك بالتأكيد الجسد الذي تم استثمار الجهد فيه؟ العواقب المنطقية لاعتماد هذا المنطق من التفكير تبدو ساخرة. ومن الواضح أن أي شخص يبذل أي جهد في تغيير جسمه أو ربما الحفاظ عليه، سيكتسب حقوق الملكية على ذلك الجسد، فعلى الصعيد الاجتماعي، إن أعمال رعاية وتعليم وممارسة وعادلة في جسم إنساني تنطوي بالضرورة على المهارة والجهد، بما يترتب عليه تملك سلطة اتخاذ القرار على ذلك الجسد[١٢٩].

(127) Moore v Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (Cal 1990).
(128)**E. R. Gold**, op. cit., p. 177 ; **A. George**, op. cit., p. 29.
(129)**A. George**, op. cit., p. 30.

ويتضح أن هناك مشكلة قائمة متعلقة بالتوجهات نحو ملكية الجسد؛ ولا سيما وأن هذه السياسة بها غموض حيث يتم السماح بملكية بعض الأفراد للبشرية، مع حرمان الآخرين من ذلك. ومشكلة عدم الاتساق تلك تشير إلى عدم وجود صياغة واضحة للسياسة بشأن ما إذا كان ينبغي أن يوجد حق الملكية في جسم الإنسان أم لا. والسبب في ذلك أن القوانين التي تطبق فكرة إمكانية وجود ملكية تناقض مع المبدأ المتمثل في حماية الحرية البشرية والاستقلال الذاتي.

## الفصل الثاني

## نطاق حق الملكية على الجسد البشري

قديمًا، إن كان هناك حديث يتعلق بوجود حقوق على الجسد البشري، كان الأمر مقتصرًا على الجسد الميت فقط إذ لم تكن المنفعة من وراء الجسد البشري الحي معلومة. ولكن بعد أن ظهرت منافع لذلك لأعضاء الجسد البشري في العديد من المجالات سواء العلاجية أم البحثية تجلت أفكار التملك على هذه الجسد.

ومن ثم، فإن حقوق الملكية على الجسد البشري يمكن أن ترد على صورتين رئيسيتين، وهما:أولاً: حق الملكية على الجسد الميت: والذي يتقرر بصورة عامة لأغراض الدفن، حيث يكون لمتولي عملية الدفن حيازة الجسد بصورة مؤقتة لأغراض تحقق عملية الدفن، أو عنما يتم الحصول على أعضاء من هذا الجسد لأغراض التبرع وزراعة الأعضاء.

وهناك العديد من الاتجاهات سواء فقهية أو تشريعية حول الوسائل التي يمكن على أساسها تملك المواد البشرية والتي يتوافق بعضها مع معنى الإنسانية الذي يتمتع به الأفراد، وبعضها يتعارض معه؛ حيث تتطلب بعض الجهات القضائية أو بعض التشريعات إما الموافقة الصريحة أو المفترضة للشخص قبل الوفاة، أو الموافقة الصريحة من أحد الأقارب للسماح للحصول على المواد البشرية.

وثانيًا: حق الملكية على الأعضاء البشرية المتجددة والمنفصلة عن الجسد الحي: ومن ذلك الدم والشعر الحيوانات المنوية والدم والشعر والبول ونخاع العظام.

وبجانب الصورتين السابقتين توجد صورة أخرى للملكية تتمثل في الخلايا والأعضاء المستخلصة من الإنسان سواء كانت متجددة أم غير متجددة وتم إجراء عليها بعض المهارات والأعمال العلمية بما أدى إلى تغير في هيئتها التي خُلقت عليها.

وقد تناول التشريع والقضاء والفقه تفصيل الأحكام المتعلقة بأعضاء جسد الإنسانمن حيث ضوابط الحصول على تلك الأعضاء ابتداءً ومجالات استخدامها، وكذلك الأمر بالنسبة لجسد الإنسان بعد مماته. وبناءً على ما سبق سوف نتناول الملكية على الجسد البشري الحي وذلك في مبحث أول، ثم في المبحث الثاني نتعرض للملكية على الجسد البشري الميت، وذلك فيما يلي:

## المبحث الأول

## الملكية على الجسد البشري الحي

إن تملك الجسد البشري الحي لا نعني به هنا الرق أو الاستعباد؛ إذ إن صفحة الرق قد طويت من الزمن بعد الاتفاقية الخاصة بالرق الصادرة عام ١٩٢٦،فقد ظهر في أوروبا في مطلع القرن الثامن عشر، تيار فكري يدعو إلى التحرر من الظلم والاستبداد وينبه الأذهان إلى ما يمارس على الهنود الحمر من ظلم المستعمرين الإسبان،وكذلك الزنوج الأفريقيين فيالمستعمرات الأمريكية، الذين حلوا محل الهنود الحمر، ثم أخذت التيارات التي انطلقت في القرن الثامن عشر تحقق أهدافها في القرن التاسع عشر، فبعد إعلان الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ونشأة الجمعية التأسيسية، كانت مسألة الرق من أهم المسائل التي طرحت فيها، ولكن لم تجرؤ الجمعية على إلغائه، وكل ما فعلته أنها منحت صفة المواطن لكل شخص يقيم في أراضي الجمهورية الفرنسية مهما كان لونه أو عرقه، إذا توفرت فيه الشروط التي قررها الدستور، ثم اتبعت إنجلترا خطوتها بمنع تجارة الرقيق بخطوة أخرة فقرر مجلس العموم في عام ١٨٣٣، إلغاء الرق

في المستعمرات البريطانية، كما صدرت في أمريكا وثيقة تحرير العبيد في الأول من يناير عام ١٨٦٣[١٣٠].

والرق يقصد به وفق أحكام اتفاقية قمع تجارة الرقيق هو:"حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية، كلها أو بعضها"[١٣١].

ومن خلال هذا المطلب سوف نتعرض لحالات نشأة حقوق ملكية على أعضاء الجسد البشري الحي أو على عينات وأنسجة مأخوذة من الجسد البشري من شخص على قيد الحياة، وذلك من خلال استعراض للتطبيقات القضائية تحديدًا من خلال استعراض أحكام القضاء الإنجليزي، وللتوجهات التشريعية في مصر والمملكة المتحدة، وذلك من خلال المطالب الآتية:

## المطلب الأول

## الملكية على كامل الجسد السليم وأعضاؤه

ظهرت حقوق الملكية على الجسد الحي أولاً في سياق العبودية، حيث اعتبر العبيد أنهم أشياء منقولة وليسوا أشخاصًا. وفيما يتعلق بملكية الشخص لجسده فيذهب الفقه[١٣٢] إلى أنه على الرغم من أن هناك إحساسًا بأن الأشخاص يمتلكون أجسادهم، إلا أن هذا لا يمكن القول بأنه يماثل ذات إحساسهم بامتلاك أي شيء مادي، فهناك فرق كبير بين أجسامنا والأشياء المادية الأخرى التي من الخطأ أن ينطبق عليها النظام القانوني للملكيةعلى الجسد البشري مع ما يترتب علي ذلك من تصرفات قانونية بالبيع والشراء.

ومسألة حقوق الملكية على الجسم، قبل فصل أي أجزاء الجسم من الجسم الحيذات أهمية عملية قليلة، حيث يشكل جسم الشخص السليم جزءًا من المصالح الشخصية لهذا الشخص، وتتم حمايته بشكل أساسي من خلال حقوق الاستقلال الذاتي والسلامة الجسدية والتي تمنع أي اعتداء يقع عليه[١٣٣].

وينبع الحق في السلامة الجسدية من مفهوم ذاتية الشخص، والذي يتم التعبير عنه عمومًا على أنه قدرة الأفراد على التصرف بشكل مستقل ودون تدخل من الغير. ويرتبط أيضًا بمفهوم الاستقلالية أيضًا مفهوم كرامة الإنسان[١٣٤]، حيث يتم التعبير عن الاعتراف بكرامة الإنسان كحق أساسي في عدد من

---

(١٣٠) لمزيد من التفصيل حول تطور إلغاء الرق، راجع: **د. صباح كريم رياح الفتلاوي**، لمحات من مشكلة الرق في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية حتى العام ١٨٦٣، مجلة آداب البصرة، كلية الآداب – جامعة البصرة، العدد ٧٨، ٢٠١٦، ص ٢٠٨.

(131) "Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised". Slavery Convention.

(132) **R. Lee and D. Morgan,**Death rites law and ethics at the end of life, Routledge, New York, 1996, p. 61.

(133)**J. W. Harris**, Who Owns My Body, op.cit.,p. 66.

(134)Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2004] 1 AC 309 (HL) 349, Lord Millett.

المواثيق الدولية[١٣٥]. وقد ذهب الفقه إلى أن مفهوم الذاتية يعد جانبا من المفهوم الأوسع للكرامة الإنسانية[١٣٦].

وفي القانون المصري تتقيد حدود التصرف في الأعضاء البشرية في التبرع بالأعضاء بغرض زرعها في جسم شخص أخرحيث نصت المادة الثانية من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية[١٣٧]على أن: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته".

وقد وضع القانون ومن بعده اللائحةالتنفيذية[١٣٨]عدة ضوابط لنقل تلك الأعضاء البشرية المستخلصة من جسد حي، وهي تتمثل في الآتي:

١- أن يكون المتبرع كامل الأهلية: حيث ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً[١٣٩].

٢- خلو إرادة المتبرع من عيوب الرضا: إذ يجب أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه، وثابتًا بموجب إقرار كتابي من المتبرع معززًا بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى أو مُصدقا عليه من الشهر العقاري[١٤٠].

٣- أن يكون التبرع للأقارب: فلا يجوز نقل عضو أو جزء منه من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر إلا إذا كان على سبيل التبرع بين الأقارب من المصريين. ويُشترط لقبول التبرع للأقارب ما يأتي:

---

(135) Preamble to the Charter of the United Nations signed June 26 1945 USTS 993; Universal Declaration of Human Rights adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A (III); UNESCO Universal Draft Declaration on Bioethics and Human Rights Paris 24 June 2005 SHS/EST/05/CONF.204/3 REV.

(136)D Feldman "Human dignity as a Legal Value—Part I" [1999] Public Law 682, 682.; McFarlane v Tayside Health Board [2000] 2 AC 59 (HL) 114, Lord Millett

(١٣٧)قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر، ٦ مارس ٢٠١٠.

(١٣٨) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصادرة بقرار مجلس الوزراءرقم ٩٣لسنة ٢٠١١، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١ مكرر أ، ١٢ يناير ٢٠١١.

(١٣٩) المادة ٥/٢ من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(١٤٠) المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

- ألا يزيد سن المتبرع على ٥٠ عاما.
- أن يكون المتبرع كامل الأهلية.
- أن يكون هناك توافق في الأنسجة وفصيلة الدم.
- أن يتم إجراء كافة الفحوصات اللازمة لإثبات سلامة المتبرع وقدرته على التبرع وملاءمة العضو المتبرع به للمنقول إليه واحتياج المنقول إليه إلى الزرع.
- أن تكون عملية الزرع ذات فُرص نجاح مقبولة طبقا للقواعد العلمية والطبية المتعارف عليها.
- أن يتم الزرع في أحد المنشآت الطبية المرخص لها بذلك طبقا لأحكام القانون وهذه اللائحة.
- أن يتم التأكد من عدم وجود مقابل مادي أو ضغط نفسي في جميع حالات التبرع[١٤١].

واستثناءً من ذلك يجوز التبرع لغير الأقارب في حالات الضرورة القصوى، وذلك بعد موافقة لجنة خاصة تُشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة. وفي هذه الحالة يجب إثبات عدم صلاحية أي من الأقارب حتى الدرجة الثانية طبيا للتبرع، وذلك بناءً على شهادة طبية صادرة من المنشأةالتي ستجرى بها الجراحة، ومعتمدة من مدير البرنامج الخاص بالزرع بالمنشأة ومدير المستشفى، أو عدم رغبتهم في التبرع بناءً على إقرار موقع منهم يُحرر أمام اللجنة الثلاثية داخل المنشأة التي تجرى بها الجراحة ويُعتمد من اللجنة[١٤٢].

٤- أن يتم تبصير المتبرع بالمخاطر المحتملة للتبرع: حظر البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه - إذا كان مدركًا، بواسطة اللجنة الثلاثيةفي جلستين منفصلتين، بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملةبما فيها الوفاة على المدى القريب أو البعيدالعام الأول من تاريخ إجراء العملية. وتتم الإحاطة بالمخاطر شفاهة وكتابة، وتضع اللجنة العُليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجا موحدا للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه، متضمنا المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة[١٤٣].

---

(١٤١) المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(١٤٢) المادة ٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(١٤٣) المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

أما فيما يتعلق بالخلايا ومدى جواز التصرف فيها فقد نص القانون على حالة وحيدة للتبرع وهي حالة نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها(١٤٤).

ويقصد بالخلايا الأم(١٤٥) تلك الخلايا التي تتكون في الشريط الأولي(١٤٦)الذي يُخلّق في الجنين في اليوم الرابع عشر أو الخامس عشر. ومن هذا الشريط تتكون الخلايا الأمومصادر الأنسجة الرئيسيةالتي سوف تشكل أعضاء وأنسجة الجسم المختلفة، وفي نهاية الأسبوع الثالثيبدأ الشريط الأولي في الزوال ويتبقى منه فقط المنطقة العجزية – العصعصية(١٤٧)التي تكون بنهاية العمود الفقري مبقياً على بقايا للخلايا الأم في هذه المنطقة(١٤٨).

أما في قانون الأنسجة البشرية الإنجليزي لعام ٢٠٠٤،اهتم القانون بتحديد المواد البشرية التي يسري عليها أحكامه حيثحددها بجميع المواد التي تتكون من أو تشتمل على خلايا أو أنسجة أو أعضاء بشرية مستمدة من الجسد البشري. ومن ثم فإن المواد البشرية التي تدخل في تنظيم قانون الأنسجة البشرية هي الأجساد البشرية والأعضاء والأنسجة الداخلية والجلد والعظام(١٤٩).

وقد سمح القانون الإنجليزي باستخدام تلك الأعضاء والأنسجة البشرية لغرضين أساسيين، وهما: أولاً: الأغراض البحثية التي لها صلة بالاضطرابات الجسدية والعقلية أو تلك المتعلقة بوظائف جسد الإنسان. وثانيًا: أغراض التدريب والبحث والتعليم(١٥٠).

وقد اشترط القانون الحصول على موافقة معينة قبل إتمام عملية استخلاص الأعضاء أو الأنسجة البشرية، وهذه الموافقة هي تلك التي تصدر من الشخص المحدد قانونًا والذي يتعين الرجوع إليه عند

---

(١٤٤) المادة ٣/٥ من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(145) Stem cells.

(146) Primitive Streak.

(147) Sacrococcygeal region.

(148) **E. P. Amechi,**Regulating developments in embryonic stem cell research in Africa: a third person's perspective,Journal of Law and Medicine, Feb. 2008, Vol. 15, p. 572.

(149) **L. Forsyth and M. Woof,** The implications of the human tissue act 2004 for dentistry, British Dental Journal, vol. 201, no.12, DEC 23 2006, p. 791.

(150) The Act defines ‘relevant material’ and outlines the ‘scheduled purposes’ for which ‘appropriate consent’ must be sought. The two groups of purposes are: ‘research in connection with disorders or the functioning of the human body’ for which consent is required for storage and use of tissue from either living or deceased persons audit, training and education for which consent is required for storage and use solely for tissue from deceased persons. The Human Tissue Act 2004: New legislation on human organs and tissue. Department of Health, 2004.

الحصول عليها. وهذا الشخص قد يكون كل مانح للمواد والأنسجة البشرية أو ما يمكن أن يطلق عليه المتبرع[١٥١]. وقد يكون شخصًا أخر غير المتبرع ولكنه مخول سلطة إصدار تلك الموافقة عن المتبرع إما بسبب انعدام الأهلية القانونية للأخير أو نقصها أو بسبب وفاته. وهو يتمثل في كل شخص معين من قبل المتبرع البالغ قبل والمخول له سلطة اتخاذ القرارات اللازمة بشأن ممارسة الأنشطة المنظمة بموجب القانون والمتعلقة بالتصرف هذا المتبرع[١٥٢].

وبالإضافة إلى الشخصين السابقين، فقد خول القانون سلطة إصدار الموافقة، في حال عدم وجود شخص مخول من قبل المتبرع لمن كانوا على علاقة مباشرة بالأخير وقت وفاته تؤهله[١٥٣]، لإصدار قرار الموافقة نيابة عنه. كما منح القانون للشخص المخول له بالسلطة الأبوية علي القاصر بسلطة اتخاذ القرار نيابة عنه وذلك في حالات محددة[١٥٤].

ويشترط القانون أن يكون رضا المتبرع أو من يمثله قانونًا مكتوبًا وموثقًا، وأن يصدر عن إرادة حرة خالية من أي نوع من أنواع الإكراه أو الضغط المادي أو المعنوي والاجتماعي. حيث لا يعتد بموافقة المانحين أو من يمثلهم قانونًا في ضوء قانون الأنسجة البشرية، عند إجراء أي ممارسات بحثية أو

(151)European Parliament, Council of the European Union. Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of March 31, 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. Official journal of the European union. 2004; L102:48–58.

(152)Part 1, 3.“Appropriate consent”: adults: " (1)This section makes provision for the interpretation of “appropriate consent” in section 1 in relation to an activity involving the body, or material from the body, of a person who is an adult or has died an adult (“the person concerned”).
(2)Where the person concerned is alive, “appropriate consent” means his consent.
(3)Where the person concerned has died and the activity is one to which subsection (4) applies, “appropriate consent” means his consent in writing.
(4)This subsection applies to an activity involving storage for use, or use, for the purpose of—
(a)public display, or
(b)where the subject-matter of the activity is not excepted material, anatomical examination".

(153) Qualifying relationship: Person/s who can give consent for the deceased person if the deceased person has not indicated their consent nor appointed a nominated representative. https://www.mrc.ac.uk/documents/pdf/consent-summary.

(154) Section 2: “Appropriate consent”: children (1) This section makes provision for the interpretation of “appropriate consent” in section 1 in relation to an activity involving the body, or material from the body, of a person who is a child or has died a child (“the child concerned”). (2) Subject to subsection (3), where the child concerned is alive, “appropriate consent” means his consent. (3) Where— (a) the child concerned is alive, (b) neither a decision of his to consent to the activity, nor a decision of his not to consent to it, is in force, and (c) either he is not competent to deal with the issue of consent in relation to the activity or, though he is competent to deal with that issue, he fails to do so, “appropriate consent” means the consent of a person who has parental responsibility for him. Human Tissue Act 2004 and its amendments which get forced on Oct 2017.

علاجية، إلا اذا كانت مكتوبة وموثقة بوضوح في سجلات المريض أو في سجلات المؤسسة المستقبلة[١٥٥].

هذا، ولا تقتصر الشكلية في قانون الأنسجة البشرية على ضرورة إفراغ الرضا بإقرار كتابي موقع عليه من قبل المانح أو ما يتطلبه قانون الأنسجة البشرية من شكليات أخرى أكثر تعقيدًا والتي تتمثل في ضرورة توثيق الإقرار، بل إنه قد تطلب ما هو أكثر من ذلك وهو ضرورة أن يشهد علي صحة هذا التوقيع شاهدان اثنين[١٥٦].

فضلا عن ذلك أشترط القانون للاعتداد بصحة الموافقة على عمليات التبرع ضرورة توثيق تلك الموافقة في سجل دائرة الصحة الوطنية للتبرع بالأعضاء[١٥٧]. ويتضح من تلك الإجراءات أن القانون يحاول أن يضمن أن الموافقة قد صدرت عن رضا واختيار وبصيرة.

---

(155)Part 1, 3."Appropriate consent": adults: " (5) Consent in writing for the purposes of subsection (3) is only valid if—

(a) it is signed by the person concerned in the presence of at least one witness who attests the signature,

(b) it is signed at the direction of the person concerned, in his presence and in the presence of at least one witness who attests the signature, or

(c) it is contained in a will of the person concerned made in accordance with the requirements of—

(i) section 9 of the Wills Act 1837 (c. 26), or

(ii) Article 5 of the Wills and Administration Proceedings (Northern Ireland) Order 1994 (S.I. 1994/1899 (N.I. 13)).

(6) Where the person concerned has died and the activity is not one to which subsection (4) applies, "appropriate consent" means—

(a) if a decision of his to consent to the activity, or a decision of his not to consent to it, was in force immediately before he died, his consent;

(b) if— (i)paragraph (a) does not apply, and

(ii) he has appointed a person or persons under section 4 to deal after his death with the issue of consent in relation to the activity,

consent given under the appointment;

(c) if neither paragraph (a) nor paragraph (b) applies, the consent of a person who stood in a qualifying relationship to him immediately before he died.

(7) Where the person concerned has appointed a person or persons under section 4 to deal after his death with the issue of consent in relation to the activity, the appointment shall be disregarded for the purposes of subsection (6) if no one is able to give consent under it.

(8) If it is not reasonably practicable to communicate with a person appointed under section 4 within the time available if consent in relation to the activity is to be acted on, he shall be treated for the purposes of subsection (7) as not able to give consent under the appointment in relation to it. "

(156)**D. Gardiner**, An unethical marriage-the human tissue act and the UK NHS organ donor register, The Journal of the Intensive Care Society, vol. 8, 2007, p. 42.

(157) Organ Donor Register. For further information see: https://www.organdonation.nhs.uk/

وتوسعًا في السلطات الممنوحة للشخص الذي له سلطة إصدار الموافقة الحق في إصدار موافقة دائمة أو مؤقتة[١٥٨]. فقد سمح القانون للمانح بالحق في تعديل الشروط المقترنة بالرضا من وقت لأخر، إذ من حق المتبرع وضع قيود أو اشتراطات معينة على استعمالات تلك الأعضاء أو الأنسجة المتبرع بها، بل زاد على ذلك بمنح كل ذي شأن سلطة سحب موافقته في أي وقت مع ضرورة توضيح أسباب سحب الموافقة والآثار المترتبة على ذلك، ولكن شريطة أن يصدر قرار تعديل شروط الاستعمال أو قرار السحب قبل البدء في استخدام المواد البشرية الممنوحة، فمع البدء في العلاج أو البحث العلمي لم يعد في مكنة الشخص سحب موافقته أو التعديل في شروطها.

والمشرع في ذلك وإن كان قد اهتم بإرادة المتبرع أو الشخص الذي يصدر عنه الموافقة بصفة عامة، غير إنه لم يغفل حق الغير الذي سيتفيد من المواد المتبرع بها، فحفاظًا على استقرار المعاملات والحقوق التي اكتسبها الغير على ما تم التبرع به، فإنه بمجرد البدء في علاج الغير أو استخدامه للمواد البشرية في البحث العلمي لم يعد في استطاعة من أصدر الموافقة أن يعدل فيها أو يقوم بسحبها.

وجدير بالذكر أن هناك بعض الدول تأخذ بنظام الموافقة المفترضة مثل بلجيكا، والتي تعني أنه في كل حالة لا يوجد فيها دليل قاطع من قبل الشخص المتوفى قبل وفاته على رفضه التبرع بأعضائه، فإنه يفترض أنه موافق على ذلك.

ويعيب هذه الموافقة عدة أمور، منها أن تجاوزها لوجود الإرادة الصريحة من قبل المتبرع أو ممن يخوله القانون إصدار الموافقة يؤدي إلى انتهاك لمبدأ الإرادة الحرة أو الاستقلال الذاتي للفرد. كما أن نظام الموافقة المفترضة لا يعطى للأقارب، سلطة منح الإذن بالتبرع بعد وفاة المتبرع، فلا يكون لهم سوى إبداء اعتراضهم علي قرار الجهة المختصة بالتبرع بعد الوفاة[١٥٩].

ومن ثم، فقد أحسن القانون الإنجليزي صنعًا بتبنيه نظام يضمن تحقق موافقة صحيحة للمتبرع ذاته أو من يمثله، فلا يعتد، في جميع الأحوال، بصحة الموافقة على التبرع بالأعضاء البشرية إلا اذا كانت

(158) "Withdrawal of consent: Consent may be withdrawn at any time, whether it is generic or specific. Withdrawal should be discussed at the outset when consent is being sought. The practicalities of withdrawing consent and the implications of doing so should be made clear. Withdrawal of consent cannot be acted upon where tissue has already been used. Examples of withdrawal of consent are provided in each sector-specific Code. If someone gives consent for their tissue to be stored or used for more than one scheduled purpose and then withdraws consent for a particular scheduled purpose, such as research, this does not necessarily mean that the sample or samples have to be removed or destroyed". Draft Code A: Guiding principles and the fundamental principle of consent, Human Tissue Authority, Code of practice, p. 13.

(159) **D. Price**, Legal framework governing deceased organ donation in the UK, British Journal of Anaesthesia, Volume 108, January 2012, p. 169.

صادرة ممن ينبغي أن تصدر عنهم بإرادة حرة وبعد إعلامهم بكافة المتعلقة بكافة الأمور المتعلقة بالتبرع[١٦٠].

وإذا كان القانون يحمي حق الشخص في التصرف بشكل مستقل عن طريق مبدأ الموافقة المستنيرة. فإن بعض الفقه[١٦١] يذهبون إلى أن هذه هي الحماية لحقوق الإنسان ليست وحدها كافية لضمان حماية حقوق المصادر البشرية، فإذا كانت الموافقة تقوم على فكرة أنه لا يجب على الدولة أن تتدخل فيما يجب على الفرد أن يقوم به أو ما يجب الامتناع عنه ولا سيما إذا لم يكن هناك ضرر للآخرين على سند أن الفرد هو كائن مستقل. ولكن في بعض الحالات يكون على الدولة دور في التدخل لحماية وتعزيز المصالح الأخلاقية.

ولكن لا يمكن القول بأن الاستقلالية مساوية للموافقة المستنيرة، ففي معظم الحالات، تكون الموافقة بمثابة الاختيار بين "نعم" أو "لا"، في حين أن القرار المستقل قد يكون أكثر تعقيدًا بكثير ويتطلب شروطًا أو قيودًا. وتشير التطورات الحديثة في البحوث الطبية والفوائد المحتملة من استخدام العينات الموجودة في البنوك الحيوية إلى أن الموافقة المستنيرة وحدها قد تكون غير كافية للفصل في الأخلاقية المعقدة الناشئة[١٦٢].

وتنشأ الإشكالية المتعلقة بملكية الجسد الحي وأعضاؤهنظرًا لكون الأخير مرتبطًا ارتباطًا جوهريًا بشخصية الإنسان. ونظريًا إذا انفصلت بعض الأعضاء البشرية عن الجسد، حينئذ يمكن وصفها بأنها أشياء، لأنه بمجرد استئصالها يمكن اعتبارها ممتلكات مادية. ويمكن تبرير ذلك من خلال افتراض أن تلك الأجزاء البشرية بعد فصلها عن الجسد قد تم سرقتها أو اختلاسها في هذه الحالة سيسمح للأفراد بتقديم مطالبات لحماية مصالحهم على تلك الأجزاء التي تم سرقتها، وهذا يدل بصورة غير مباشرة على وجود حق ملكية على تلك الأجزاء وإلا لم يمكن المطالبة بأي حق عليها[١٦٣].

وهو ما تم تأكيده في دعوى R v. Kelly[١٦٤] التي تتلخص وقائعها في قيام فني مبتدئ في الكلية الملكية للجراحين في إنكلترا بإزالة أجزاء من الجسد البشري لعدد من الجثثParts of a corpse، التي تحوزها الكلية الملكية، من أجل منحها لفنان تشكيلي لاستخدامها في صنع قوالب نحتية من الأعضاء البشرية، إذ وجه إلى كل منهما العقوبة المقررة لجريمة السرقة؛ حيث أقرت المحكمة الجنائية في بريطانيا

(160)**D. Gardiner**, op. cit., p. 43.

(161)**C. M. Thomas,** op. cit., p. 20.

(162)See the discussion of informed consent below. See also: Ministry of Health Guidelines on the Use of Human Tissue for Future Unspecified Research Purposes Discussion Document (Ministry of Health, Wellington, 2006.

(163)**J. E. Penner**,op. cit., p.111.

(164) R v. Kelly [1999] 2 WLR 384.

لحائز الجثة الحق في إحراز أجزاء الجسد البشري للجثث وإدراجها ضمن القسم ٤ من قانون السرقة[١٦٥]، شريطة أن يضفى حائزها سمات مختلفة لها عن حالتها الأولية، أو أن يستخدم مهارات خاصة عليها "skilled work" مثل اتخاذه التدابير اللازمة لحفظ الجثمان ذاته أو أجزاءه البشرية أو القيام بإجراءات التشريح لغرض العرض العام أو التدريس[١٦٦].

وبذلك، فإنه بدلاً من أن يمنح قانون السرقة قيمة الملكية للجسد البشري، ركز القانون على مفهوم "الحيازة القانونية 'legal possession' للجسد البشري، وهو مفهوم أقرب إلى الوصاية 'guardianship' فبدون الاعتراف بملكية الجسد البشرى وأجزاؤه، اعترف المشرع الإنجليزي بمفهوم الحيازة القانونية للمستشفيات الطبية للجسد أو أجزاء منه، وذلك إلى أن يظهر أحد أقارب الشخص المعني، وفي هذه الحالة الأخيرة تنتقل الحيازة إلي أقربائه لاتخاذ الإجراءات التالية للوفاة سواء للدفن أو التخلص منها على النحو المناسب.

وفي توجه أخر للمحاكم في قضية Colavito v New York Organ Donor Network Inc[١٦٧] حيث تدور وقائع تلك القضية في ٢١ أغسطس ٢٠٠٢، حيث توفي بيتر لوسيا بسبب نزيف داخل الجمجمة في احدى مستشفيات نيويورك، حيث قررت أرملته ديبرا لوسيا، وأبنائه، التبرع بواحدة من كليتي بيتر إلى صديقه روبرت كولافيتو الذي كان مصابًا بفشل كلوي، ويقيم في فلوريدا. أخبرت الزوجة المستشفى عن قرارها، حيث قامت الأخيرة باستدعاء سبنسر هرتزل الممثل عن شبكة نيويورك للمتبرعين بالأعضاء البشرية(NYODN) لمقابلة الزوجة التي اخبرته أنه زوجها يحمل فصيلة دم شائعة ومن ثم يمكن أ، يكون مانحًا لعدد كبير من الأفراد، وبناءً على ذلك قامت الزوجة بملء استمارة مطبوعة خاصة بشبكة نيويورك للمتبرعين بالأعضاء البشرية.

ولتجنب إتلاف الكُلية التي تم التبرع بها، فتم إزالة الكليتين من جسم المتبرع معًا كوحدة واحدة. ثم عرض الأطباء بعد ذلك على الزوجة أن يتم فصل الكليتين ثم إعادة احداهما إلى جسد زوجها المتوفى ، ولكن الزوجة قررت أن إرسال كل منهما روبرت كولافيتو خوفًا من حدوث خطأ فيهما وإلحاق الضرر بأحد الكلى.

وقد كان كولافيتو من سكان جنوب فلوريدا. حيث سألت ديبرا لوسيا عما إذا كان ينبغي على كولافيتو القدوم إلى نيويورك لإجراء عملية الزرع، لكن الأطباء أخبروها بأنه سيكون من الأسهل شحن الكلى بالطائرة بدلاً من نقلها.

---

(165) Section 4 of the Theft Act.

(166) R v. Kelly 1998 3 All ER 741.

(167)Colavito v New York Organ Donor Network Inc (2006) 438 F 3d 214; 2006 US app LEXIS 4309 (US App Ct).

وبالفعلفي ٢٣ أغسطس ٢٠٠٢، أي بعد يومين من وفاة بيتر لوسيا وصلت الكلية اليسرى إلى ميامي وتم إدخال كولافيتو إلى مستشفى جاكسون، لأجراء العملية الجراحية وزرع الُكلى، ولكن الجراح بعد فحص الكلية اكتشف الجراح أن الشرايين الكلوية في الكلية أصيبت بأضرار بسبب تمدد الأوعية الدموية، مما جعل عملية زرع الكلى غير مقبول طبيًا، ومن ثم تم التواصل مع شبكة نيويورك للمتبرعين بالأعضاء البشرية(NYODN) التي كانت تحتفظ بالكلية الأخرى وطلب منهم أن يتم إرسال كلية بيتر لوسيا الأخرى. ولكن تم إجابتهم بأن هذه الكلية قد تم استخدامها بالفعل لمريض آخر، على الرغم من أن الزوجة لم تناقش أبداً مع ممثل الشبكة ما الذي سيحدث للكلية الثانية إذا تم زرع الأولى بنجاح.

وقد رفع كولافيتو دعوى قضائية في ٢٢ أغسطس ٢٠٠٣، رفع كولافيتو دعوى في محكمة مقاطعة الولايات المتحدة للمنطقة الشرقية من نيويورك ضد شبكة نيويورك للمتبرعين بالأعضاء البشرية(NYODN)، وادعى فيها أن ما تم يعد نوعًا من الاحتيال وانتهاكًا لقانون الصحة العامة في نيويورك.

رفضت المحكمة المحلية في ذلك الوقت ادعاء كولافيتو بالاحتيال على أساس الوقائع الموضوعية، مستندة إلى أن كولافيتو لم يقدم أدلة تثبت أنه كان قد استند بشكل ضار، وخلصت إلى أن قانون نيويورك للصحة العامة لا يقر بحقوق الملكية واسعة على جسد المتوفى ومن ثم لا يكون للمدعي حق عليها، وهو ما دعا كولافيتو إلى استئناف الحكم.

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف أن القانون وإن كان يرغب في حظر معاملة الأعضاء البشرية كما لو كانت سلعة، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أنها لا تقر للأفراد بحقوق ملكية عليها، كما لا يفهم من النص القانوني الذي يحظر بيع الكلي البشرية السليمة أن طرف ثالث يمكن أن يفلت من العقوبة إذا قام باستخدام العضو البشري بالمخالف لرغبات المتبرعين أو الممنوح لهم المحتملين[١٦٨].

وجدير بالذكر أنه بعض الولايات الأمريكية، تجير أن تكون أجزاء الجسم المتجددة موضوعًا للملكية، فعلى سبيل المثال دم الإنسان ترد عليه تصرفات قانونية كالبيع، والدخل الناتج منه ترد عليه ضريبة[١٦٩].

(168) "the fact that the State wishes to prohibit the treatment of functioning human organs as though they were commodities does not necessarily imply that it also intends that no one can acquire a property right in them. It does not follow from a law that forbids the sale of a functioning human kidney, that a third party may with impunity take the organ against the express wishes of a potential donor and potential donee. " Colavito v New York Organ Donor Network Inc (2006) 438 F 3d 214; 2006 US app LEXIS 4309 (US App Ct)

(169)Blood has become one of the most valuable commodities in the United States. While refined petroleum sells for around US$40 per barrel an equivalent quantity of blood products is worth US$67,000. Richard Bernstein “A Science and a Business, a Saver and a Killer” review of Douglas Starr Blood: An Epoch History of Medicine and Commerce (23 September 1998) New York Times New York E7.

## المطلب الثاني

## الملكية على الأنسجة والخلايا

يرتبط بإشكالية حق الملكية، استخدام أجزاء الجسد البشري الحية في التكنولوجيات الحيوية الجديدة التي تعتمد في أعمالها على هندسة الأنسجة والخلايا البشرية. فتلك الأخيرة تعد المكون الرئيس لمواد الجسد البشرى، ومورداً مهمًايستخدم في العديد من المجالات سواء العلاجية كزراعة الأعضاء البشرية، أم البحثية.

وكما سبق وأن ذكرنا، فإن استخلاص تلك الأنسجة الجسم البشري، قد يمس هذاكيان الإنسان الواجب احترامه وحفظ كرامته وحماية جسده، وهو ما يجب أن يكون في صورة منضبطة تحمي حقوق الشخص المتبرع بأنسجته أو خلاياه، حاصة وأن استخدامات تلك المواد البشرية لم تعد مقتصرة على الاستعمالات التقليدية المتعلقة بزراعة الأعضاء، بل تطور الأمر لاستخدامها في تصنيع منتجات علاجات حيوية للإنسان.

ومع أهمية تلك المواد البشرية كان من الواجب أن يتناغم مع تلك الأهمية تنظيم تشريعي يحفظ استخدامها ويمنع استغلالها، ولكن نجد أن المشرع المصري ولا سيما في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية قد اقتصر تنظيمه للأنسجة والخلايا البشرية في فقرة واحدة ضمن المادة الخامسة من القانون حيث نص على أن: "يجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها"(١٧٠).

ويلاحظ على القانون في تنظيمه السابق أنه قصر استخدام الخلايا على حالة واحدة فقط ألا وهي حالة التبرع وقصرها على الأقارب مغفلاً أي استخدامات أخرى لتلك الخلايا، كما أنه قصر التنظيم على الخلايا الأم فقط، وهي تلك الخلايا الذي يبدأ تكون الإنسان منها وتوجد في أسفل الظهر. وهذا القصور التنظيمي قد يكون مرده أن المشرع أراد أن يحدد استخدام الخلايا المتبرع بها في حدود عمليات زراعة الأعضاء فقط دون غير من الاستخدامات المتطورةوالتي لا تقل في أهميتها عن أهمية زراعة الأعضاء.

بينما في القانون الإنجليزي نجد أنه قد وضع تنظيمًا شاملا لاستخدامات الخلايا بصفة عامة وليس نوع معين من الخلايا، فنجد أن غرضه الأساسي هو وضع إطار تشريعي موحد لكافة المسائل المتعلقة باستخدام والتبرع بأي مواد بشرية سواء كان ذلك لأغراض علاجية أم بحثية،وما يشمله ذلك بالضرورة من

---

(١٧٠) المادة ٣/٥ من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

أخذ وتخزين واستخدام وإزالة واستيراد وتصدير والتخلص من الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية[١٧١].

وإذا كانت التشريعات قد نظمت استخدامات تلك الخلايا، فإن إشكالية تحديد هوية من له الحق في تملك تلك الخلايا لا تزال محل تساؤل. وقد تناول المكتب الأوروبي للبراءات[١٧٢] مسألة ملكية الأجساد البشرية، بمناسبة تقديم طلب الحصول على براءة اختراع من مؤسسة Howard Florey متعلق بحمض نووي مشفر H2ريلاكسين البشري، وهو نوع من الأحماض النووية التي يمكن استخلاصها من بعض الأنسجة البشرية الموجودة لدى النساء الحوامل[١٧٣].

وقد تم تقديم اعتراض لقسم المعارضة التابعة للمكتب الأوروبي للبراءات على منح المكتب البراءة لأن عزل الجين المسئول على هذا الحمض مأخوذة من امرأة حامل وهو ما يعتبر أمرًا غير أخلاقي لأنه يسيء إلى كرامة الإنسان لاستخدام الحمل، وثانيا، إن الجين البشري المأخوذ من المرأة الحامل يشكل شكلاً من أشكال الرق الحديث لأنه يشكل حالة من تقطيع النساء وبيعها مجزأ إلى المؤسسات التجارية في جميع أنحاء العالم، وهو ما ينتهك حق الإنسان في تقرير المصير. وثالثا، تم الاعتراض على أن براءات الاختراع للجينات البشرية غير أخلاقية لأنها تنطوي على براءة اختراع للحياة البشرية.

ولكن قسم المعارضة التابعة للمكتب الأوروبي للبراءات رفض جميع الحجج الثلاث، حيث قرر أولا، إلى أن استخلاص الجين "ريلاكسين" لا يعد غير أخلاقي خاصة وأن متبرعي الأنسجة الذين يتم استخلاص الجين منهم قد وافقوا على هذا الإجراء، وهذا الأمر ليس مستغربًا لأن المنتجات البيولوجية البشرية (مثل الدم والعظام والأنسجة) استخدمت على نطاق واسع كمصادر تم الاعتماد عليها للحصول على براءة اختراع). وفيما يتعلق بالحجة الثانية، أن هذه العملية لا تؤدي إلى عبودية النساء أو تقطيعهن، فإن الحجة السابقة بها الكثير من المبالغة لأن الحصول على جينات أو أنسجة من الإنسان لا تمنح أصحابها أي حقوق مهما كان، ومن ثم، لا تتأثر المرأة بأي شكل من الأشكال إذا تم منح براءة اختراع، فالمانحة التي قبل تقديم أنسجتها البشرية، هي حرة في حياتها وتعيش كيفما ترغب وتمتلك نفس الحق في تقرير المصير تماما كما كانت عليه قبل منح البراءة، فمنح البراءة لا ينبغي اعتباره بمثابة عبودية أو أنه تملك للجسد، خاصة وأنه لا يؤثر على جسد الشخص المانح.

(171) **D. Price,**op.cit., p. 168.

(172)European Patent Office (EPO)

(173)Howard Florey/Relaxin [1995] EPOR 451. A discussion of this case can be found in **D. Deryck and B. Roger,** Patenting Human Genes: Legality, Morality, and Human Rights, Kluwer, London Harris, 1998, p. 18.

وردًا على الاعتراض الثالث، وجدت شعبة المعارضة أن تسجيل براءة اختراع لجين واحد يختلف عن براءة اختراع الحياة البشرية، خاصة وأن العلماء لن يتمكنوا من إعادة تخليق حياة الإنسان من تلك الأنسجة. وبناءً على ذلك تم منح براءة الاختراع.

ونعتقد أن التطور القانوني في القرار السابق يطرح أسئلة حول المواقف تجاه الملكية في جسم الإنسان عن طريق منح بعض الأعضاء مثل الخلاياالبشرية والجلد ونخاع العظام والأمشاج والأنسجة العلاجية والأنسجة لاستبدال الأعضاء البشرية، فهل يمتلك المانحون أجسادهم للتبرع بها، أو للتصرف فيها بمقابل، ومن ثم يمكن لأخرين تملك الجسد البشري أو أعضاؤه؟

الإجابة على هذا التساؤل تطرقت إليها المحاكم الأمريكية في دعوى Hecht v. Superior Court (Kane)[١٧٤]حيث قضت المحكمة بأن الحيوانات المنوية هي جزء من ممتلكات المتوفى ولكنها تنطوي عليها نوع متميز من الملكية، ومن ثم لا يمكن أن تخضع للتقسيم. فالحيوانات المنوية للرجل أو بويضات المرأة أو أجنة الزوجين لا يمكن مساواتها بأي أموال أخرى يملكها الشخص. فتلك المواد الجينية لا تصلح بذاتها أن تخضع للقواعد العامة التي تسري على أموال التركات. حيث لا يمكن استخدام الحيوانات المنوية إلا من قبل شخص واحد فقط، فمن الواضح أنه هذه العينات من الحيوانات المنوية قد قدمت لغرض واحد وهو انجاب طفل من امرأة محددة، وهو ما يمكن السماح به لغير المرأة المحددة في وصية المتوفى، ومن ثم، فإن هذه حق الملكية على هذه الحيوانات المنوية لا يمكن أن يتقرر إلا إلى شخص واحد فقط.

ومن ثم يتضح أن المحكمة قد أقرت بوجود حقوق ملكية على تلك الخلايا البشرية، ولكن ممارسة المالك لسلطاتهالمستمدة من ذلك الحق على تلك الخلايا تختلف إذا كان محل الحق أي مال أخر، ويذهب الفقه[١٧٥]إلى أن مفهوم الملكية بصفة عامة يتجلى عندما توجد المصلحة في الأشياء، فإذا لم تكن هناك مصلحة فلا يوجد مغزى من الملكية.

- **اكتساب ملكيةالخلايا والأنسجة استنادًا إلى اعتبارات المصلحة العامة:**

على العكس من تأسيس الملكية على وجود أعمال أو مهارات ترد من قبل أحد الأشخاص على أعضاء أو أنسجة بشرية، بما يخول له حقوق ملكية على محل تلك الأعمال، وجدت فكرة أخرى تؤسس الملكية على اعتبارات المصلحة العامة بدلاً من الاعتماد بشكل محدد على نظريات الملكية التي ساقها الفقه. حيث تقوم تلك الفكرة على حجة مفادها أن المصالح التي تكتسب من المواد البيولوجية سوف تتحقق بشكل أكثر فعالية من خلال إطار تشريعي يتضمن مفاهيم حقوق الملكية، بدلاً من الاعتماد فقط

(174) Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr. 2d 275 (1993)

(175) **L.Griggs,** The ownership of excised body parts: Does an individual have the right to sell?" Journal of law and Medicine, Vol. 1, 1994, p. 223

على الموافقة المستنيرة التي تتحصل من الأشخاص المعنيين وهو ما سوف يقضي على التخوفات من قبل الجهات القضائية حول الاعتراف بحقوق ملكية على الأعضاء والأنسجة البشرية حيث إن الاعتراف بتلك قد يؤدي إلى من تقويض عملية البحث العلمي والاقتصار على مسألة بيع الأعضاء ما دامت تلك الأخيرة قابلة للتملك.

ومن التطبيقات القضائية في ذلك الشأن دعوى Miles Inc v Scripps Clinic and Research Foundation[١٧٦] والتي تدور وقائعها حول وجود نزاع حول ملكية خلايا تم إنتاجاها، حيث تبدأ وقائع تلك القضية بقيام الدكتور Zimmerman بتزويد معمل أبحاث Scripps-Milesأجسام مضادة استخدمت بعد ذلك في إنتاج خلايا وحيدة الخلية تعمل نفس العامل الطبيعي VIII:C المسئول عن تخثر الدم، ويحتاجها المرضى المصابون بمرض منع تخثر الدم الوراثي (الهيموفيليا)[١٧٧].

وعندما تم حل الشركة، استحوذ Miles على المختبر. ولكن واصل Zimmerman و Scripps استخدام الخط الخلوي في الأبحاث حتى تم الحصول في نهاية المطاف على براءة اختراع لعملية استخدام الأجسام المضادة لإنتاج العامل VIII: C

رفعت Miles دعوى قضائية ضد Zimmerman وScripps ، بدعوى استخدام خلايا وأنسجة ليس مسموح لهم استخدامها. قضت المحكمة بأنه لا يمكن تطبيق التوجه القضائي الذي استعملته المحكمة في قضية More ففي تلك القضية كان النزاع يتعلق بكون أن المواد البشرية استخدمت لإنتاج خط خلايا، بينما في قضية Miles كان النزاع يدور حول خط الخلايا ذاته، ورفضت المحكمة ادعاء Miles فلم تعترف بنظرية الأعمال المكسبة لحق الملكية في تلك القضية، وذكرت أن الشركة يمكن أن تطالب بحقوقها وفق النصوص التشريعية المعنية بحماية الملكية الفكرية وبراءات الاختراع.

وفي دعوى أخرى وهي دعوى United States v. Arora[١٧٨]، حيث تدور الوقائع حول المعاهد الوطنية للصحة (NIH) وهي جزء من وزارة الصحة والخدمات الإنسانية بالولايات المتحدة الأمريكية، هي تعد منشأة بحثية وتعليمية ذات شهرة عالمية تضم مختبرات متعددة وتقع في ولاية ماريلاند. وتسعى المعاهد الوطنية للصحة البحوث في عدد من المجالات العلمية المهمة. ومن ضمن الباحثين العاملين في ذلك المعهد هو د. أرورا الذي كان يجري أبحاث في علم المناعة في هذا المعهد. وبعد ذلك تم التعاقد مع باحث ما بعد الدكتوراه من اليابان وهو د. يوشيتاتسو ساي، والذي عمل تحت إشراف د. أرورا ونشروا

(176)Miles Inc v Scripps Clinic and Research Foundation (1991) 951 F 2d 361 (9th Cir).

(177)Factor VIII:C is a substance that permits a hemophiliac's blood to clot. Without Factor VIII:C, hemophiliacs run great risks of blood loss. Purified Factor VIII:C serves this vital function without risk of transmitting AIDS or hepatitis through treatment.

(178)United States v. Arora, 860 F. Supp. 1091 (D. Md. 1994)

معًا العديد من الأوراق التي تحدد نتائج أبحاثهم المشتركة. وتمشيا مع سياسة المختبر، كان للدكتور ساي الحرية المشاركة في مشاريع بحثية مع باحثين آخرين دون مشاركة الدكتور أرورا.

وبناءً على ذلك، انضم د. ساي، الذي كان لديه خبرة خاصة في استنبات الخلايا، إلى الدكتور سكولنيك والدكتور غاري وونج في مشروع بحثي رائد يهدف إلى دراسة الخصائص المناعية لبعض مستقبلات الخلايا، وكان الغرض من المشروع هو محاولة تطوير خطًا جديدًا من الخلايا يمكن نقله إلى خلايا بشرية، ويمكن بعد ذلك استنساخه في عدد كاف من الخلايا التي ستكون لها انعكاسات مهمة على مرض الزهايمر والسمية العصبية، وبصفة عامة تنظيم خلايا المخ.

وقد نجح د. ساي في العمل على انتاج خطوط خلايا اطلق عليها "Alpha 1-4" وكان هناك نية بعد إتمام البحث أن يتم التبرع بأحد خطوط بنك خلوي وطني لاستخدامه من قبل العلماء في جميع أنحاء العالم،لإجراء فحوصات علمية، أي تجارب، لوصف خصائص خط الخلية.

ولتنفيذ خطوط الإنتاج، كانت هناك حاجة إلى قوارير متعددة، تحتوي كل منها على ملايين من خلايا ألفا ١-٤، وانه لم يتبقى سوى ستة أسابيع لانتهاء من هذا المشروع البحث وكي تكوت الخلايا جاهزة لتؤدي الغرض منها.

وبعد ذلك التقدم في أعمال د. ساي بدأت العلاقات بين الدكتور أرورا والدكتور ساي تتوتر حيث استمر الأخير في متابعة مشروع أبحاث الخلية ألفا ١-٤.

ظهر بعد ذلك أن للدكتور سي وللدكتور وونغ فجأة أن عددًا من خلايا ألفا ١-٤ بالإضافة إلى خلايا أخرى تموت أو تتضرر، وهو ما لم يكن له سبب وحاول الباحثون سويًا التحقق من المصادر المحتملة لموت الخلايا، بما في ذلك التلوث الجرثومي والوسائط الخاطئة المتنامية وحاضنة الخلايا المعيبة ولكنهم لم يجدوا سببًا لما اعتبروه "موتًا جماعيًا للخلايا" ، ومن ثم أثيرت شبهة التلاعب. وبالتحقيقات تبين أن الدكتور أرورا قد استخدم مفتاح إدخال البطاقة لدخول الموجود فيها الخلايا، وأنه هناك بصمات على الأواني الحاضنة لتلك الخلايا ترجع إليه.

قامت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية على اعتبار أن المختبر ملك لها، برفع دعوى قضائية ضد الدكتور أرورا، تطالب فيها بالتعويض عن قيامه بالإضرار بممتلكاتها. حكمت المحكمة على المدعى عليه بالتعويض على اعتبار أنه أتلف بتعمد خلايا تعدد مملوكة للحكومة.

والشاهد هنا هو وجود اعتراف بصورة غير مباشرة بحق ملكية على خلايا بشرية وهو ما يعني إمكانية خضوع الأعضاء أو الخلايا المستخلصة من الجسد البشري لحق الملكية ولكن لاعتبارات متعلقة بتحقيق نفع عام.

- **اكتساب ملكية الخلايا والأنسجة استنادًا إلى اعتبارات طبية وعلاجية:**

وفي توجه أخر للقضاء لتبرير الملكية، وتحديدًا في قضية Cornelio v Stamford Hospital[١٧٩] التي تدور وقائعها حول قيام المدعية، أنجيلا كورنيليو – المدعي، برفع دعوى قضائية ضد مستشفى ستامفورد – المدعى عليها، وتطلب فيها من المحكمة الزام المدعى عليها بإعادة شرائح عينة مسحة عنق الرحم، التي تحتوي على أنسجة والمواد الوراثية تخصها، والتي تم تحليلها بواسطة قسم علم أمراض المدعى عليها. وذلك بعد أن تم تشخيص حالة المدعى عليها بسرطان غدي في باطن عنق الرحم ، وهو ما جعلها تخضع لعملية استئصال الرحم الجذري، حيث طلبت المدعية بإعادة تلك العينات ولكن المدعى عليها رفضت.

وقد كان رفض المدعى عليها إرجاع تلك العينات مرده أن هناك نص قانوني يقضي بأنه في حالة رفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن أضرار شخصية أو وفاة حدثت بسبب إهمال في الرعاية أو في العلاج الطبي، فإن يمكن لها أن تنفي مسئوليتها بإثبات حسن النية في الإجراء الطبي الذي قامت باتخاذه[١٨٠]، ومن ثم فيتعين عليها أن تبقى هذه العينات لإثبات حسن نيتها في حالة حدوث أي نزاع.كما أنه المريض بصفة عامة، ليس لديه مصلحة في حيازة تلك الشرائح شأنها شأن السجلات الطبية والأشعة السينية وغيرها من المعلومات الطبية التي هي ملك للمستشفى أو للطبيب، وليس للمريض. كما أن الاحتفاظ بتلك العينات من قبل الطبيب أو الجراح يشكل جزءًا مهمًا من سجله السريري.

بيد أن المدعية قد ردت على ذلك بأنه من الصعب مساواة العينات التي تحتوي على خلايا بشرية بملاحظات شخصية دونها الطبيب كجزء من ملف حالة المريض، لأن العينات تحتوي على مواد بشرية مستمدة من جسدها، ومن ثم فإن من حقها الاحتفاظ بها لأن تلك العينات تعد ملكًا له. كما أنها لم تحرر أي إفادة خطية خاصة بها يستخلص منها نية التخلي عن امتلاك الشرائح، وأنها كانت تفترض دائمًا أنها إذا نقلت أو غيرت الأطباء، فسيتم إرسال العينات إليها لعرضها على أي طبيب جديد تختاره، على اعتبار أن لديها سلطة مطلقة على الشرائح.

وقد قضت محكمة أول درجة بأن احتفاظ المريض بتلك العينات لا معنى لها عمليا، ولكن الاحتفاظ بها من قبل الطبيب أو الجراح يشكل جزءًا مهمًا من سجله السريري ففي المجمل هذه العينات لها قدر كبير من الأهمية فيما يتعلق بتقييم حالة المريض من قبل الطبيب أو الجراح، إذ إنها تعد جزءًا من تاريخ الحالة مثل أي سجل لحالة آخر يتم إجراؤه بواسطة طبيب أو جراح. ومن ثم يصعب الادعاء بأن هذه الشرائح هي ملك للمريض. كما أنه في حالة رفع دعوى سوء ممارسة طبية في ضد الطبيب أو الجراح

(179)CORNELIO v. STAMFORD HOSPITAL, No. CV96 0155779 S (Jul. 21, 1997).
(180) Connecticut General Statutes Title 52. Civil Actions § 52-190a

فإن تلك الأنسجة قد تشكل غالبًا دليلًا لا يُستهان به يبرر تمامًا العلاج الذي يدعي المريض أنه لم يكن صحيحًا[١٨١].

ومن الأسباب التي استندت إليها المحكمة، أنها اعتبرت العينات الخاصة بالمرضى جزءًا من السجلات الطبية لهم، وعلى هذا النحو يجب أن يكون للطبيب الحق في امتلاكها. وهذا من شأنه أن يضع تلك الأنسجة في حوزة الطرف الذي يمكنه الاستفادة منها على أفضل وجه، ومن ثم، يتم الاحتفاظ بها في بيئة آمنة ونظيفة للدراسة المستقبلية أو في حالة اتخاذ إجراء قانوني. وفي الوقت نفسه، فإنه يسمح للمريض بالوصول إلى معلومات حول علاجه لمراجعته الخاصة أو لمراجعة مقدم الرعاية الصحية البديلة[١٨٢].

وعندما طعنت المدعية على حكم محكمة أول درجة أمام محكمة الاستئناف قضت المحكمة بأن المريض يجب أن يكون لديه ملكية مطلقة وغير مقيدة على ما يؤخذ من أنسجة له، والقضاء بغير ذلك من شأنه أن يفتح الباب أمام اعتداء واسع النطاق على خصوصية الإنسان وكرامته باسم التقدم الطبي. وأضافت أن حقوق السيادة على جسم الفرد هو أمر معترف بها في كثير من الحالات. وهذه الحقوق والمصالح تشبه إلى حد بعيد مصالح الملكية[١٨٣].

---

(181) "retention by the physician or surgeon constitutes an important part of his clinical record in the particular case . . . It is a matter of common knowledge that X-ray negatives are practically meaningless to the ordinary layman. But their retention by the physician or surgeon constitutes an important part of his clinical record in the particular case, and in the aggregate these negatives may embody and preserve much of the value incident to a physician's or surgeon's experience. They are as much a part of the history of the case as any other case record made by a physician or surgeon. In a sense they differ little if at all from microscopic slides of tissue made in the course of diagnosis or treating a patient, but it would hardly be claimed that such slides were the property of the patient. Also, in the event of a malpractice suit against a physician or surgeon, the X-ray negatives which he has caused to be taken and preserved incident to treating the patient might often constitute the unimpeachable evidence which would fully justify the treatment of which the patient is complaining".

(182) "The pathology slides should be considered part of the plaintiff's medical records, and as such the defendant should have the primary right to possess them. This would place the slides in the possession of the party that can make the best use of them, as well as maintain them in a safe and clean environment for future study or in the event of the institution of a legal action. At the same time it allows the plaintiff to access information about her treatment for her own review or for the review of an alternative healthcare provider in accordance with the procedures set forth in the General Statutes".

(183)"[a] patient must have the ultimate power to control what becomes of his or her tissues. To hold otherwise would open the door to a massive invasion of human privacy and dignity in the name of medical progress ...The rights of dominion over one's own body, and the interest one has therein, are recognized in many cases. These rights and interests are so akin to property interests that it would be a subterfuge to call them something else."... "The question whether the plaintiff abandoned his spleen, or any of the other tissues taken by the defendants, is plainly a question of fact as to what his intent was at the time . . . . A consent to removal of a deceased organ, or the

بيد أنه عند الطعن على الحكم أمام المحكمة العليا ذكرت المحكمة أن المدعية قامت بتوقيع نموذج مقدم من المدعى عليهايتضمن عبارة أن: "الغرض من نموذج الطلب الإذن بإدارة العقاقير أو التخدير أو نقل الدم والقيام بذلك سواء أثناء أو بعد مثل هذا الإجراء، بما في ذلك الحق في التخلص من جميع الأنسجة". علاوة على ذلك، تستند قوانين كونيتيكت للتخلص البيولوجي، التي استشهدت بها المدعى عليها، إلى نفس اهتمامات السياسة العامة التي أشارت إليها القضاء في ولاية في كاليفورنيا، والتي تشمل الهدف الأساسي لحماية صحة وسلامة المواطنين من خلال التخلص من النفايات المرضية من خلال إجراءات معينة، لذلك فإنه بناءً على قيود السياسة العامة العملية المفروضة على استخدام المريض للخلايا المرضية التي أزيلت من جسده، لا يكون للمريض أي اهتمام على هذه المواد التي تمت إزالتها، ولا يمكن إثبات وجود حق ملكية.كما أن مجرد منع المدعى عليها المدعية من إظهار العينات، لا يعني أن تقوم المحكمة بإنشاء حق ملكية جديد للمرضى في المواد التي أزالها مقدمو الرعاية الصحية من أجسادهم حيث لم يتم توقيع عقد يعطي للمريض حقوق على تلك المواد المستخلصة، كما أنه توجد أحكام قانونية كافية تمنح المريض حق الوصول إلى سجلاته الطبية الموجودة(١٨٤).

ومن ثم نخلص من هذا الحكم، أن الأحكام القضائية التي وردت في تلك القضية أقرت بصورة صريحة سواء كان الحكم للمدعية أم المدعى عليها بوجود حقوق ملكية على تلك الأنسجة أو الأعضاء البشرية تنشأ له سلطة في الحيازة عليها وأن كان السند لتبرير تلك الملكية مختلفًا إلا أنه نتيجته متشابهة.

- **اكتساب ملكيةالخلايا والأنسجة استنادًا إلى التخلي الإرادي عنها:**

اعتمدت المحاكم على سند جديد لتأسيس حق الملكية على سند أن مانحها قد تخلى إراديًا عنها ومن ثم انتقلت حيازتها لأخرين، وهو ما تم تناوله في دعوى Greenberg and others v Miami

---

taking of blood or other bodily tissues, does not necessarily imply an intent to abandon such organ, blood, or tissue".

(184)"Connecticut's biological disposal statutes, cited by the defendant, are based on the same public policy concerns cited by the California Supreme Court, which include the primary objective of protecting the health and safety of citizens by disposing of pathological wastes through certain procedures, based upon the practical public policy limitations placed on a patient's use of pathological wastes removed from his or her body, as embodied in General Statutes §§ 22a-209b(12) and 22a-209c(2), a patient has little or no interest in such removed substances, and a proprietary interest in them cannot be demonstrated for purposes of maintaining a replevin action. Finally, the propositions advanced by the California appellate court supporting a patient's right to access his or her records and those statutory rights contained in General Statutes §§ 20-7c(a), 20-7c(b), and 20-7d must be balanced against a healthcare provider's need to retain control over samples drawn from patients in the interest of maintaining and providing accurate information. Particularly here, where the defendant has not prevented the plaintiff from viewing the subject slides, it is unnecessary for the court to create a new property interest for patients in substances removed from their bodies by healthcare providers where no contract has been signed delineating the patient's final rights to those excised substances, and where there are adequate statutoryprovisions granting the patient access to his or her medical records in place".

Hospital Research Institute and others[١٨٥]، حيث تدور وقائع تلك القضية حول المدعي دانييل غرينبرغ وأخرون ضد المدعى عليهم الدكتور روبن ماتالون، ومستشفى ميامي للأطفال، ومعهد بحوث مستشفى الأطفال في ميامي("MCHRI").

وتبدأ الوقائع عندما كان لدى غرينبرغ طفلين مصابين بمرض كانافان، وهذا المرض هو اضطراب وراثي نادر، وهو مرض إذا ورث الطفل نسختين من جينCanavan ، فإن المرض يتطور إلى حالة قاتلة غير قابلة للعلاج.

وقد اتصل المدعي غرينبرغ بالدكتور ماتالون، وهو طبيب أبحاث كان ينتمي بعد ذلك إلى جامعة إلينوي في شيكاغو للحصول على المساعدة، حيث طلب منه اكتشاف الجينات المسؤولة ظاهريًا عن هذا المرض المميت، بحيث يمكن إجراء الاختبارات لتحديد الناقلات لهذا المرض والسماح بإجراء اختبار ما قبل الولادة لاكتشاف ما إذا كانت الجينات المسببة له موجودة ، وقام الأب بجمع الأموال من أجل الأبحاث التي سيجريها الطبيب، وقان بتقديم عينات له من نسيج من أطفالهم، بالإضافة إلى أنه وجد عائلات أخرى شاركت بالفعل في البحث من خلال توفيرهم للأنسجة (مثل الدم والبول وتشريح الجثث). وقد تم ذلك مع فهم وتوقع أن يتم استخدام العينات والمعلومات لغرض محدد هو البحث عن مرض Canavanوتحديد طفرات الجينات والتي يمكن أن تؤدي إلى اكتشاف الناقل داخل أسرهم وإفادة الجمهور بشكل عام. وقد كان من المتوقع أن يتم توفير اختبارات الناقل وما قبل الولادة على بتكلفة بسيطة وأن يظل البحث في المجال العام، لتشجيع اكتشاف تقنيات وعلاجات أكثر فعالية للوقاية، وفي نهاية المطاف، الوصول إلى علاج لمرض كانافان.

حدث تقدم كبير في البحث باستخدام عينات الدم والأنسجة للمدعين، وتجميع معلومات عن الأسر ونسبها بالإضافة إلى استمرار الدعم المالي، بما أدى إلى نجاح الدكتور ماتالون وفريقه البحثي في عزل الجين المسؤول عن مرض كانافان. وهو ما دعاه إلى الاستمرار في الأبحاث من خلال طلب المزيد من الأنسجة والدم من أجل معرفة المزيد عن المرض وأصول هذا الجين.

ودون علم المدعين، قام الطبيب ومعهد البحوث بتقديم طلب براءة اختراع للتسلسل الجيني الذي حدده وبالفعل تم الحصول على براءة اختراع، وتم أدراج هذا الطبيب كصاحب لبراءات اختراع متعلقة بالجينات والتطبيقات ذات الصلة ، ومن خلال تسجيل براءات الاختراع، اكتسب المدعى عليهم القدرة على تقييد أي نشاط يتعلق بجين مرض كانافان، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر: اختبار الناقل وما قبل الولادة، والعلاج الجيني وغيره من العلاجات لمرض كانافان والبحوث التي تنطوي على الجينات وتحولاتها.

(185)Greenberg and others v Miami Hospital Research Institute and others (2003) 264 F Supp 2d 1064 (SD Fla).

وقد زعم المدعون أنهم لم يُبلغوا في أي وقت من الأوقات بأن المدعى عليهم يعتزمون الحصول على براءة اختراع في البحث. كما لم يتم إخبارهم عن نوايا المدعى عليهم لتسويق تلك البراءة وتقييد الوصول إلى اختبارات مرض كانافان.

بناءً على هذه الحقائق، تقدم المدعون برفع دعوى قضائية ضد المدعى عليهم مؤكدين على الأسباب التالية: (١) عدم الحصول على الموافقة المستنيرة ، (٢) انتهاك الواجب الائتماني، (٣) الإثراء غير العادل، (٤) الإخفاء غير المشروع ، (٥) التحويل، و (٦) اختلاس الأسرار التجارية.

وسعى المدعون عمومًا إلى استصدار أمر قضائي دائم يمنع المدعى عليهم من إنفاذ الحقوق المترتبة على براءة الاختراع حيث إنه بعد براءة الاختراع فإن الأبحاث حول Canavan ستتباطأ لأن الوصول إلى المعلومات والاختبار سيكون محدودا بسبب الرسوم الزائدة التي سيفرضها المدعون، مما يجعل من الصعب على الباحثين الآخرين إجراء أبحاث جديدة حول تشخيص المرض. مع المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تمثلت في حصول المدعى عليهم في مساهمات مالية قدمها المدعون لصالح أبحاث المدعى عليهم. كذلك المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تمثلت في حصول المدعى عليهم على أموال كثيرة في مقابل السماح للمعامل بإجراء اختبارات متعلقة بمرض كانافان، بل إن الدكتور ماتالون قد استفاد شخصيًا من خلال تلقي منحة فدرالية كبيرة حديثة لإجراء مزيد من الأبحاث حول براءة الجينات.

وقد ناقشت المحكمة في قضائها ما زعمه المدعون، وذلك على النحو الآتي:

**١. عدم الحصول على الموافقة المستنيرة:**

إن القانون يتطلب الحصول على الموافقة الطبية المستنيرة من قبل الباحثين في أحوال معينة، فإذا كانت قضيةMoore قد تطلبت الحصول على الموافقة الطبية لأن الباحثين لم يبلغوا المريض بأنهم كانوا يستخدمون دمه وأنسجة للعلاج والبحث بالإضافة إلى أنشطة اقتصادية، في حين كان المدعى عليهم في تلك القضية باحثين طبيين فقط ولم تكن هناك علاقة علاجية. ولهذا فإن القانون في الولايات المتحدة، لا يتطلب الموافقة المستنيرة إلا إذا كان السبب هو توفير العلاج. ومن ثم فإنه في تلك القضية الموافقة المستنيرة غير مطلوبة(١٨٦).

(186)"Informed consent: It was held that medical consent law applies to medical researchers in certain circumstances. The issue was whether this duty extended to disclosure of a researcher's economic interests. The Court distinguished Moore, because there the researchers did not inform the patient that they were using his blood and tissue for research, whereas in Greenberg the defendants were solely medical researchers and there was no therapeutic relationship.
Consequently, in the United States, informed consent is only required if treatment is being provided, although this is not so in New Zealand. Further, the UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights provides:

**٢. انتهاك الواجب الائتماني:**

في قضية Moore، ذكرت المحكمة أن واجب الطبيب شمل واجبات ائتمانية للكشف عن المعلومات التي هي أساس لقرار المريض. وهذا يشمل واجب الكشف عن المصالح الشخصية، سواء كانت أبحاثًا أم منافع اقتصادية، والتي قد تؤثر على الحكم الطبي للطبيب. بينما في جرينبرغ، تم اعتبار أن هذه علاقة ثنائية الاتجاه، ولم يتم العثور على علاقة ثقة وائتمان، فإذا كان المدعون قد زعموا أن المدعى عليهم وضعوا ثقتهم في الأطباء لإجراء البحوث العلمية فقط، فإن المدعى عليهم قد استطاعوا إثبات عدم وجود أي وقائع تظهر وجود تلك الثقة أو أنه تم الاعتراف بها وقبولها، ومن ثم لا يمكن افتراض وجود علاقة ائتمانية تلقائية لمجردقبول الباحث التبرعات البحثية(١٨٧).

**٣. الإثراء غير العادل:**

كان الادعاء حول أن المدعى عليهم حققوا منافع وأنهم علموا بتلك المنافع واحتفظوا بها طوعًا، ومن ثم سيكون من غير المنصف أن يحتفظ المدعى عليه بها دون أن يدفع مقابلها، ولا سيما أن تلك المنافع كانت بمشاركة المدعون.وأنهم إذا كانوا يعلمون أن موادهم الوراثية التي يقدموها للمدعى عليهم من أجل خدمة العلم وتحقيق المدعين المنفعة العامة سوف تستخدم في التسويق الاقتصادي، فإنهم لن يُقدموا على منحها لهم.

ولكن المدعون احتجوا بأن المدعين لم يصابوا بضرر لأنهم تلقوا ما طلبوه وهو اكتشاف الجين لمسبب لمرض Canavan وتطوير اختبار الفحص.

رأت المحكمة أن الحصول على براءة اختراع لا يحول دون اعتبار أن المدعى عليهم قد أثري بصورة غير عادلة، كذلك فإن الحقائق في الدعوى ترسم صورة لتعاون بحثي مستمر شارك فيه المدعون

---

Scientific research should only be carried out with the prior, free, express and informed consent of the person concerned. The information should be adequate, provided in a comprehensible form and should include modalities for withdrawal of consent.

Informed consent is an important tool for protecting donors, but it is not the universal ethical panacea imagined by some commentators. In particular, it does not address the issue of principled apportionment of the benefits of successful research.".

(187)"Breach of fiduciary duty: In Moore, the Court stated that a physician's duty included a fiduciary duty to disclose information that is material to a patient's decision. This included a duty to disclose personal interests, whether research or economic, that may affect the physician's medical judgment. In Greenberg, it was held that this is a two-way relationship, and a fiduciary relationship will only be found when the plaintiff separately alleges that the plaintiff placed trust in the defendant, and the defendant accepted that trust.

The plaintiffs alleged that the defendants accepted the trust by undertaking research that they represented as being for the benefit of the plaintiffs. The defendants successfully asserted that the plaintiffs did not allege any facts showing that the trust was recognized and accepted. It was held that there is no automatic fiduciary relationship when a researcher accepts research donations, as the acceptance of trust, which is the second element of a fiduciary duty, cannot be assumed.

والمدعى عليهم من خلال مجهود ووقت ومواد وأنسجة بشرية من أجل اكتشاف وعزل الجين المسبب للمرض. ومن ثم تجد المحكمة أن هناك إثراء بلا سبب(١٨٨).

**٤. الإخفاء بالتغرير:**

رفضت المحكمة الادعاء بوجود إخفاء لمعلومات على المدعين حيث لم يوجد من الأصل واجب للإفصاح عن معلومات، ولم تكن هناك علاقة ثقة.بالإضافة إلى ذلك، لم يتم إخفاء الحقائق عن طريق الاحتيال، لأن براءات الاختراع تصبح معرفة للجميع عند إصدارها، وبالتالي يمكن للمدعين اكتشاف طلب البراءة، وليس من المقبول الادعاء بأنهم لم يكن لديهم سبب للاعتقاد بأن براءات الاختراع ستوجد، حيث كان يتعين عليهم القيام بإجراء تحقيقات معقولة(١٨٩).

**٥. تحقق التحويل (تحويل الأنسجة البشرية):**

اعتبرت المحكمة أنه لا توجد مصلحة في أنسجة الجسم والمعلومات الوراثية التي يتم تقديمها طواعية من قبل مصادرها للباحثين، فهي كانت مجرد تبرعات من أجل البحث دون أي توقع معاصر بإعادتها.

كما رأت المحكمة أن نتائج البحوث التي حصلت على براءة اختراع متميزة من الناحية الواقعية والقانونية عن المواد المستخلصة المستخدمة في البحث، وأنه تم استخدام المادة للغرض المتفق عليه وهو البحث، وكانت استغلال ذلك البحث عن طريق تسويقه،وهكذا، فإن براءة الاختراع قطعت جميع حقوق المصادر(١٩٠).

---

(188) "Unjust enrichment: This claim required the plaintiffs to establish that they conferred a benefit on the defendant and that the defendant knew of the benefit. The defendant must have voluntarily retained the benefit, and it must be shown that under the circumstances it would be inequitable for the defendant to retain it without paying for it.
It was accepted that the plaintiffs conferred a benefit on the defendants, but they argued that the plaintiffs did not suffer a detriment, as they received what they sought–the successful isolation of the Canavan gene and the development of the screening test. The plaintiffs argued that, had they known that the defendants intended to commercialise their genetic material, they would not have provided the benefits to the defendants on those terms. The Court held that obtaining a patent did not preclude the defendants from being unjustly enriched, stating "…the facts paint a picture of a continuing research collaboration that involved [p]laintiffs also investing time and significant resources in the race to isolate the Canavan gene." The claim for unjust enrichment was allowed to proceed".

(189) "Fraudulent concealment: This claim failed because there was no duty of disclosure, as there was no fiduciary relationship. Additionally, the facts were not fraudulently concealed, because a patent becomes public knowledge when issued, thus the plaintiffs could have discovered the patent application. It was not accepted that the plaintiffs were unable to make reasonable inquiries because they had no reason to believe patenting would occur".

(190) "Conversion: The Court applied Moore and held that there was no property interest in body tissue and genetic information given voluntarily to researchers. These were donations to research,

**٦. اختلاس الأسرار التجارية:**

زعم المدعون أن ما تم الإفصاح عنه بخصوص مرض كانافان كان سرًا تجاريا تم اختلاسه. بيد أن المحكمة رأت أن حتى لو كان سرًا تجاريًا – وهو أمر مشكوك فيه – فإنه لم يتم اختلاسه، فلم تكن المستشفى على علم أنه كان سرا تجاريا سريا يحتفظ به المدعون، ولا أن الباحث حصل عليه بوسائل غير لائقة، كما أنه لم يكن هناك اتفاق صريح للأغراض التي يمكن خلالها استخدام تلك المعلومات، كما لا يمكن للمدعين التبرع بالمعلومات طواعية ثم يزعمون بأثر رجعي أنه سر محمي(١٩١).

ومن ثم، وبناءُ على الأسباب سالفة الذكر، رفضت المحكمة جميع ادعاءات المدعين فيما عدا السبب الخاص بالإثراء غير المشروع. وقد كان أحد الأسباب التي ساقتها المحكمة أن المدعين تخلوا عن ملكيتهم للأنسجة إلى المدعين الذين أصبح لهم حق ملكية علي تلك العينات المتبرع بها، ومن ثم كان للأخرين الحق في استخدامها. وهو ما يشير أيضًا ويؤكد على وجود حق ملكية على تلك الأنسجة.

- **اكتساب ملكية الخلايا والأنسجة استنادًا إلى التبرع بها:**

اعتمدت المحاكم في دعوى Washington University v Catalona(١٩٢)على إقرار حق ملكية على أنسجة وخلايا بشرية اعتمادًا على أن أصحابها تبرعوا إراديًا بها، حيث تتدور وقائع هذه الدعوى حول الدكتور كاتالونا الذي يعمل جراحًا وباحثًا في سرطان البروستاتا في جامعة واشنطن، كما أنه كان يشغل منصب رئيس قسم في كلية الطب بذات الجامعة، وتلك الجامعة تضم مستشفى تعليمي حيث يقوم أطباءجامعة واشنطنبمعالجة المرضى وتعليم الطلاب وإجراء البحوث الطبية على أمراض المسالك البولية

---

without any contemporaneous expectation that they would be returned. Moreno J stated: "Plaintiffs have no cognizable property interest in body tissue and genetic matter donated for research under a theory of conversion." The Court held that the patented research outcome is both factually and legally distinct from excised material used in the research. The material was used for the agreed purpose, namely research, and it was the fruits of the research that were commercialised. Thus, the patent cut off all the sources' rights, even though they were not claiming that they were solely entitled to the patent and wished merely to retain a degree of control over the research outcome.".

(191) "Misappropriation of trade secrets: The plaintiffs claimed that the Canavan registry was a trade secret that was misappropriated. The Court held that even if the registry was a trade secret, which was doubtful, it was not misappropriated.

The hospital did not know that the registry was a confidential trade secret guarded by the plaintiffs, nor that the researcher had acquired it through improper means. There was no explicit authorisation of the purposes for which the information could be used. "Plaintiffs cannot donate information that they prepared for fighting a disease and then retroactively claim that it was a protected secret."

The case would have proceeded on unjust enrichment alone, but in September 2003, the parties reached a confidential settlement that provided for continued royalty-based genetic testing by certain licensed laboratories and royalty-free research by institutions, doctors and scientists searching for a cure".

(192)*Washington University v Catalona* (2006) US Dist LEXIS 22969 Limbaugh J.

مثل سرطان البروستاتا. وخلال فترة الدكتور كاتالونا فيجامعة واشنطن، أجرى الآلاف من العمليات الجراحية، وكثير منها سرطان البروستاتا، وكواحد من الباحثين الطبيين الرائدين في جامعة واشنطن، كان أحد مجالات البحث الرئيسية له هو دراسة الجين المسبب لسرطان البروستاتا، ومن ثم فقد بدأ الدكتور كاتالونا بجمع عينات من المواد البيولوجية، مثل الدم والأنسجة التي تمت إزالتها أثناء الجراحة، لاستخدامها لاحقًا في أبحاث سرطان البروستاتا، كما شجع الدكتور كاتالونا زملائه في الجامعة في ذات التخصص على فعل الشيء نفسه.

وقد كان للدكتور كاتالونا دور فعال في تأسيس مركز بحثي يتضمن مستودع GU2 الحيوي في جامعة واشنطن، وهو في وقتها كان أكبر منشأة تخزين في العالم للعينات البيولوجية التي جمعها الدكتور كاتالونا وغيره من أطباءجامعة واشنطنلأبحاث سرطان البروستاتا. وتقوم جامعة واشنطن بتوفيرغالبية التمويل اللازم لدعم صيانة وتشغيل المستودع البيولوجي. كما يتم توفير تمويل إضافي من خلال المنح العامة والخاصة التي تدفع إلىجامعة واشنطنوتديرها باعتبارها "الجهة الممنوحة". كما جمع الدكتور كاتالونا عدة ملايين من الدولارات كتمويل خارجي للمستودع البيولوجي. وكذلك قام موظفوجامعة واشنطنالآخرون بجمع مبلغ كبير من الأموال لهذا المركز.

وخلال عمله في الجامعة أجرى الدكتور كاتالونا وغيره من أطباء التخصص العديد من دراسات أبحاث السرطان الوراثية، حيث قامت كل دراسة بتسمية طبيبجامعة واشنطنمعين باعتباره "الباحث الرئيسي"، وهو مصطلح يعين الشخص "المسؤول عن إجراء بروتوكول البحث". بصرف النظر عن الطبيب المُعيَّن كمحقق رئيسي في دراسة بحثية معينة، تعاون الباحث الرئيسي المسمى عمومًا مع العديد من الباحثين الآخرين في الدراسات البحثية.

ومن أجل إجراء هذه الدراسات، تمت دعوة الأفراد للمشاركة في البحوث الوراثية. حيث كان يجب على الأفراد الذين رغبوا في المشاركة واختاروا التبرع بأنسجة البروستاتا الزائدة أو عينة دم للبحث الطبي إكمال نموذج موافقة مستنيرة. وعلى الرغم من اختلاف الصياغة في النماذج المُوقع عليها من قبل المتبرعين تبعًا لطبيعة الدراسة أو الباحث الرئيسي للدراسة، فإن جميع النماذج تتضمن اشتراطات مماثلة، مثل شعارجامعة واشنطن،والباحث الرئيسي، والغرض من البحث، وطبيعة مشاركة المتبرع، كما ورد فيها عبارات مثل: "العينات البيولوجية يمكن استخدامها للبحث في جامعة واشنطن أو مع مؤسسات أو شركات أخرى"، "وأنه تم التراضي على تنازل المتبرع عن أي مطالبة قد تكون على أنسجة الجسم التي يتبرع بها وأيضًا يتنازل عن الحق في أي مادة جديدة يتم تطويرها من خلال الأبحاث التي تنطوي على أنسجة لك"، "مشاركتك طوعية ويمكنك اختيار عدم المشاركة في هذه الدراسة البحثية أو سحب موافقتك في أي وقت". وبعض نماذج الموافقة المُشار إليها كانت تتضمن إمكانية إتلاف المتبرعين موادهم البيولوجية إذا غيروا

رأيهم في المشاركة في الدراسة، ولكن لن يكون من الممكن حصولهم على أي نتائج بحثية تم الحصول عليها بالفعل، والبعض الأخر من النماذج لم يتضمن ذلك.

وبالإضافة إلى نموذج الموافقة، استلم المتبرعون كتيب معلومات البحث الجيني وذلك للمراجعة والتوقيع. الذي تضمن أن العينات المقدمة يمكن مشاركتها مع باحثين آخرين مفوضين يقومون بالبحث في مجالات مماثلة فيجامعة واشنطن ومراكز بحث أخرى، ويمكن استخدامها للدراسات الجارية حاليًا أو الدراسات المستقبلية. كما تضمن كذلك استخدام الكتيب لمصطلح "التبرع" لوصف مشاركةالمانحين، مع الإشارة إلى "بالموافقة على المشاركة فأنت تقدم هدية مجانية قيمة من الأنسجة الخاصة بك للبحث الذي قد يفيد المجتمع، وأنك لن تتلقى أي مدفوعات نقدية عن الأنسجة الخاصة بك.

وفي عام ٢٠٠٣ تولى الدكتور كاتالونا منصب عضو هيئة تدريس في جامعة نورث وسترن في شيكاغو، إلينوي تاركًا جامعة واشنطن. وبالنظر إلى خطته لمواصلة البحث الوراثي في مجال سرطان البروستاتا، أرسل الدكتور كاتالونا رسالة في فبراير ٢٠٠٣ إلى مرضاه وأقاربهم وغيرهم من الأفراد الذين خدموا في برامج إعادة التأهيل لإبلاغهم بمغادرته لجامعةجامعة واشنطن وطلب منهم أن تواصلوا مع جامعة واشنطن ويبلغوهم برغبتهم في نقل موادهم البيولوجية.

بالإضافة إلى ذلك، قام الدكتور بإرسال نموذجًا للمتبرعينيطلب منهم توقيعه وإرساله له مرة أخرى، حيث كان يتضمن النص التالي: "لقد تبرعت بأنسجة و / أو عينة دم للدراسات البحثية للدكتور ويليام ج. كاتالونا. يرجى تقديم جميع العينات الخاصة بي إلى الدكتور كاتالونا في جامعة نورث وسترن بناءً على طلبه. ولقد أوكلت هذه العينات إلى الدكتور كاتالونا لاستخدامها فقط في مشاريعه البحثية" .وبالفعل قام حوالي ٦٠٠٠ متبرع بإعادة هذا النموذج بعد توقيعه إلى الدكتور كاتالونا.

وفي ٤ أغسطس ٢٠٠٣، رفعتجامعة واشنطندعوى قضائية ضد الدكتور كاتالونا، تسعى لإثبات ملكيتها على المستودع البيولوجي والمواد البيولوجية المحفوظة فيه. قام الدكتور كاتالونا برفع دعوى قضائية طلب من خلالها الزام جامعة واشنطن بالسماح للمتبرعين بتوجيه عيناتهم وأنسجتهم إلى الجهة التي طلبوها، كما طلب منعجامعة واشنطن من استخدام المواد الجينية محل النزاع أو نشرها أو نقلها أو تدميرها.

قضت محكمة أول درجة بأن جامعة واشنطن هي صاحبة العينات البيولوجية الموجودة في المستودع البيولوجي وليس الدكتور كاتالونا أو أيمتبرع، كما أن أي بروتوكولات بحثية أجريت بموجب تلك العينات هي ملك جامعة واشنطن[١٩٣].

(193) The district court found (1) Washington University was the owner of the biological samples housed in the Biorepository, (2) neither Dr. Catalona nor any RP in connection with any research protocols conducted under the auspices of Washington University had any ownership or

وعندما قام الدكتور كاتالونا باستئناف ذلك الحكم، فقد قضت محكمة الاستئناف وبعد قبوله من حيث الشكل، بأن التساؤل يثور حول ما إذا كان الأفراد الذين يتخذون قرارًا مستنيرًا للمساهمة بموادهم البيولوجية سواء أنسجة وعينات طوعًا في مؤسسة بحثية معينة لأغراض البحث الطبي يظلون محتفظين بحق الملكية عليها بما يسمح لهم بعد ذلك بالحق في توجيهها أو التصريح بها لطرف ثالث. فإنه وفقًا لوقائع القضية، فإنهم لا يجوز لهم ذلك. إذ تعتبر جامعة واشنطن مالكة لتلك العينات البيولوجية، فوفقًا لما حصّلته محكمة أول درجة أن جميع المتبرعين قد قدموا موادهم البيولوجية إلى جامعة واشنطن كهبة صدرت من أشخاص حال حياتهم، والقانون يعّرف الهبةبأنها "نقل طوعي للممتلكات من قبل المالك إلى آخر، دون أي اعتبار أو تعويض كحافز أو دافع للمعاملة، ومن ثم فإنه بمجرد قبول الجامعة لتلك الهبة يجعل ملكيتها نافذة على الفور وبشكل مطلق لها. وذلك متى توافرت عناصر ثلاثة وهي: ١- وجود نية التبرع لدى الشخص، ٢- أن يتم التسليم من المانح إلى الشخص الممنوح له، ٣- وأن يتم قبول الهبة. وفيما يتعلق بالعنصر الأول، فإنه ليس هناك حاجة إلى لغة محددة لتعكس نية المتبرع الحالية لتقديم هبة، فالظروف المحيطة بهذا التنازل يمكن استخلاصها. ووفقًا لوقائع الدعوى، فإن الظروف المحيطة بقراراتالمتبرعينتوضح نيتهم للمشاركة في أبحاث السرطان الوراثية كمانحين وعزمهم على تقديم هبات من موادهم البيولوجية لأنشطة البحث الطبي في جامعة واشنطن، وهو ما يؤكد عليه نموذج الموافقة على الهبة والتنازل عن العينات والأنسجة البشرية. كما أن العنصر الثاني توافر أيضًا[١٩٤].

---

proprietary interest in the biological samples in question, and (3) none of the release forms authored by Dr. Catalona and signed by any RP were effective to transfer ownership or possession of the biological samples to Dr. Catalona or to any other research facility or individual. Wash. Univ. v. Catalona, 437 F.Supp.2d 985, 1002 (E.D.Mo.2006). Therefore, the district court granted Washington University 's motion for summary judgment and denied Dr. Catalona's motion to enjoin WU's use of the biological samples.

(194) "In deeming WU the owner of the biological samples, the district court found all RPs donated their biological materials to WU as inter vivos gifts. In addressing this issue, we look to the substantive law of Missouri, which defines an inter vivos gift as "a voluntary transfer of property by the owner to another, without any consideration or compensation as an incentive or motive for the transaction." Pilkington v. Wheat, 330 Mo. 767, 51 S.W.2d 42, 44 (1932); see, e.g., Wills v. Whitlock, 139 S.W.3d 643, 653 (Mo.Ct.App.2004). As the party claiming the existence of an inter vivos gift, WU bears the burden to prove by clear and convincing evidence there was (1) present intent of the donor to make a gift, (2) delivery of the property by the donor to the donee, and (3) acceptance of the gift by the donee, whose ownership takes effect immediately and absolutely. See Clippard v. Pfefferkorn, 168 S.W.3d 616, 618 (Mo.Ct.App.2005). The RPs unquestionably delivered their biological materials to WU at the time of their donation; thus, we focus our inquiry on the first and third elements.

With regard to the first element, we assess the donor's intent by examining whether a gift was intended at the time of the transaction. No specific language is required to reflect the donor's present intent to make a gift; in fact, the circumstances surrounding the contribution may create an inference the donor intended to make a valid inter vivos gift. See Duvall v. Henke, 749 S.W.2d 714, 716 (Mo.Ct.App.1988). However, the donor must intend "to part with his right in and dominion over the property immediately and irrevocably." Ridenour v. Duncan, 246 S.W.2d

أما فيما يتعلق بالعنصر الثالث، والمتعلق بالهدية من جانب المستأنف ضدهم، فإن المستأنف يدعى أن المانحين قد احتفظوا بحقوق الملكية الفكرية على المواد المتبرع بها، وبالتالي فإن نقل المواد إلىجامعة واشنطن لم يكن مطلقًا. وهذا الادعاء لا تتفق معه المحكمة لأن جامعة واشنطن بمجرد قبولها التبرع فإنها قد امتلكت الحيازة المطلقة للمواد البيولوجية. وهو ما تؤكده الاشتراطات الواردة في استمارات الموافقة والتي تضمنت مشاركة المانحينفي أبحاث السرطان الوراثية وإفصاحهم عن الإجابة على الأسئلة حول تاريخ عائلة المتبرع من السرطان، والسماح بإرسال عينات الأنسجة والدم الموصلة إلى المختبر واستخدامها في البحث فيجامعة واشنطن أو المؤسسات الأخرى. وبناءً على ذلك، من خلال عرض هذه الأحكام بالكامل، من الواضح أنالمتبرعينلم يحتفظوا بالحق في إلغاء المواد البيولوجية المتبرع بها، كما لم يحتفظوا بالحق في توجيه أو السماح باستخدام أو نقل أو وجهة المواد البيولوجية بعد تبرعها. بل اقتصرت حقوقهم على موادهم البيولوجية بشكل صريح على خيار التوقف عن المشاركة في الأبحاث أو التبرع بالمزيد من المواد البيولوجية، أو السماح باستخدام موادها البيولوجية لإجراء مزيد من البحوث[١٩٥].

---

765, 769 (Mo.1952). Here, the circumstances surrounding the RPs' decisions to participate in genetic cancer research demonstrate the status of the RPs as donors and their intent to make gifts of their biological materials to WU's medical research activities. Before participating in WU's research activities, each RP was required to read and sign the consent form, which bore WU's logo and characterized the RP's participation as a "donation" of bodily tissues or blood. The consent form emphasized the voluntariness of the RP's participation and discussed the RP's right to decline participation in the study or to withdraw consent at any time. Although some RPs were Dr. Catalona's patients, many other RPs were patients of different WU doctors and participated in research studies designating someone other than Dr. Catalona as the principal investigator. Even the consent forms designating Dr. Catalona as the study's principal investigator invited RPs "to participate in a research study conducted by Dr. William J. Catalona and/or colleagues." (emphasis added). The consent forms also advised RPs their biological samples "may be used for research with our collaborators at [WU], other institutions, or companies.""

(195) "With regard to the third element-acceptance of the gift by the donee-the defendants contend the RPs retained significant rights in the donated materials, and thus the transfer of materials to WU could not have been absolute. We disagree. WU accepted and retained absolute possession of the biological materials immediately upon donation. Although Missouri law generally prohibits a donor from revoking a completed inter vivos gift once the gift is delivered to and accepted by the donee, an inter vivos gift nevertheless may be subject to a condition allowing the donor to exercise a particular revocation right in the future. See Clippard, 168 S.W.3d at 619; see, e.g., Franklin v. Moss, 101 S.W.2d 711, 714 (Mo.1937). The attachment of a condition to a charitable donation of property does not negate or void an otherwise valid inter vivos gift. See 14 C.J.S. Charities § 34 (2006) (recognizing "the disposition of property for charitable purposes . can be in the form of an absolute transfer subject to conditions"). Indeed, as WU points out, a contrary rule would make many charitable donations wholly impossible or ineffectual. In this case, the signed consent forms and the brochure delineate the specific and limited recourse placed upon each RP's donation of biological materials should an RP change his mind about participating in the medical research: namely, the right to revoke voluntary participation in or consent to the research study, and, in some of the consent forms, the right to request destruction of the donated biological materials.".

كما أن السلوك السابق للدكتور كاتالونا، وكذلك النتائج العملية لعملية البحث نفسها، يدحض أيضًا ادعاءات المستأنف ضده؛ إذا إنه أثناء وجوده في جامعةواشنطن، كان الدكتور قد وقع العديد من الاتفاقياتالبحثية التي تعترف بملكية جامعة واشنطن للمواد البيولوجية. كما أنه من المعتاد أثناء البحث الذي يتضمن استخدام أنسجة البروستاتا والدم العينات، قد تستهلك عملية البحث العينة البيولوجية بأكملها دون أن تترك وراءها أي مادة ملموسة يمكن فيها للمتبرع تأكيد مصلحة الملكية المحتملة عليها[١٩٦].

كذلك، فإنه في جميع الأحوال لا يمكن إعادة العينات إلى الأشخاص الذين تبرعوا بها؛ إذ تحظر اللوائح الفيدرالية مثل هذه النتيجة إذ تعتبر أنسجة الجسم المستأصلة والدم مواد خطرة أو نفايات معدية، ومن ثم يتعين التخلص منها، كما إنه ليس من الممكن افتراض أن المتبرعين الذين كانوا مرضى العمليات الجراحية أن يكون لهم أي حق في إعادة المواد التي تم استئصالها إليهم بعد الجراحة، لأنه قبل إجراء العمليات الجراحية يوقّع المرضى على نماذج موافقة جراحية تقر بأن الأنسجة قد تمت إزالتها أثناء الجراحة ولم تستخدم لأغراض سريرية سيتم تدميرها مثل النفايات الطبية الخطرة.وبناءً على ما سبق فقد اعتبرت المحكمة أن التبرع بالمواد البيولوجية لجامعة واشنطن كان مطلقًا[١٩٧].

---

(196) "Dr. Catalona's past conduct, as well as the practical consequences of the research process itself, also refutes the defendants' position. While at WU, Dr. Catalona signed numerous MTAs and research agreements acknowledging WU's ownership of the biological materials. Moreover, during Dr. Catalona's tenure, he routinely ordered the destruction or "purging" of Biorepository samples in order to create more storage space, and did so without obtaining any additional consent from RPs. Dr. Catalona's habitual destruction of samples, in a manner consistent with apparent indifference to any proprietary interest of the donors, is at odds with his later assertion the RPs own the biological materials.8 Furthermore, during research involving the use of prostate tissue and blood samples, the research process might consume an entire particular biological specimen, leaving behind no tangible material in which a donor could assert a potential proprietary interest. It is difficult to reconcile the use, consumption, and destruction of biological materials by Dr. Catalona and the events that occurred during the research process with the assertion the RPs retained an ownership interest in the donated materials.".

(197) "Noticeably absent from the record is any mention the RPs ever were informed they could physically withdraw or request the return of their biological samples. Indeed, in no event could the samples physically be returned to their donors. Federal and state regulations prohibit such a result by defining excised body tissue and blood as hazardous substances or infectious waste, and by articulating the proper disposal method. See 29 C.F.R. § 1910.1030; Mo.Rev.Stat. §§ 260.200.1(17), 260.203. Nor could RPs who were surgical patients reasonably have anticipated they had any right to have excised materials returned to them following surgery, because before undergoing surgical procedures, patients were required to sign standard surgical consent forms acknowledging that tissues removed during surgery and not used for clinical purposes would be destroyed as hazardous medical waste. Also absent from the record is any indication the RPs ever were informed they had the ability to direct the transfer of their samples to another entity for research purposes. Based on the record before us, we conclude WU's acceptance of the donated biological materials was absolute".

ومن ثم، فإن المحكمة أيدت ما قضت به محكمة أول درجة فيما يتعلق بأن المتبرعين قد اتخذوا قرارات مستنيرة وطوعية للتبرع والمشاركة في أبحاث السرطان الوراثية، وهذا النقل الطوعي والتنازل لعينات الأنسجة والدم إلى جامعة واشنطندون أي اعتبار أو الحصول على تعويض كحافز للقيام بذلك يوضح أنجامعة واشنطنتمتلك العينات البيولوجية الموجودة حاليًا في المستودع البيولوجي.، وبالتالي فإن نماذج الإفراج التي حررها الدكتور كاتالونا والموقعة من قرابة ٦٠٠٠متبرع لا تصلح لنقل حيازة العينات البيولوجية الموجودة في المستودع البيولوجي إلى أي مؤسسة أخرى(١٩٨).

ومن ثم ومن كل الدعاوى القضائية التي سقناها يتبين أن القضاء يتجه عمليا إلى إقرار حقوق ملكية على الأعضاء البشرية التي تبرع بها أصحابها أو على الأنسجة والخلايا البشرية المستخلصة من الجسد الحي.

## المطلب الثالث

## الحق في ملكية الأمشاج

تثار الإشكالات القانونية المتعلقة بالحفاظ علىالأمشاج واستخدامها اللاحق وذلك لارتباطها بالمصالح السابقة للرجل المتوفى، كما أنها تؤدي إلى اعتبارات معقدة متعلقة بمسائل الميراث، فهل يمكن أن ترد ملكية على تلك الأمشاج من قبل الأشخاص الذين خولهم صاحب الأمشاج بالتصرف فيها أو استعمالها بعد وفاته؟

فمن القضايا الأساسية المتعلقة بالإنجاب بعد الوفاة هو ما إذا كان للرجل الحق في نقل الحيوانات المنوية إلى شخص آخر، فإذا لم يتم تصنيف الحيوانات المنوية على أنها نوع من الممتلكات، فإن مصلحة المانح في الحيوانات المنوية قد تموت معه وتجعل التلقيح بعد الوفاة مستحيلاً. أما إذا كانت هناك ملكية على الأمشاج المخزنة فسيكون من المنطقي امتلاكها امتلاك السلطة لتقرير ما يجب فعله بها، وبالتالي فإن المالك لديه القدرة على توريثهم. وذات الأمر ينطبق بشكل مشابه على البويضات(١٩٩).

---

(198) "the district court properly concluded the RPs made informed and voluntary decisions to participate in genetic cancer research, and thereby donated their biological materials to WU as valid inter vivos gifts. This voluntary transfer of tissue and blood samples to WU-without any consideration or compensation as an incentive for doing so-demonstrates WU owns the biological samples currently housed in the Biorepository. Whatever rights or interests the RPs retained following their donation of biological materials, the right to direct or authorize the transfer of their biological materials from WU to another entity was not one of them. Thus, the release forms authored by Dr. Catalona and signed by approximately 6,000 RPs are ineffective to transfer possession of biological samples housed in the Biorepository to another entity. Given WU's ownership of the biological materials, the district court neither abused its discretion in denying Dr. Catalona's motion for injunctive relief, nor erred in granting summary judgment in WU's favor".

(199) **M. Quigley,** Self-Ownership, property rights, and the human Body: A legal and Philosophical Analysis, Cambridge bioethics and law book 4, Cambridge university press, 1st Edition, 2018, p.

ومن الإشكالات التي عرضت أمام القضاء الفرنسي دعوى Parpalaix v CECOSفي عام ١٩٨٤ والتي قررت فيها المحكمة الفرنسية وفق الوقائع، أن"آلان" مصاب بسرطان في الخصية، وبما أن العلاج الكيميائي سيتركه عقيمًا، فقد قام بإيداع الحيوانات المنوية في بنك للحيوانات المنوية دون أن يذكر نواياه للحيوانات المنوية المجمدة في حال وفاته. وكان قد تزوج قبل يومين من وفاته وعندما طلبت زوجته، كورين، في وقت لاحق الحيوانات المنوية لاستخدامها في التلقيح الاصطناعي، تم رفض هذا الطلب من قبل بنك للحيوانات المنوية، ومن ثم ادعت زوجة "آلان"أنهاوريثة لتلك للحيوانات المنوية وأن لها الحق في تلك الأمشاج.

ادعى بنك الحيوانات المنوية بأنه لم يكن لديهم أي التزامات تجاه كورين، لأن اتفاقهم كان مع "آلان" وأن الحيوانات المنوية ليست قابلة للانفصال عن الجسد في غياب تعليمات محددة من "آلان"، وبالتالي فهي غير قابلة للتوريث، كما أنه نظرًا لأن"آلان" وكورينلم يكونا متزوجين وقت الإيداع ولم يقدم"آلان" أي توجيهات مكتوبة، فلا ينبغي إعطاء الحيوانات المنوية إلى كورين.

وجدت المحكمة أن الحيوانات المنوية البشرية ليست ملكية وراثية بالمعنى المقصود في القانون المدني الفرنسي وأن نية "آلان" هي العامل الحاسم. ونظرًا لأنه لم يحدد نيته في الكتابة، فإن والديه وزوجته هم الذين لهم القدرة في التعبير عنها. ومن ثم أمرت المحكمة بإعادة الحيوانات المنوية إلى كورين(٢٠٠).

وفي عام ١٩٩٣، نشأت أول حالة للولايات المتحدة تتعلق بتوريث الحيوانات المنوية المجمدة، وهو ما تجلى في دعوى Hecht v. Superior Court (Kane)(٢٠١)التي أثيرت في محاكم كاليفورنيا والتي بدأت وقائعها في ٣٠ أكتوبر ١٩٩١، عندما انتحر "كين" في احد فنادق لاس فيجاس حيث كان يبلغ من العمر ٤٨ سنة، والذي كان قبل ٥ سنوات من موته كان يعيش مع المدعية ديبورا هيشت التي تبلغ من العمر ٣٨ سنة. وقد كان "كين" قد رزق من زوجته السابقة التي انفصلا بسبب الطلاق باثنين من الأطفال.

وفي ٢٤ سبتمبر ١٩٩١ قام "كين" بالتوقيع على اتفاق مع أحد بنوك الحيوانات المنوية يسمى "كاليفورنيا كريوبانك" لإيداع حيواناته المنوية لدى البنك، وكان هذا الاتفاق ينص على أنه في حالة وفاة العميل، يلتزم البنك بالاستمرار في الاحتفاظ بالسائل المنوي، مع إعطاء سلطة الإفراج على تلك العينات لكل من ديبورا هيشت، والدكتورة كاثرين موير. وبناء على هذا الاتفاق قام "وليام" في أكتوبر ١٩٩١ بإيداع ١٥ قارورة من الحيوانات المنوية في حسابه في البنك.

---

8.

(200) "il était impossible de classer le sperme humain en tant que biens meubles et héritables dans le cadre du régime législatif français".

(201) Hall v Fertility Institute of New Orleans (1994) 647 So 2d 1348 (La Ct App).

وفي ٢٧ سبتمبر ١٩٩١، قام "كين" بكتابة وصيته والتصديق عليها من المحكمة العليا في مقاطعة لوس أنجلس والتي ذكر فيها أنه يورّث كل الحقوق والمنافع الناشئة عن عينات الحيوانات المنوية له المخزنة ببنك الحيوانات المنوية إلى ديبورا إلين هيشت. وأنه يضع تلك العينات تحت تصرفها ويتمنى أن تقوم باستخدامها للتخصيب قبل أو بعد موته.

وبعد دفع جميع الوصايا والديون على تركة المتوفى "كين"، اتفق كل من أبناء "كين" وهما وليام وكاثرين مع زوجته "ديبورا هيشت" على أن "توزع المبالغ التي تزيد عن ٠٠٠ ١٩٠ دولار المتاح للتوزيع بنسبة ٢٠ في المائة على "ديبورا هيشت"، و٤٠ في المائة إلى "كاثرينكين"، و ٤٠ في المائة على "وليام كين".

وبعد ستة أشهر من اتفاق التسوية على توزيع التركة والذي تم في ديسمبر ١٩٩١ حاول محامي "هيشت" مطالبة بنك الحيوانات المنوية بتسليم عينات الحيوانات المنوية التي تركها "كين" تحت تصرف زوجته "هيشت" ولكن البنك رفض التسليم بناءً على رسالة تركها "كين" قبل وفاته. طالب الابنان هما أيضًا بالحصول على تلك العينات وفق اتفاق التسوية الذي تم بينهما، ولكن الزوجة "هيشت" ادعت أن ذلك الاتفاق لا يسري على تلك العينات، على سند أن الأخيرة قد تم وهبها للزوجة قبل وفاة الواهب.

كما طالب الابنان بتدمير عينات الحيوانات المنوية لأن هذا سيساعد على حماية وحدة الأسرة؛ حيث سيمنع من ولادة أطفال لن يعرفوا والدهم أبدا ولن يكون لديهم حتى أدنى أمل في أن ينتموا إلى في أسرة بمفهومها التقليدي، كما أن ولادة أطفال في الأسرة من شأنه أن يزيد من الضغوط النفسية والمالية على أفراد الأسرة الموجودين بالفعل. وقد وصفوا رغبة زوجة أبيهم في انجاب أطفال من عينات الحيوانات المنوية التي تركها أبيهم بأنها "أنانية وغير مسئولة"، وأنهم لا يريدوا أن يظلوا قلقين لبقية حياتهم على مصير أخواتهم.

كما ادعت الزوجة "هيشت" أن لها حق ملكية على عينات الحيوانات المنوية على سند أنه تم وهبها لها من زوجها المتوفى، كما أنه ليس هناك أية مصلحة لأبناء زوجها على تلك العينات، وأضافت إلى أنه وإن اعتبرت تلك العينات ضمن أموال التركة، فإنه يسرى عليه اتفاق التسوية المُبرم ومن ثم يكون لها حق على تلك العينات ولا يجوز التخلص منها بتدميرها، لأن ذلك يؤدي إلى انتهاك حقها الدستوري في الخصوصية والإنجاب حث إنها الوحيدة المستفيدة من تملك تلك العينات، فضلاً عن أنها تواجه ضرر لا يمكن إصلاحه إذا لم يتم تسليمها السائل المنوي بسرعة بسبب تأخر سنها وهو ما سيؤثر على فرصتها في الإنجاب لأنها قاربت على الأربعين.

أصدرت المحكمة في ٩ ديسمبر ١٩٩٢، قرارها بأن يتم تدمير الحيوانات المنوية موجهة أمر إلى المسئول ببنك الحيوانات المنوية بتدمير تلك العينات، غير أن "هيشت" رفعت التماسًا لوقف تنفيذ القرار،

طالبة إعادة النظر في القضية مرة أخرى ، فأصدرت المحكمة قراراها في ٢٦ إبريل ١٩٩٤، بأن من حق "هيشت" ما يعادل ٢٠٪ من الحيوانات المنوية كحد أدنى بموجب اتفاق تسوية ممتلكات التركة، ومن ثم لها الحق في الحصول على ثلاث عينات من أصل ١٥ عينة محفوظة لدى البنك.استأنف أبناء المتوفى وكذلك الزوجة هذا القرار أمام محكمة الاستئناف.

تقدمت الزوجة بالتماس قضائي أمام محكمة الاستئناف طالبة الإفراج عن العينات الثلاث دون انتظار الحكم في الاستئناف لأنها قاربت على الأربعين ومن ثم التأخر في التخصيب يقوض فرصها في الإنجاب. أمرت المحكمة بتسليمها العينات الثلاثة والتي بعد استخدامهم فإن عملية التخصيب لم تنجح، ومن ثم تدخلت طلبت أمام محكمة الاستئناف الحصول على الاثني عشرة عينة المتبقية.

قضت محكمة الاستئناف بأن الحيوانات المنوية هي جزء من ممتلكات المتوفى، وتلك المادة الجينية التي تنطوي عليها تشكل نوعًا فريدًا من الملكية، فهي لا يمكن أن تخضع للتقسيم من خلال الاتفاق بين المستفيدين المحتملين من المتوفى. فالحيوانات المنوية للرجل أو بويضات المرأة أو أجنة الزوجين لا يمكن مساواتها بنفس الأموال الأخرى في التركة كأرض أو نقود. فتلك المواد الجينية لا تصلح بذاتها أن تخضع للقواعد العامة التي تسري على أموال التركات. حيث لا يمكن استخدام الحيوانات المنوية إلا من قبل شخص واحد فقط، فمن الواضح أنه هذه العينات من الحيوانات المنوية قد قدمت لغرض واحد وهو انجاب طفل من امرأة محددة، وهو ما يمكن السماح به لغير المرأة المحددة في وصية المتوفى، ومن ثم، فإن هذه حق الملكية على هذه الحيوانات المنوية لا يمكن أن يتقرر إلا إلى شخص واحد فقط. وبناءً على ذلك، فإن من حق الزوجة "هيشت" تملك باقي العينات المحفوظة في بنك الحيوانات المنوية، والحصول عليها.

كذلك ففي دعوى Hall v Fertility Institute of New Orleans[٢٠٢]،والذي فيها تم تشخيص حالة السيد "هول" بإصابته بمرض السرطان، ومن ثم قام بإيداع ١٥ قارورة من الحيوانات المنوية في معهد للخصوبة ونفذ عملية تبرع رسمية، قام خلالها بنقل حقوقه عليها إلى صديقته. بعد وفاته سعى ابنه إلى تدمير تلك العينات المحفوظة، بسبب عدم رغبته في احتمال وجود أشقاء له بعد وفاة أبيه. وقد قضت المحكمة بأن المتوفى كان هو صاحب المصلحة وقت الهبة، وبعد وفاته انتقل السائل المنوي المجمد لصديقته حيث أصبح لديها حقوق كاملة في التصرف فيها.

وبالمثل، في قضية Kurchner v State Farm Fire and Casualty Co[٢٠٣]، قضت المحكمة بأن الحيوانات المنوية خارج الجسم هي تخضع للملكية وليست جزءًا من الجسم، وبالتالي، لن تكون هناك أي إصابة جسدية بسبب تدمير الحيوانات المنوية المخزنة.

(202) Hall v Fertility Institute of New Orleans (1994) 647 So 2d 1348 (La Ct App).
(203) Kurchner v State Farm Fire and Casualty Co (2003) 858 So 2d 1220, 1221 (Fla Ct App).

حيث تدور وقائع تلك الدعوى حول هاري كيرشنر الذي اخبره الأطباء بضرورة تلقى علاج كيماوي للقضاء على مرض السرطان. وقبل خضوعه للعلاج الكيميائي، قرر هو وزوجته، سوزان كورشنر، الحفاظ على الحيوانات المنوية بالاتفاق مع معهد جنوب فلوريدا للطب التناسلي من خلال الاحتفاظ بتلك الحيوانات عن طريق التبريد، ومن ثم قام هاري بعد ذلك بإيداع خمس عينات من الحيوانات المنوية لدى المعهد، وكان من المفترض أن يقومالمعهد بتخزين عينات الحيوانات المنوية بشكل منفصل في حاويات يتم الحفاظ عليها باستخدام أجهزة الإنذار والتي يجب أن تنطلق عندما تعطل أجهزة التبريد في الخزانات. ومع ذلك، قام المعهد بدلاً من ذلك بتخزين جميع العينات معًا مما أدى إلى تلف تلك العينات عندما تعطل جهاز تبريد الخزانات.

وبعد أن أصبح هاري في النهاية عقيمًا نتيجة لعلاجه الكيميائي. قام برفع دعوى قضائية يطالب فيها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تدمير الحيوانات المنوية المحفوظة بالتبريد.

قام المعهد بسبب تلك الدعوى، بمطالبة شركة التأمين بتغطية الأضرار التي وقعت. رفضت شركة التأمين تغطية الأضرار بحجة أن سياسة التأمين هو تغطية الأضرار الجسدية فقط بما في ذلك الوفاة الناتجة عن الإصابة الجسدية أو المرض دون الأضرار التي تلحق بالممتلكات. وادعت الشركة أن الأضرار التي وقعت متعلقة بالممتلكات وأنها ليست إصابة جسدية ومن ثم استبعدت التغطية التأمينية.

رفع المعهد دعوى قضائية يطالب فيها بالزام شركة التأمين بتغطية الأضرار، وقد قضت المحكمة بأن "الحيوانات المنوية خارج الجسم هي ملكية وليست جزءًا من الجسم، وخلصت إلى عدم وجود إصابة جسدية"، وهو ما استقرت عليه الأحكام القضائية التي تعامل الحيوانات المنوية المحفوظة أو البويضات على أنها تشكل ممتلكات شخصية. ولهذه الأسباب، وجدت محكمة المحكمة بشكل صحيح أن الحيوانات المنوية خارج الجسم هي ملكية ليست جزءًا من الجسم الذي توجد عليه التغطية بموجب تعريف "الإصابة الجسدية" في وثيقة التأمين[٢٠٤].

## المطلب الرابع

## الحق في ملكية الأجنة

يولد الطفل عندما يتم فصل جسمه بالكامل عن جسم الأم، على الرغم من أنه قد يظل متصلًا بالحبل السري.ولا يقصد هنا الجنين المستقر في رحم الأم، إذ لا يمكن إثارة تملكه لأنه يعد جزءًا من أمه

(204) The trial court properly found that sperm outside of the body is property that is not a part of the body upon which coverage existed under the definition of "bodily injury" in State Farm's insurance policy. Kurchner v. State Farm Fire & Cas. Co.858 So. 2d 1220 (Fla. Dist. Ct. App. 2003)

قبل ولادته، ولكن المقصود هنا هو الأجنة التي يتم تخصيبها في المختبرات والمؤهلة لتخليق أجنة تزرع في رحم المرأة.

وفي الفقه الإسلامي، فقد تناول الفقهاء أحوال استخدام الأجنة في الأعمال الطبية. فكقاعدة عامة إذا كان الجنين قد نفخ فيه الروح بعد مضي مائة وعشرين يوماً على تكوينه، وبقيت فيه الروح، فهو هنا يعامل وكأنه آدمي حي، فإن تم أخذ أحد أعضائه أو إخضاعه للأبحاث العلمية بما أدى ذلكإلى مفارقة روحه لجسده، فإن ذلك يكون قتلاً له. أما إذا فارقت الروح جسد الجنين سواء كان في رحم الأم أم خارجها، فإنه يصبح آدمياً ميتاً، ويكون أخذ عضو منه أو إجراء التجارب عليه تصرفاً بجسد آدمي ميت، ولا يكون ذلك قتلاً لهولو كان عمره تجاوز مائة وعشرين يومًا(٢٠٥).

وأما قبل ذلك، حيث لم تنفخ فيه الروح بعد، فإن التصرف فيه بأخذ جزء منه أو بإجراء التجارب عليه لا يعد قتلاً لآدمي وإن أدى ذلك إلى فقدانه قابلية النمو والتطور؛ لأن القتل بمعناه الاصطلاحي الفقهي الدقيق هو فعل من الأدمي يؤدي إلى إزهاق روح آدمي آخر، فلا توجد حقيقة القتل إلا إذا كان محله آدمياً فيه روح وهذا لم تنفخ فيه الروح بعد(٢٠٦).

وفي هذا الصدد فقد ميز الفقه بين حالتين: الأولى:والتي يكون فيها التصرف في الجنين قبل نفخ الروح فيه بأخذ جزء منه أو بإجراء التجارب عليه إفساداً له. وهي تتحقق عندما يقع فعل على جنين لو ترك على حاله الذي هو فيه لتخلق وتطور ونما، ليصل إلى الوضع الذي يصبح فيه صالحاً لنفخ الروح. وتتحقق تلك الصورة عندما يكون الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح موجوداً في بطن أمه، وفيه حياة النمو. فإذا أسقط من رحم الأم لغرض أخذ جزء منه أو لغرض التجارب الطبية كان ذلك إفساداً له(٢٠٧).

الحالة الثانية: والتي لا يكون فيها إفساد، فهي أن يكون الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح في حالة لوترك فيها لتوقف عن النمو والتطور وفقد الحياة التي تسبب ذلك فيه، ويكون هذا عندما يكون الجنين خارج بطن الأم، بحيث لا يكون في وضع يتمكن فيه من النمو والتطور ليصبح مؤهلاً لنفخ الروح. ويقصد بعدم الإمكان في الواقع أن يكون أهل الطب عاجزين عن توفير الوضع الذي يجعل ذلك الجنين يواصل تطوره في النمو، بحيث تستيقن أنه سيفقد الحياة التي تمكنه من النمو والتخلق قبل أن تنفخ فيه

---

(٢٠٥) **د. محمد على البار**،إجراء التجاربعلىالأجنة المجهضة والأجنة المستنبتة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورة السادسة، العدد السادس، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠، ص ١٨١١.

(٢٠٦) **د. محمد نعيم ياسين**، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد السابع، العدد الأول، ١٩٩٠، ص١١٢.

(٢٠٧) **عبدالرحمن عبدالله العوضي، خالد المذكور، علي سيف**، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي: ثبت كامل لأعمال ندوة الحياة الإنسانيةالمنعقدة بتاريخ الثلاثاء ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥م، دولة الكويت، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية، ١٩٩١، ص ٢٠٧.

الروح، كما لو سقط الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح، وعجز الأطباء عن إعادته وعن توفير الرحم الصناعي البديل. ففي هذه الحالة يعتبر الجنين فاسداً حكما. وإذا كان كذلك فإن ما يقع عليه من أخذ بعض أجزائه، أو إجراء التجارب عليه لا تعد إفساداً له[٢٠٨].

ويمكن أيضًا أن يكون هناك استحالة في تحقق تطور وتخليق الأجنة في حالة اللقائح الزائدة عن الحاجة في المختبرات، إذا استحال من الناحية الواقعية غرسها في رحم الزوجة صاحبة البيضة، كما لو توفيت الزوجة بعد تلقيح بيضتها في المختبر بمنوي زوجها، أو خيف عليها الهلاك من الحمل ونحو ذلك، إذ يجوز شرعاً غرس تلك اللقائح في رحم امرأة أخرى، فإذا اجتمع مع ذلك عجز الطب عن توفير الرحم الصناعي الذي يمكن أن توضع فيه اللقيحة لتواصل تطورها، اعتبرت أيضاً في حكم الفاسدة ولا يعتبر التصرف فيها إفساداً لها[٢٠٩].

وقد تناول الفقه حالة أخرى متعلقة بالجنين وهي الانتفاع بالجنين الحي الذي هو خارج رحم أمه دون وجود مانع من زراعته في رحم الأم، وتتحقق تلك الحالة عندما يحدث تخليق للجنين خارج رحم الأم بتلقيح البويضة في أنابيب الاختبار، ولا يوجد مانع يحول دون زراعته في رحم الأم ويستكمل نموه والأصل في إتلاف هذه اللقيحة أو تركها حتى تفسد هو التحريم ما دامت صالحة للنمو. ولكن يمكن أن يرخص بإتلافها في سبيل تحصيل مصالح معتبرة؛ فقد يظهر لأصحاب تلك اللقيحة أن يتبرعا بها لأغراض البحث العلمي،فحكم هذا التصرف هو الجواز، ما دامت المصالح التي يراد تحصيلها لا تقل عن مرتبة الحاجيات، ولا تتدانى إلى مرتبة التحسينيات أو مرتبة التزين والفضول[٢١٠].

وهناك حالة أخرى وهي حكم الانتفاع بالجنين الذي لم تنفخ فيه الروح إذا كان ميتاً حقيقة أو حكما، فقبل نفخ الروح فيه لا يوصف بأنه آدمي، ولكنه يكون حياً إذا وجدت فيه قوة النمو والتطور، ويكون ميتاً إذا فقد تلك القوة. وما دام الجنين في هذه الصورة لم يسبق اتصال الروح به، فإن المقصود بموته صيرورة خلايا جسده عاجزة عن النمو والاغتذاء والانقسام. ومثل هذا لا يمكن أن يستفاد منه في زراعة الأعضاء، وأغلب الظن أنه غير مجد في الأبحاث أيضاً؛ لأن زراعة الأعضاء والأجزاء يستلزم أن تكون أنسجة الجنين حية، كما يرى أهل الاختصاص وعلى أية حال فإنه إذا احتيج إلى مثل هذا الجنين في بعض الأبحاث، فإنه لا يوجد شرعاً ما يمنع من الاستفادة منه، ولا يشترط لذلك إلا أن يرجى النفع من البحث في خلاياه، وأن لا يكون عبثاً.

---

(٢٠٨) **د. محمد نعيم ياسين**، مرجع سابق، ص١١٢.

(٢٠٩) **د. عبد الله حسين باسلامة**، الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضةفي زراعة الأعضاء وإجراء التجارب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورة السادسة، العدد السادس، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠، ص ١٣٧٥.

(٢١٠) **د. مأمون الحاج علي إبراهيم**، البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة ماذا نفعل فيها؟ ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، الكويت، ١٨ إبريل ١٩٨٧، ص ٤٢٥.

وهنالك صورة أخرى تلحق بالصورة المذكورة، ولكن مجال الانتفاع بالجنين فيها أوسع، وبخاصة في التجارب العلمية، وهي أن تكون خلايا الجنين حية، ولو غرس في الرحم لنما وتطور، ولكن يوجد مانع واقعي أو ضرر يمنع من غرسه في رحم امرأة، كما في اللقائح التي تزيد عن الحاجة في مشاريع أطفال الأنابيب، ولا يمكن غرسها في رحم صاحبة البويضة لسبب من الأسباب. وكذلك الجنين الذي سقط من رحم أمه والطب عاجز عن إعادته إليه بالرغم من بقاء الحياة في خلايا جسده. فقد تقدم في مطلب سابق أن التصرف بمثل هذا الجنين بما يؤدي إلى فساد خلاياه لا يعد إتلافاً له، لأنه غير صالح لتحقيق المقصود من خلقه، وهو الوصول إلى الوضع الذي تحل الروح فيه، ومصيره المحتوم هو التوقف عن النمو قبل نفخ الروح(٢١١).

وقد وضع الفقه شروط وقيود للانتفاع بالأجنة التي لم تنفخ الروح فيها في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية: فيشترط أولاً أن يغلب على الظن تحقيق مصالح معتبرة للآدمي الذي ينقل إليه جزء الجنين، أو للمجتمع من إجراء التجارب على الجنين، وأن يكون فوات هذه المصالح أخطر من مفسدة إتلاف. والشرط الثاني هو أن لا توجد طريقة أخرى لتحقيق المصالح المبتغاة تكون خالية من المفاسد، أو ذات ضرر أقل؛ فإذا أمكن العلاج بغير إتلاف الجنين الحي بقي العمل غير مشروع. وكذلك إذا كان من الممكن تحقيق النتائج العلمية المرجو تحقيقها باستخدام غير جنين الآدمي، كأجنة الحيوانات مثلاً.والشرط الثالث أن يكون استخدام الجنين بإذن أبويه ورضاهما كليهما.وذلك لأن الجنين إذا كان في بطن أمه استلزم استخدامه الإضرار بها، وان كان ضرراً مؤقتاً يمكن استدراكه، فلا بد من إذنها، ولا بد من إذن والد الجنين أيضاً؟ لأن في ذلك تفويت فرصة تكون الولد له، والشرط الرابع ألا يؤدى استخدام الجنين إلى خلط في الأنساب(٢١٢).

وإذا كان هذا هو موقف الفقه الإسلامي من مدى استخدام الأجنة على تنوع حالاتها، فإنهم لم يتناولوا مدى إمكانية تملك هذه الأجنة ولاسيما الأجنة التي خارج الرحم، أي التي يتم تخليقها في المختبرات، وإنما اقتصرت آرائهم على الاستفادة من تلك الأجنة في الأعمال الطبية، فعلي سبيل المثال فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لابد من توافرها:

أ -لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعذر الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.

---

(٢١١) **د. محمد على البار**،إجراء التجاربعلىالأجنة المجهضة والأجنة المستنبتة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورة السادسة، العدد السادس، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠، ص ١٨٢٠.

(٢١٢) **د. محمد نعيم ياسين**، مرجع سابق، ١٣٤.

ب -إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته[٢١٣].

وفي القانون المصري، فإنه لم يتناول إمكانية استخدام الأجنة البشرية لأي عمل طبي مكتفيًا فقط بتناول زراعة الأعضاء فقط دون أن يوجد أي قانون يتولى الحصول على الأنسجة من الأجنة للأغراض البحثية أو العلاجية.

بينما في القانون الإنجليزيفقد أجاز قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة[٢١٤]، استخلاص الخلايا المأخوذة من الأجنة والتي تم تخليقها في المختبر، حيث يتم تخليق وتطوير تلك الأجنة في المختبر وإيقاف نموها قبل ظهور الشريط البدائي لها أي قبل ١٤ يوم منذ لحظة الإخصاب وهو الوقت الذي لا تتوافر فيه مظاهر الحياة الإنسانية، إذ يمكن في هذه المرحلة استخلاص الخلايا الجنينية لتقديم الخدمات العلاجية أو البحثية.

كما نصت المادة الثانية عشرة من قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة، على جواز مزاولة نشاط محله أمشاج أو أنسجة وخلايا بشرية جنينية أو أجنة بشرية، بعد الحصول على موافقة من المانحين وأن يكون هذا الرضا منهم صريحًا وواضحًا ومكتوبًا ومنصبًا على استخدام تلك الأجنة إما لأغراض علاجية أو بحثية[٢١٥]. وقد وضع المشرع الإنجليزي هذه الضوابط بهدف تمكين المانح من معرفة مدى ملائمة قراره الصادر بالتبرع والغرض منه وتحديد الأثار الناشئة عن ذلك، على أن يكون الإدلاء بتلك المعلومات بالقدر الذي يساهم في تنوير رضاءه وتبصيره بالأمور الجوهرية ليكون رضاءه قد صدر بعد العلم والتبصير.

وبالمثل فانه يتعين الحصول على موافقة الشخص على استخدام أمشاجه من أجل إحداث تخليق في المختبر لجنين. ويجوز أن تنسحب الموافقة على استخدامهما حتي بعد وفاة الشخص المعني، شريطة أن يرد ذلك في مضمون الموافقة الخطية الصادرة من قبل المتبرع وأن تظل هذه الموافقة قائمة حتى وفاة صاحبها دون أن تتعرض هذه الموافقة للسحب أو التعديل[٢١٦].

---

(٢١٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي،منعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤ – ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م،مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، ص ١٧٩١.

(214) The Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act.

(215) "A consent to the use of any human admixed embryo must specifyuse for the purposes of any project of research and may specifyconditions subject to which the human admixed embryo may beso used".

(216) "a consent to the use of any embryo must specify one or more of the following purposes— (a) use in providing treatment services to the person giving consent, or that person and another specified person together, (b) use in providing treatment services to persons not including the

وكذلك، فانه وفيما يتعلق باستخدام أمشاج الشخص لغرض تقديم خدمات علاجية لأشخاص أخرين بخلاف المتبرع نفسه فقد حظر القانون استخدام أمشاج الشخص لغرض تقديم خدمات علاجية أو خدمات الخصوبة للغير، أو استلامها من قبل الغير ما لم يكن هناك موافقة من قبل المتبرع تدل على علمه باستخدامها وأن استخدامها سيتم وفقا لحدود موافقته[٢١٧].

أما فيما يتعلق بالتوجهات القضائية، فهناك العديد من التطبيقات القضائية التي تناولت إشكالية مدى جواز تملك الأجنة المخصبة، وكان أساس حكمها يرتكن إلى مدى اعترافها بأن هذا الجنين إنسانًا أم لا، كما أنها تنطلق من مبدأ أن الجنين كي يعتبر شخصًا يجب أن يولد وأن يكون على قيد الحياة، فقبل الولادة لا تعتبره أنه شخصًا أو أن له وجود.

ففي دعوى C. v. S[٢١٨]والتي طلب فيها والد الجنين الذي يتراوح عمره بين ثمانية عشر أسبوعًا إلى واحدًا وعشرين أسبوعًا من الحمل استصدار أمرًا بمنع السماح للام بإجهاض الجنين، على سند أن الإجهاض سوف ينتهك أحكام قانون الحفاظ على حياة الرضيع، إذ إن ذلك يعد تدميرًا لحياة طفل قادر على أن يولد حياً، وأن يتسبب في موته باعتبار أن له وجود مستقل عن امه. ولكن المحكمة رفضت طلب الأب معتبرة أنه على الرغم من أن الجنين الذي يتراوح عمره بين ثمانية عشر أسبوعًا وواحد وعشرين أسبوعًا قد أظهر علامات على الحركة، إلا أنه لم يولد حيًا بعد، ومن ثم لا تسري عليه أحكام الأطفال الذين ولدوا بالفعل.

بل إن المحاكم في دعاوى أخرى كدعوى Rance v Mid-Downs[٢١٩] اشترطت أن يكون الطفل قادرًا على التنفس بمفرده، فلا يتم اعتبار الطفل شخصًا إذا كان الطفل يحتاج إلى دعم التنفس بمساعدة أجهزة طبية.

والموقف التقليدي في القانون العام الذي تبناه القانون الإنجليزي هو أن الجنين ليس شخصًا، وإن كان له بعض المصالح التي يحميها القانون مثل الحق في الميراث. وهذه المصالح هي حقوق مشروطة

---

person giving consent, (ba) use for the purpose of training persons in embryo biopsy, embryo storage or other embryological techniques, or (c) use for the purposes of any project of research, and may specify conditions subject to which the embryo may be so used".

(217) Use of gametes for treatment of others (1) a person's gametes must not be used for the purposes of treatment services or non-medical fertility services unless there is an effective consent by that person to their being so used and they are used in accordance with the terms of the consent. (2) a person's gametes must not be received for use for those purposes unless there is an effective consent by that person to their being so used.

(218) C v S [1988] QB 135

(219) Rance v Mid- Downs Health Authority [1991].

تتبلور عند ولادة الجنينعلى قيد الحياةفقط، فالجنين البشري في حد ذاته ليس له وضع قانوني. حيث لا يمكن معاملته كالطفل أو الشخص بالغ[٢٢٠].

وفي قضية Burton v Islington HA [٢٢١]، اعتبرت المحكمة أن الطفل الذي يولد مشوهًا بسبب إهمال من الطبيب لا يكون له الحق في طلب التعويض بعد ولادته، إذا إنه وقت تحقق هذا الضرر لم يكن له وجود قانوني أو شخصية قانونية بل إنه يعد جزءًا من أمه وليس مستقلا بذاته.

في نيوزيلندا، وفي دعوى Harrild v Director of Proceedings[٢٢٢]قام ولدا طفل توفى في رحم الأم بالمطالبة بالتعويض بسبب إهمال طبيب التوليد في ممارسة الرعاية والمهارة المعقولة وفشل في التزاماته تجاه الطفل. قضت محكمة أول درجة بأنه على الرغم من أن الطفل الذي لم يولد بعد هو "داخل الأم ومتصل بها"، إلا أنه ليس مثل الأم. ومن ثم، فالأذى الذي يلحق بالطفل الذي لم يولد بعد "يختلف عن الأذى الذي يلحق بالأم" وهذه حقيقة بيولوجية.

ولكن عند الاستئناف، فقد قضت المحكمة أن الجنين والأم وإن كانا غير متماثلين، لكنهما غير متحررين جسديًا من بعضهما البعض. وهذا الارتباط الجسدي ينتهي بالميلاد أو بموت أحد الاثنين أو احدهما. وإذا كانت الأم عانت من إصابة شخصية عندما توفي طفلها في الرحم، فإن الجنين لا يمكن أن يتمتع بأي حقوق خاصة به حتى يولد ويكون له وجود منفصل عن الأم، ومن ثم قضت المحكمة بأغلبية القضاة بأن إصابة الجنين هي إصابة شخصية للأم وليست إصابة منفصلة[٢٢٣].

مع ذلك فإن بعض القضاة قد دونوا أراءهم المتعارضة مع رأي الأغلبية، حيث ذكروا بأن معاملة وفاة الطفل الذي لم يولد بعد كإصابة جسدية مباشرة للأم هي ومن ثم، معاملة الأم والجنين ككيان وحيد يتجاهل الواقع البيولوجي الذي يقضي بأن كل واحد منهما مستقل عن الأخر [٢٢٤].

- **مدى اعتبار الأجنة مال:**

(220) Warnock Committee Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology Cm 9314 (HMSO, London, 1984) para 11.16- 17

(221) Burton v Islington HA [1992] 3 All ER 820 (CA) Dillon, Balcombe and Leggatt LJJ.

(222) Harrild v Director of Proceedings [2003] 3 NZLR 289 (CA).

(223) "… foetus cannot have any rights of its own until it is born and has a separate existence from the mother…mother and foetus could consist of a single entity in a particular legislative context … foetus cannot have any rights of its own until it is born and has a separate existence from the mother. … the mother and foetus are a single entity is problematic and stated that this is because the rule is based on expedience rather than principle ". McGrath J and Keith J

(224) "… treat the death of the unborn child as direct physical injury to the mother is, in effect, to treat a mother and foetus as a single entity, which ignores biological reality". Blanchard and Glazebrook JJ.

أثير نقاش حول اعتبار الجنين الذي لم يولد بعد هو مال يمكن أن يخضع لحق الملكية. فهناك تردد حول وصف تلك الأجنة بأنها كالمال المملوك، ومن ثم يمكن أن يتمتع بمن يملكها بسلطات المالك، وأنها قد تصبح موضوع نزاعات على الملكية.

وهناك العديد من الأحكام القضائية التي تعرضت لهذه الفكرة، ومن ذلك: دعوى Davis v. Davis، التي عرضت أمام المحكمة العليا بولاية تينيسي الامريكية، والتي تتلخص وقائعها في لجوء كلاً من السيد ديفز والسيدة ماري إلى التلقيح الصناعي، من خلال عملية التخصيب في المختبر، لإنتاج عدد منالأجنة تم تجميد سبع منهم تمهيدًا لنقلهم في وقت لاحق إلى رحِم السيدة ماري(٢٢٥).

طلبت الزوجة الطلاق قبل إتمام الحمل واتفقا على جميع الأمور لإنهاء العلاقة بينهما إلا فيما يتعلق بالأجنة والتي بقي التصرف فيها معلقًا دون حل، وبعد حدوث الطلاق بين طرفي الدعوى، طالبت السيدة ماري بأحقيتها في تملك الأجنة السبعة المجمدة في محاولة من جانبها لإتمام الحمل بعد الطلاق، رفع السيد ديفز دعوى للمطالبة بمنعها من استخدام الأجنة المحفوظة لأنه يرفض أن يكون أب لحمل يتم بعد انقضاء علاقة الزوجية بالطلاق.

قضت محكمة أول درجة في الولاية، بأن الحياة تبدأ منذ بدء الحمل وأن الأجنة تعتبر كائنات حية تستحق العناية والرعاية، ومن ثم يكون من حق السيدة ماريالحق في حضانة الأجنة المجمدة، وأن يكون لها الحق في الرعاية والتصرف.

استأنف السيد ديفز الحكم، فقضت محكمة الاستئناف برفض اعتبار الأجنة شخصًا وفقًا للمعني الوارد في تشريع الولاية والذي لا يعتد بجريمة القتل الخطأ الأجنة في المختبر(٢٢٦)، فحماية حياة الجنين لا تكون إلا بنهاية الثلث الأول من الحمل بعد أن يكون الجنين قد مر بعدة مراحل للنمو. وبناءً على ما سبق، قضت المحكمة الاتحادية العليا باعتبار الأجنة أموال منقولة ومن ثم يكون لطرفي الدعوى السيد ديفز والسيدة ماري الولاية المشتركة على الأجنة، ومن ثم يكون لهما حرية التصرف في الأجنة، وبالتالي يكون لكل منهما سيطرة مشتركة ومساهمة متساوية في تصرفهما.

---

(225)Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 599-600 (Tenn. 1992).

(226) "One of the fundamental issues the inquiry poses is whether the pre-embryos in this case should be considered ‘persons’ or ‘property’ in the contemplation of the law. The Court of Appeals held, that they cannot be considered ‘persons’ under Tennessee law: The policy of the state on the subject matter before us may be gleaned from the state's treatment of fetuses in the womb.... The state's Wrongful Death Statute, does not allow a wrongful death for a viablefetus that is not first born alive. Without live birth, the Supreme Court has said, a fetus is not a ‘person’ within the meaning of the statute.” 842 S.W.2d 594. Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 599-600 (Tenn. 1992).

كذلك ففي دعوى مماثلة وهي دعوى Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists، أكدت المحكمة على فيه رأيها السابق باستمرار رفضها الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين(٢٢٧).

كما قضت في دعوى York v. Jones بأن الأجنة المجمدة هي مجرد أشياء مملوكة يُحتفظ بها بموجب عقد تخزين آمن(٢٢٨).

كما أنها في دعوى Kass v. Kass، قضت بأن قابلية الجنين للحياة هي مرحلة من مراحل التطور والنمو ولا تشكل بذاتها سببًا للاعتراف بتوافر مصلحة لحماية حياة الذين لم يولدوا بعد "الحياة المحتملة للأجنة"(٢٢٩).

وفي بريطانيا كانت هناك دعوى شهيرة وهي دعوى Evans v. the United Kingdom(٢٣٠)، كانت مرفوعة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث كانت السيدة "إيفانز" تعاني من سرطان المبيض، ومن ثم خضعت هي وزوجها للتلقيح الصناعي، وذلك قبل إزالة المبيضين وبعد أن تم حفظ ستة أجنة في المختبر، انتهت علاقة الزوجية، وسحب زوجها السابق موافقته على استخدام الأجنة، لعدم رغبته في أن يكون أب لأي طفل بعد ذلك، مستندًا في ذلك إلى أن القانون يمنحه حق التخلص من الأجنة في حال عدم موافقة أي من الطرفين، ومن ثم طلب أن يتم تدمير تلك الأجنة كي لا يتم استخدامها للإنجاب. رفعت "إيفانز" دعوى تطلب فيها بإبطال ما تضمنه القانون الداخلي من السماح لزوجها بسحب موافقته على حفظ واستخدام الأجنة من قبلها على الرغم من أنها نشأت في البداية بتراضيهما، وهو ما يحرمها من إنجاب الطفل.

قضت المحكمة بأن لا يوجد هناك اعتداء على الحق في حياة تلك الأجنة لأنهم لا يشكلوا أشخاصًا لهم شخصية قانونية مستقلة، كما أن هناك صعوبة في الموازنة بين المصالح المتعارضة المتمثلة في حق المدعية في استخدام الأجنة للإنجاب وما يقابله من إجبار الزوج على أن يصبح أبًا، وكذلك حق الأخير في رفض تلك الأبوة من خلال سحب موافقته السابقة وحرمان المدعية من أن تصبح أمًا، ولكن الحق في الإنجاب لا يقتصر على الأم بمفردها بل يسري كذلك على الأب. ومن ثم رفضت المحكمة الدعوى(٢٣١).

---

(227) The Supreme Court has never recognized the "unborn" as legal persons. Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986).

(228) York v. Jones, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va.1989).

(229) "Prearranged agreement between progenitors of frozen embryos regarding the disposition of their "pre-zygotes" in the event of divorce is binding". Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174 (N.Y. 1998).

(230) Evans v United Kingdom (Application no. 6339/05), Fourth Section, 7 March 2006.

(231) "The dilemma central to the present case is that it involves a conflict between the Article 8 rights of two private individuals: the applicant and J. Moreover, each person's interest is entirely irreconcilable with the other's, since if the applicant is permitted to use the embryos J. will be forced to become a father, whereas if J.'s refusal or withdrawal of consent is upheld the applicant

ومن ثم نخلص من التطبيقات القضائية أنه المحاكم قد اعتبرت أن تلك الأجنة يجوز أن يرد عليها حق الملكية. وأنها وإن كانت قابلة للحياة بسبب إمكانية زرعها في رحم المرأة إلا أنه لا تعد قبل تلك الحالة أشخاصًا.

## المبحث الثاني

## الملكية على الجسد البشري الميت

تختلف معاملة أجزاء جسم الإنسان تبعًا للمبدأ الذي يتم تبنيه حول معاملة الإنسان، وما إذا كان هذا المبدأ أحادي المنظور أم ثنائي المنظور، فأحادية المنظور تعني أن الجسم يشكل جزءًا من ذات الشخص، وبالتالي فإذا كانت وظائف الجسد تعمل فإن ذلك يتعارض مع قبول أن الإنسان قد مات. أما ثنائية المنظور تعني أن هناك انفصال بين الجسد وذات الشخص، وهو ما يعني أنه يمكن اعتبار أن الإنسان قد مات ويتم الإعلان عن وفاته على الرغم من أن بعض وظائف جسده تعمل، ومن ثم فإعلان وفاة الشخص على الرغم من أن الجسم لا يزال حياً، يجعل من المصالح والحقوق المتعلقة بالملكية على هذا الجسد تنتقل من الشخص ذاته باعتباره مات إلى الممثلين القانونيين عنه ومن ثم يمكن له أن يقوم بالموافقة على نقل بعض الأعضاء[٢٣٢].

وتتأسس الأخلاقيات الطبية التقليدية على مبدأ قدسية الحياة البشرية من منطلق أن ذات الإنسان ذي قيمة جوهرية ومن ثم لا يجوز قتل النفس البشرية، ولهذا تسمح التكنولوجيا الآن بالحفاظ على بعض صور العمليات الحيوية لدى الإنسان بوسائل مصطنعة، وهو الأمر الذي أنشأ جدلاً كبيراً حول معنى الموت، هل هو توقف ضربات القلب والدورة الدموية، أم توقف وظائف المخ، ولا سيما الوظائف

---

will be denied the opportunity of becoming a genetic parent. In the difficult circumstances of this case, whatever solution the national authorities might adopt would result in the interests of one or the other parties to the IVF treatment being wholly frustrated. In addition, the Grand Chamber, like the Chamber, accepts the Government's submission that the case does not involve simply a conflict between individuals; the legislation in question also served a number of wider, public interests, in upholding the principle of the primacy of consent and promoting legal clarity and certainty, for example. The extent to which it was permissible under Article 8 for the State to give weight to these considerations is examined below". The European Court of Human Rights, The case of Evans v. the United Kingdom,10 April 2007.

(232)**C. M. Thomas**, op. cit., p.117.

الفسيولوجية العصبية للوظائف العقلية العليا التي توجد في المركز العلوي من المخ، مثل الوعي الذاتي، والفكر، والذاكرة، وحدوث أي تدمير في الجزء العلوي من الدماغ يعني فقدان القدرة على أي نوع من أنواع الحياة العقلية، مع شريطة أن يستمر الجزء السفلي من المخ في العمل حيث سيظل الإنسان محتفظًا ببعض صور الحياة والتي يتحكم فيها هذا الجزء السفلي الذي يعرف بجذع المخ مثل التنفس[٢٣٣].

ويختلف الفقه في تحديد اللحظة التي يكون فيها الشخص قد مات وانتهت شخصيته لاختلافهم حول النظر إلى الإنسان في حد ذاته، فهناك جانب يعتمد على القدرات الذهنية للإنسان في اعتبار وجوده على قيد الحياة، ويميزون بين الوعى والإدراك والعقل وبين الجسد ذاته ويعتبرون أنهما غير مترابطين[٢٣٤]، في حين أن جانب أخر[٢٣٥]يعتبر أن العقل والوعي والإدراك هي قدرات موجودة بالجسد ومتعلقة به ومن ثم فهما مترابطين، فهؤلاء يرتكزون على الوظائف البيولوجية لجسد الإنسان ويعتبرونها الحاسمة في تحديد لحظة موته.

ومن هنا يذهب رأي في الفقه إلى أن النتائج التي يمكن الوصول إليها تختلف حسب النظر إلى الإنسان شأنه شأن أي كائن حي أمإن له شخصية ذاتية واعية ومدركة[٢٣٦]. ويذهب رأي أخر[٢٣٧] إلى أن ما يميز الإنسان أنه كائن قادر عن التفكير المنطقي وهذا هو جوهر شخصيته وأمرًا متلازمًا مع وجوده.

ويذهب رأي أخر[٢٣٨] إلى إن تعريف "الذات" هو متغير، ويعتمد إلى حد ما على المعتقدات الثقافية أو الدينية، فهي وإن كان تعتمد على الوعي والإدراك، فمع ذلك، فإنه مع التطور الطبي ومع ظهور عمليات زرع الأعضاء، فإن المجتمع أفكاره تغيرت حيال هذا فكرة ذات الإنسان، وتم النظر إلى ما بقيمة الإنسان وتقدير أهمية حياته، وحياة كل شخص تعد ذات قيمة فردية، ومن ثم فإن حياة اثنين أكثر قيمة من حياة واحدة. وبالتالي، إذا كان هناك خيار بين الأرواح، وما دام أنه لا يمكن إنقاذ جميع الأشخاص المعرضين للخطر، فيجب أن يكون الخيار هو إنقاذ أكبر عدد ممكن من الأرواح.

وفكرة الذات الإنسانية ووجود الإنسان تتأسس على أن الشخص ينتمي إلى جماعة أعضاؤها يمثلون أشخاصًا عاديين ذوي ادراك؛ لأن تمييز أي كيان يجب أن يستند إلى خصائصه الجوهرية، وليس على علاقاته بالأخرين، ومن ثم ففكرة الذات تعتمد على وعي الإنسان ومدى قدرته على الحصول على

(233) **K. Gervais**,Redefining Death, Yale university press, New Haven, 1986, p. 20.

(234)**C. M. Thomas**, op. cit., p.118.

(235) **R. Scott,** The body as property, Viking press, New York, 1981, p. 260.

(236) "Underlying these different analytical approaches is a fundamental difference in focus– either on the human as organism or on the human as person". **K. Gervais**, op. cit., p. 20

(237)**J. Locke,** An essay concerning human understanding, Book II, Oxford university press, London, 1964, ch. 27 .

(238)**J. W. Harris**, The value of life: An introduction to medical ethics, Butler & Tanner Ltd, London, 1985, p. 8.

رغباته، ومن ثم فإن الشخص الذي حدث له تدمير في الجزء العلوي من المخ ليس له نفس المصلحة في البقاء على قيد الحياة دون وعي ودون أي رغبات يلبيها، ومن ثم لا يوجد سبب لإطالة حياة هؤلاء الأفراد[٢٣٩].

ويعارض رأي في الفقه[٢٤٠] الارتكان إلى فكرة الوعي للاعتراف بذاتية الشخص، فالقانون لا يؤسس الشخصية على فكرة الإدراك، كلك فإن الحقوق التي يكتسبها لا تعتمد على ذلك، فالذاتية هنا تنبع من كونه إنسانًا دون النظر إلى حالته الجسدية أو العقلية.

ويذهب الفقه إلى أن يجب أن يتم ضمان احترام الأشخاص قبل إعلان وفاتهم وهو ما يتم من تحقيق ذلك من خلال ضمان قيمة ومكانة هؤلاء المانحين المحتملين. فإذا كان الأشخاص غير المميزين يفتقرون إلى الوعي، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم اعتبارهم كالمتبرع الميت. كما أن استخدام الأشخاص الفاقدين لأهليتهم ووعيهم وإدراكهم كوسيلة لتحقيق منافع للأخرين سيقلل من الاحترام لقيمة وكرامة الحياة البشرية ويقوض من ثقة الجمهور في القرارات الطبية، مما يؤدي إلى انخفاض إجمالي في الاستعداد للمشاركة في الأبحاث، أو التبرع بالأعضاء[٢٤١].

ومما لا شك فيه أن جسد الشخص المتوفى يحمل أهمية كبيرة لعائلته ولأقاربه الذين هم على قيد الحياة، ومن ثم فإن معاملة الجثة بطريقة لا تتوافق مع القيم الشخصية أو الثقافية قد تتسبب الضرر للأشخاص الذين لديهم روابط عاطفية مع المتوفى. يذهب الفقه إلى أن استخدام الجثث البشرية أمر مثير للجدل، ويرجع ذلك إلى الوضع القانوني الغامض للجثة، فإذا لم يكن للأجساد البشرية الميتة أية تفضيلات فيما يتعلق باستخدام الجسد في إجراء تجارب طبية أو في استخدامها في التبرع للأحياء، فإن الذين لهم تفضيلات ورغبات حول الإجراءات التي ستنفذ على تلك الأجساد البشرية الميت هم أقارب المتوفى أو الذين كانوا يعيشون معهم من الأشخاص الأحياء[٢٤٢].

وعلى هذا سيكون من المفيد للمجتمع أن يتم الاستفادة من الأجساد البشرية التي فارقت الحياة وعدم الانسياق وراء اعتراضات الأقارب أو قبول ما يزعمون به. فمن غير المنطقي السماح بتفضيلات الأقارب أن تأخذ الأولوية على التبرع بالأعضاء، ففكرة التبرع بالأعضاء من الأجساد الميتة لا يمكن أن يسبب الأذى النفسي للمتوفين ولأقاربهم الأحياء، فمن الصعب أن هؤلاء الأقارب الأحياء يعتبرون أن إزالة

(239)**H. Kuhse and P. Singer**, A companion to bioethics, Blackwell publishers Ltd, Oxford, 1998, p. 123.

(240)**D. Lamb,**Organ Transplants and Ethics, Routledge, London, 1990, p. 43.

(241) **S. J. Youngner, R. M. Arnold and R. Shapiro**, The definition of death: Contemporary controversies, The John Hopkins press, Baltimore, 1999,p. 168.

(242)**J. Feinberg**, The mistreatment of dead bodies, The Hastings center report, Vol. 15, No. 1, Feb. 1985, p. 31.

الأعضاء من أجساد أقربائهم المتوفين والتبرع بها أكثر مأساوية وإحباطًا من فكرة أن هذه الأجساد التي ستدفن سوف تتعفن وتتحل في تحت أرض باردة أو في نار مشتعلة[٢٤٣].

كذلك، فقد تساءلت لجنة إصلاح القوانين في كندا عن أنه لماذا لا ينبغي اعتبار الجثث خاضعة للملكية شأنها شأن أي شيء يمكن للشخص تملكه؟ قد يكون الجواب هو أن مفاهيم الملكية الجسدية تنتهك المفاهيم المستقرة المتعلقة بالاستقلالية الذاتية وكرامة الإنسان. فملكية الأشياء ترتبط في صورتها التقليدية بملكية الأشياء وهو ما لا ينطبق على جسد الإنسان. فمساواة الجسد بالشيء هو تجريد للإنسان من إنسانيته[٢٤٤].

ولا تقل أهمية الأعضاء والأنسجة البشرية المستخلصة من الإنسان المتوفي في أهميتها عن الأعضاء والأنسجة البشرية المأخوذة من المتبرعين الذين هم على قيد الحياة، فقد يكون بالفعل استخدام تلك المواد البشرية لا ينل الاهتمام الكافي في الدول العربية سوى في مجال واحد فقط ألا وهو الاستفادة منها في زراعة الأعضاء، غير إنه في الدول الغربية، هناك استخدامات عديدة لتلك المواد لا تقل في قيمتها ولا في جدواها عن عمليات زراعة الأعضاء، إذ تستخدم الأن في الأبحاث العلمية وفي الصناعات العلاجية والدوائية، حيث لا يزال شغف الباحثين بالجسد البشري وإجراء التجارب العلمية عليه أمرًا في أوجه وشدته، وللتدليل على ذلك، تم اكتشاف قيام مستشفيات في بريطانيا بالاحتفاظ بأعضاء وأنسجة بشرية يتم استئصالها من الأطفال الذين توفوا في تلك المستشفيات دون رضا عائلاتهم أو حتى دون علمهم. إذ تبين من خلال شكوى تقدمت بها والدة طفلة توفت بعد إجراء عملية قبل مفتوح، أنه تم استئصال قلب ابنتها دون علمها، وبعد إجراء التحقيق اللازم تبين أن هناك أوامر صدرت بشكل منهجي من قبل بعض الأطباء باستئصال أعضاء وأنسجة من أجساد الأطفال الذين توفوا في المستشفيات دون أي سند قانوني بحيث وصلت التحقيقات الموسعة في القطاع الطبي في بريطانيا أنه قد تم تخزين أكثر من مائة ألف عضو بشري وأربعمائة وثمانون ألف عينة منالأنسجة البشرية لمرضي متوفين، فضلا عن الاحتفاظ بجثث كاملة من الأجنة والأطفال[٢٤٥].

وقد انتهت التحقيقات إلى أن هناك أعمال تخزين واستخدام المتنوع واسع النطاق لأعضاء وأنسجة بشرية مستمدة من قبل بالغين وأطفالدون الحصول على الموافقة التي يتطلبها القانون، وقد خلصت إلى نتيجة مهمة وهي أن القوانين التي كانت سارية في المملكة المتحدة حينئذ غير فاعلة وتفتقر إلى الوضوح

(243) **J. W. Harris**, The value of life: An introduction to medical ethics, op. cit., p. 119.

(244)Law Reform Commission of Canada procurement and transfer of human tissues and organs Working Paper 66, Ministry of Supply and Services, Ottawa, 1992, p. 57.

(245) For further information, see: **M. Stauch and K. Wheat,** Text, cases and materials on medical law and ethics, 6th ed., Routledge, 2018, p. 539.

ومن ثم تحتاج إلى تعديلات، وهو ما أدى في النهاية إلى إصدار قانون الأنسجة البشرية الإنجليزي لعام ٢٠٠٤.

وذات الأمر، تم في أستراليا حيث تبين قيام احدى المستشفيات بالاحتفاظ بحوالي ألف وثلاثمائة قلب لأطفال توفوا في المستشفى لأنهم كانون يعانون من في القلب دون الحصول على موافقة أهليهم، وكانت هذه الأعضاء تستخدم في البحث والتعليم(٢٤٦). وفي الولايات المتحدة الأمريكيةحدثت أمورًا مماثلة في أقسام التشريح وبنوك الأنسجة(٢٤٧) وشركات خاصة للتكنولوجيا الحيوية غير هادفة للربح وربحية ومحرقةومدارس طبية. ومن لك أن هيئة الصحة قد عثرت في مقاطعة أوكلاند على عينات في مبنى مختبر مخفي، واكتشفت أيضاً تخزين أطراف وعينات أخرى، كان يُراد إعادتها إلى عائلات ولكن لم يتم ذلك. كما تم استخدام بعض الهياكل العظمية مجهولة الهوية لأغراض التدريس. بالإضافة إلى ذلك، تبين أن كلية طب كريستتشيرش لديها مجموعة تعليمية تضم أكثر من ٣٠٠٠ عضو ، معظمها تم الحصول عليها دون موافقة منذ عام ١٩٤٥(٢٤٨).

وبناءً على ما سبق، سوف نتناول التوجهات حول كيفية معاملة الجسد البشري الميت وذلك في مبحث أول، ثم نتعرض إلى الخلاف حول طبيعة الجسد الميت وطبيعة الحقوق الواردة عليه في المطلب الثاني، ثم نختم في المبحث الثالث بعرض لإشكالية تحديد وقت الحصول على المواد البشرية من المتوفى.

## المطلب الأول

## التوجهاتحول كيفية معاملة الجسد البشري الميت

إذا كان الفقه قد تردد حول استخدام الجسد البشري الميت في الحصول على الأعضاء والأنسجة تمهيدًا لزراعتها أو إجراء الأبحاث، وإن كان يميل نحو السماح باستغلالها لتحقيق مصالح الغير، فإنه عند عرض تلك الإشكاليات على المحاكم فإنها قد سعت نحو وضع رؤية اجتماعية وأخلاقية لعلاقة

(246) "Despite this, in 2002, Greenlane Hospital admitted that approximately 1,300 babies' hearts had been retained, in many cases without parental consent, between the 1950s and late 2001. The hearts were used for research and teaching. The majority were from deceased children who had congenital heart conditions, although there were also adult hearts from cases in which children with congenital heart conditions had survived until adulthood." **C. M. Thomas**, op. cit., p. 49.

(247) **E. Waltz**, The body snatchers, Nature Medicine, Vol. 12, 2006, p. 487.

(248) "After 2002, a search by the Auckland District Health Board found specimens in a decommissioned laboratory building and also discovered that Labplus24 had stored limbs and other specimens, which were intended to be returned to families but had not been collected. Some unidentified skeletons were also used for teaching purposes. Additionally, it was found that the Christchurch School of Medicine had a teaching collection of over 3,000 organs, mostly obtained without consent since 1945". **C. M. Thomas**, op. cit., p. 49.

الأفراد بالعلاجات الطبية لتحديد الحلول للمشكلات الاجتماعية والأخلاقية الناشئة عن التكنولوجيا الحيوية الحديثة، وهو ما يجعلها في تحدى للتعريفات المستقر عليها للموت.

كما أن هناك عدد من أنظمة التملك التي يتم اقتراحها بشكل عام، ومن المعقول استخدام النظام الذي ينتج أكبر مجموعة من السلطات دون انتهاك حقوق الإنسان حيث تتطلب معظم السلطات القضائية إما الموافقة الصريحة أو المفترضة للمتوفى قبل الوفاة، أو الموافقة الصريحة من أحد الأقارب للسماح بجمع الأعضاء القابلة للزراعة.

ويعد من المقبول على نطاق واسع أن هذا يحترم حقوق للمتوفى، ويفترض أن موافقة الأقارب يمكن أن تعكس بصورة جيدة رغبات المتوفى بصورة أفضل من أي شخص أخر حي[٢٤٩]. وهو ما سنتناوله من خلال الفروع الآتية:

## الفرع الأول

## التملك الإجباري (مصادرة الأعضاء البشرية)

هناك توجه فقهي[٢٥٠] يدعوالحكومات أن تسن القوانين بأن جميع الجثث ملك للدولة، ولقد اتخذت عدد قليل من البلدان مثل هذه الخطوة المتطرفة، وهو ما يثير الشك حول انتهاكات حقوق الإنسان، حيث تنص قوانين الصين على أنه يجوز أن يتم إزالة الأعضاء من جسد المحكوم عليهم بعقوبة الإعدام[٢٥١].

---

(249) **C. Williams**, Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent, Case W Res J Int'l L 315, Vol. 26, 1994, p. 323.

(250) **A. Owen,** Death row inmates or organ donors: China's source of body organs for medical transplantation, Ind. Int'l & Comp. L. Rev., Vol. 5, Issue 2, 1995, p. 495.

(251) The 1984 Chinese Government Temporary Rules Concerning the Utilization of Corpses or Organs from the Corpses of Executed Criminals provides:"After the execution has been carried out, the corpse may be disposed of only after death has been confirmed by the supervising procuratorial official on the site.

(2) After the sentence of death on a criminal has been carried out, the corpse or, after cremation, the ashes may be claimed by the [criminal's] family.

(3) The corpses or organs of executed criminals may be provided for use in any the following circumstances:

1. No one claims the body or the family refuses to claim the body;

2. The executed criminal has volunteered to have his corpse provided to a medical treatment or health unit for use;

3. The family consents to the use of the corpse.

(4) Utilization of the corpse or organs of an executed criminal should be handled according to the following rules.

1. The utilizing unit must possess the necessary facilities and technical skills to carry out medical research or organ transplant surgery. It must obtain a "Special Permit" issued upon examination and approval by the provincial, city, or autonomous region department (bureau) of health and must file a report with the local city or prefecture bureau of health.

2. The utilization of corpses shall be arranged in a unified way by the city or prefectural

وفي ذات التوجه يذهب رأي[٢٥٢] إلى أن من حق الدول أن تسيطر على الجثث ، فحقوق الإنسان يتم الاعتراف بها ما دام الشخص على قيد الحياة، ولكن عندما يموت فإن تلك الحقوق تزول، ووجود الشخص ينتهي ومن ثم، فإنه من غير المنطقي أو العملي أن يتم التخلص من جثته بدفنها، بينما هذا الجسد يشكل موردًا حيويًا ومصدرًا محتملاً للحياة للآخرين.

بينما يذهب رأي أخر يسير في نفس التوجه[٢٥٣] إلى ضرورة إلغاء أي حقوق ملكية على الجسد البشري وعدم السماح للمحاكم بالنظر في مسألة أي حقوق على الجسد بعد الوفاة. ومن الأفضل أن يكون هناك تبرعًا إلزاميًا للأعضاء البشرية، حيث سيستطيع مقدمو الخدمات الطبية بالحصول على كل عضو قابل للزراعة، بغض النظر عن أي رغبات مناقضة سبق أن أعرب عنها المتوفى قبل الوفاة أو أقاربه بعد الوفاة.

ومع ذلك يعارض الفقه[٢٥٤] هذا الرأي على سند أنه هذا التوجه وإن كان سيزيد من الأعضاء البشرية القابلة للزراعة ولكن هذا سيكون على حساب الأمور الثقافية والشخصية في المجتمع مع تقويض للثقة في مهنة الطب، كما أنه من المحتمل أن قد يقاوم الأفراد العلاج في المستشفى، بسبب القلق من أنهم سيحصلون على علاج أقل من أجل تسريع موتهم ومن ثم الحصول على أعضائهم بعد الموت.

---

department of health. In accordance with the degree and urgency of need and the principle of comprehensive utilization, it shall separately establish liaison with the people's court that implements the death sentence and the utilizing unit.

3. After the order to implement the death sentence has been handed down, when there is a corpse that can be directly used, the people's court should provide prior notice to the city or prefectural department of health, which shall in turn notify the utilizing unit. At the same time, it shall issue to the utilizing unit a certificate of corpse utilization and send a copy to the people's court responsible for implementing the death sentence and to the people's procuracy responsible for supervision at the site. The utilizing unit should on its own initiative contact the people's court; it must not miss the legally stipulated time limit for the people's court to carry out the execution.

With respect to corpses that can be used only after the permission of the family has been obtained, the people's court shall notify the health departments to discuss the matter with the family and to reach a written agreement concerning such issues as the scope of the use of the corpse, method and costs of disposition after use, and financial compensation. The city or prefectural department of health shall issue to the utilizing unit the certificate of corpse utilization in accordance with [the terms of] the agreement, and shall send a copy to [other] concerned units.

Where the executed criminal has volunteered to have his corpse provided to a medical treatment unit for use, there should be a formal written certificate or record signed by the criminal and deposited at the people's court where it can be inspected…"

…"

(252) **H. E. Emson**, It is immoral to require consent for organ donation, J med ethics, Vol. 29, 2003, p.125

(253) **R. M Neri,** New organ donations, The Digest - the National Italian American Bar Association Law Journal,Vol. 10, 2002, p. 67.

(254) **J. Chamberlain,** To Give or Not to Give? In**T. M. Wilkinson**, Ethics and the acquisition of organs, OUP Oxford, 2011, p. 77.

فروحانية الفرد وكرامته ليست من الأمور التي تملكها الدولة وهو ما يسري على جسد الشخص بعد موته، كما أن الأفراد يكون لديهم ارتباط كبير بالأشخاص الذين توفوا، وهذا الأمر لا يسري فقط على فترة الحياة بل بعد الموت أيضًا، ومن ثم إذا ما تم التعامل مع الجسد بشكل نفعي فإن هذا سيؤثر بالطبع على إنسانيتنا وروحانيتنا(٢٥٥).

ولم يعالج القانون المصري مسألة الحصول على الأعضاء أو الأنسجة من جثث الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام، حيث لم يتطرق إلى هذه الحالة في نصوص تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ولا في نصوص أي قانون آخر، إذ عامل المحكوم بالإعدام معاملة أي شخص عادي يريد التبرع بأعضائه حيث يملك هذا الأخير مطلق الحق في التبرع بأعضاء جسده أو الإيصاء بالتبرع بها.

وجدير بالذكر أن هناك اتجاهات فقهية في الفقه العربي حول مسألة مصادرة الأعضاء أو الحصول عليها جبرًا إذا حكم على الشخص في جريمة عقوبتها الإعدام، إذ ذهب رأي إلى أن المشرع يملك مطلق الحق في التصرف في جثة الشخص المحكوم بالإعدام، دون أن يكون لإرادته قبل تنفيذ الحكم أو لإرادة أبويه أو أقاربه أو ذويه أي اعتبار يذكر، ويعللون ذلك بكون المحكوم بالإعدام قد ألحق بالمجتمع ضررًا فادحًا بسبب الجرم الذي ارتكبه والذي استحق عقوبة الإعدام بسبب هذا الفعل، وأنه يجب عليه أن يعوض المجتمع عن الضرر الذي لحق به، وإن هذا التعويض يتمثل بالاستفادة من كافة أعضاء جسده التي يمكن الاستفادة منها ونقلها إلى جسد إنسان آخر(٢٥٦).

في يوجد اتجاه أخر يعتبر أنه من غير الجائز الحصول على الأعضاء من الشخص المحكوم عليه بالإعدام أو التصرف في جسده بعد مماته دون موافقة أقربائه، إما في ذلك تعارض مع الكرامة الإنسانية، كما أن التصرف بالجثة دون موافقةلا يمكن أن يعتبر إجراء مكملا لعقوبة الإعدام(٢٥٧)، فالمجتمع يستوفي كامل حقه من الشخص الذي ارتكب جرمًا فظيعًا بمجرد تنفيذ حكم الإعدام به، مما يجعل جسده متمتعًا بالحرمة التي تتمتع بها أجساد الموتى الآخرين وما يتبعها من كرامة وحقوق مختلفة(٢٥٨). كما أن إدانةالشخص بجرم ما ومن ثمّ معاقبته بالإعدام يجب ألا يفقده هذا الاحترام، فضلاً عن إطلاق يد المشرع في التصرف في جثة هذا الشخص دون الأخذ بإرادته أثناء حياته أو بإرادة أبويه أو أقاربه بعد مماته

---

(255)**C. M. Thomas**, op. cit., 64.

(٢٥٦) **د. حسني عودة زعال**، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي– دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٥٦.

(٢٥٧) **د. محمد عبدالجواد حجازيالنتشه**، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية– دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، ١٩٩٦، ص ١٢٩.

(٢٥٨) **د. خالد فهمي مصطفى**،النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية – دراسة مقارنة،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام ٢٠١٢، ص ٤٦٠.

ينطوي على تجريد الإنسان من إنسانيته، وحرمانه من أي احترام، وكأن المشرع يعاقب هذا الشخص لمرتين متتاليتين الأولى في حياته، والثانية بعد مماته[٢٥٩].

وقد حاول بعض الأطباء المتحمسين لعمليات نقل الأعضاء، اللجوء إلى انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام، واستطاعوا بالفعل الحصول على موافقة المفتي وبعض المسئولين بعد أن قدموا لهم معلومات غير صحيحة بأن الأعضاء تؤخذ من المحكوم عليهم بالإعداد بعد وفاتهم، وبالفعل تم انتزاع الأعضاء من أثنين من المحكوم عليهم بالإعدام، مما اضطر أحد الأطباء إلى أن يقدم بلاغاً إلى النائب العائم أوضح فيه الحقائق التي أخفاها الأطباء، وهي أن الأعضاء تؤخذ من المحكوم عليهم بالإعداد وهم على قيد الحياة، حيث يجري وضعهم بسرعة قبل تمام الوفاة على جهاز تنفس صناعي لإبقائهم أحياء. وقد تم نقل المحكوم عليهم بالإعدام من سجن الإسكندرية إلى معهد الأورام، وكان القلب ينبض بانتظام وضغط الدم في المعدل الطبيعي كما كان يتم حقنهم بمرخيات العضلات حتى لا يتحركوا ويسهل نقلهم، والتعامل معهم، وقد اعترف الأطباء بهذه الحقائق بالفعل ولما تأكدت للنائب العام هذه الحقائق الخطيرة، والجرائم البشعة تدخل وأصدر أوامره بإيقاف هذا الأمر نهائيًا[٢٦٠].

وجدير بالذكر أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عندما طلب منها طلب مراجعة مشروع قانون بنوك للصمامات والشرايين الأدمية، ذكرت أن: "حال المحكوم عليه بالإعدام حال أي شخص أخر فيما يجب أن بعامل به جسمه. فالرأي بالنسبة لمسألة إمكان الاستفادة من شرايين القلب والصمامات الخاصة بمن ينفذ فيه حكم الإعدام يتردد بين أمرين أولهما أن المحكوم عليه بالإعدام لم يعد معصوم الدم مما يجيز نقل الأعضاء من جسمه بعد تنفيذ حكم الإعدام دون إذن منه ولا إذن من ذويه، وما دام حكم الإعدام أحاله إلى مهدور الدم فقد أمكن استخدام أشلائه فيما يفيد الآخرين ولكن الجمعية العمومية رجحت الرأي الثاني، وهو أن حال المحكوم عليه بالإعدام حال أي شخص آخر فيما يجب أن يعامل به جسمه حال حياته قبل تنفيذ حكم الإعدام أو حال حياته بعد تنفيذ الحكم عليه، لأن تنفيذ حكم الإعدام يفيد إنهاء حياته بالطريقة التي رسمها القانون، وأن قتل المحكوم عليه بالإعدام قبل تنفيذ الحكم عليه يعني قيام جريمة قتل لا يخفف منها تعلق حكم الإعدام به، أنه إهدار دمه بالحكم لا يفيد بذاته الترخيص في قتله من أي شخص وبأي طريق، وكذلك فإن تنفيذ حكم الإعدام بشأنه يفيد أن القانون والمجتمع قد استوفيا قصاصهما منه بما لا مزيد عليه، وشق جسمه واستخراج الأعضاء منه ليس عقوبة

---

(٢٥٩) **د. مهند ناصر الزعبي، د. رولا نائل سلامة**،طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية: دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، المجلد الواحد والأربعون، العدد الثاني، ٢٠١٤، ص ١١٤٣٠ -١٤٣١

(٢٦٠)**د. الهادي السعيد عرفة عبد النبي**، المعيار الحديث للموت: موت المخ بين القبول والرفض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني والخمسون، ٢٠١٢، ص ١٦٧.

محكوماً بها أصلية كانت أو تبعية وليست مما يفيده منطق القصاص شرعاً ووضعاً. وجسم من نفذ فيه حكم الإعدام تساوى مع غيره من أجسام الموتى من حيث كرامة الجسم وما يحوطه من حقوق عامة وخاصة. لذلك انتهت الجمعية العمومية إلى ترجيح أن يعامل المحكوم عليه بالإعدام معاملة أي شخص آخر من حيث نقل الأعضاء من جسمه ويتوقف الأمر على ثبوت إذنه قبل موته أو إذن ذويه بذلك بعد الموت" (٢٦١).

فضلا عن ذلك فإن مجمع الفقه الإسلامي قرر أنهيجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة وليّ أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له(٢٦٢).والرأي هنا جاء عامًا بالنسبة للشخص المتوفى دون تخصيص ومن ثم فهو يشمل المحكوم عليه بالإعدام وغيره.

## الفرع الثاني

## افتراض الرضا

تعتمد الموافقة المفترضة على فكرة أنه في حالة وجود رفض للتبرع أو في حالة عدم اتخاذ أي إجراءات بشان أما التبرع أو رفض ذلك، فإنه يمكن افتراض الموافقة، وهذا من شأنه أن يزيد من معدل التبرع بالأعضاء من خلال جمع الأعضاء البشرية من الأشخاص الذين لم يتخذوا أي خطوات، إما لأنهم على استعداد للتبرع أو أنهم غير مبالين(٢٦٣).

ويمكن التمييز بين نوعين من الأحكام التي تنظم الموافقة المفترضة، النوع الأول يفترض وجود موافقة متى لم يعترض المتوفى قبل وفاته وهذا يعد بحد ذاته ترخيصًا كافٍ للحصول على الأعضاء البشرية، أما النوع الثاني، فيلزم وجود الاتفاق أو عدم وجود معرفة الأقارب ما إذا كان هناك اعتراض غير مسجل من قبل المتوفى أم لا(٢٦٤).

بيد أن هناك اعتراض على فكرة الموافقة المفترضة، على اعتبار أنها يجب أن تتأسس على افتراض أن هؤلاء الأشخاص المتوفين إذا تجاوزوا أثناء حياتهم مسألة عدم الاكتراث بالتبرع بأعضائهم وقاموا

---

(٢٦١) جمهورية مصر العربية، إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، الفتوى رقم ٦٥٨ لسنة ٤٩ ق، ٩ سبتمبر ١٩٩٥.

(٢٦٢) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم: ٢٦ (٤/١) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، المؤتمر الرابع، جدة، ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦ – ١١ شباط ( فبراير ) ١٩٨٨م.

(263) **C. Erin and J. Harris**, Presumed consent or contracting Out, J med ethics, Vol. 25, 1999,p. 365.

(264) **G. Wolfslast**, Legal aspects of organ transplantation, J Heart and Lung Trans, Vol.11, 1992, p.160.

بالتفكير في التبرع، فهل كانوا سيمنحون موافقتهم، الواقع يشير إلى أن كثير من الذين كانت لديهم أفكار بشأن التبرع سيعدلون عنها، ومن ثم فإن الموافقة المفترضة ستكون في تلك الأحوال غير صحيحة[٢٦٥].

ويؤسس البعض[٢٦٦] فكرة افتراض الرضا على أنه عندما يثار الحق في الحياة والصحة للمريض الذي ينتظر الزرع ويتعارض ذلك الحق مع حقوق "جثة" التي لم تعد شخصًا ولا يمكن وصفها كشخص، فإن حق المريض الحي هو الذي سيسود بالتأكيد على حق المتبرع الميت، حيث يمكن القول بأن مصلحة المجتمع تسود على جسد الفرد الميت.

وفي هذه الخصوص يذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى أن إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، ولاشك أننا بصدد مفسدتين:

الأولي: مفسدة هلاك نفس مسلمة.

والثانية: مفسدة انتهاك حرمة إنسان ميت.

ولا شك أن الثانية أخف ضرراً من الأولى؛ لأن جسد الميت سيتحول إلى رفات في جميع الأحوال، ومن ثم فالاستعانة به لإنقاذ حياة مريض يوشك أن يموت، أمر معتبر شرعًا[٢٦٧].

وهذا من باب ارتكاب أخف الضررين، وأهون الشرين؛ دفعاً لأعلاهما، ومن ثم يتحمل الضرر الأدنى، دفعاً للضرر الأعلى، و تقديم المصلحة الراجحة، وهي استنقاذ حياة من يرجى برؤه، على المصلحة المرجوحة، وهي انتهاك حرمة الموتى. ومن ثم، عند المفاضلة بين المصالح المجتمعة في عمل واحد، فإن أمكن تحصيل المصالح مجتمعة فعلنا ذلك، فإن تعذر ذلك، حصلنا الأصلح فالأصلح، والأفضل فالأفضل، ومن ثم فالواجب تحصيل أعلى المصلحتين، فإن تعذرت المفاضلة بينهما، فإنه يرخص في الاختيار بينهما[٢٦٨].

وتجدر الإشارة إلى أن ولاية ويلز بالمملكة المتحدة قد تبنت هذا الموافقة المفترضة، والتي تسري بالنسبة للأفراد الذين توفوا في ويلز وأقاموا فيها لمدة ١٢ شهر على الأقل قبل الوفاة أو أقاموا فيها طوال هذه المدة ولكنهم لم يتوفى فيها، حيث تتمثل تلك الموافقة في أنه في كل حالة لم يُصدر الشخص الذي يريد التبرع بمواده البشرية، أو لم يصدر ممن يمثله قانونًا صراحة قرار برفض التبرع بأعضائه بعد الوفاة،

(265) **V. Robertson**, Concentrated professional education to implement routine referral legislation increases organ donation (1998) 30 Transplant proc, Vol. 30, 1998, p. 214.

(266) Third Report of the Conference of European Health Ministers, Paris 16–17 November 1987. Organ Transplantation: legislative measures in relation to organ transplantation and to European Cooperation, Council of Europe, Strasbourg, 1987, p. 105.

(٢٦٧) **جلال الدين عبد الرحمن السيوطي**، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٩٦

(٢٦٨) **د. عبد الحليم محمد منصور علي**، حكم نقل الأعضاء من الميت إلى الحي – دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد ٢٧، العدد ٨٨، ص ٣٤٥.

فهذا يفترض أن هناك موافقة حكمية صدرت بالتبرع، إلا إذا أثبت كل من له صلة بالمتبرع أن هذا المتبرع كان رافضًا للتبرع[٢٦٩].

وقد تم اقتراح وسيلة أخرى للتخفيف من حدة الموافقة المفترضة وهو ما يطلق عليها "الاختيار الإلزامي" والتي تعني أن للأشخاص تحديد موافقتهم أو رفضهم للتبرع بأعضائهم عند تقدمهم للحصول على بعض الخدمات. وهذا الأمر يبدو أنه يحترم الحقوق الشخصية للإنسان، حيث يتمتع بحرية الموافقة أو الرفض. ومع ذلك، فإن الاختيار الإلزامي يتعارض مع فكرة الاستقلالية أو الذاتية حيث إنه في نهاية الأمر الاختيار مطلوب ولو كان بالرفض؛ حيث يجب ألا يجبر الشخص على الدخول في اختيار، بل ويزيد الانتهاك لاستقلالية الإنسان وذاتيته، إذا كان مضطرًا للقبول من أجل الحصول على خدمة هي تعد ضرورية بالنسبة له[٢٧٠].

## الفرع الثالث

## اشتراط الموافقة

في أغلب الدولالتي تقبل بفكرة الحصول على الأعضاء من المتوفينيتم اشتراط الموافقة الصريحة قبل إزالة الأعضاء، ومن ثم، فإنه في تلك القوانين توجد إجراءات قانونية للتواصل مع الأقارب أو المرضى قبل وفاتهم لطلب الموافقة على إزالة الأعضاء. وفي هذه الحالة يكون توفير الحصول على الرعاية الطبية للمريض المحتضر منفصل عن طلب التبرع وذلك لتجنب الشك في تضارب المصالح بمعنى أخركي لايكون تقديم الخدمة معلق على الموافقة على التبرع بالأعضاء [٢٧١].

وفي هذا الشأن، فقد نصت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري على أن: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان أو علاجه من مرض خطير أو استكمال نقص حيوي في جسده، أو يُزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك بمراعاة ما يأتي:

---

(269) Section 25:" In Wales, in the absence of express consent, transplantation activities are lawful if carried out wit deemed consent unless one of the categories at points applies:

1- An adult who had lived in Wales for less than twelve months at the time of their death

2-An adult who had lived in Wales for twelve months or more, but were not ordinarily resident in Wales. Code of practice on the human transplantation (Wales) Act 2013.

(270)**C. M. Thomas**, op. cit., p. 55.

(271)**S. Streat**, Clinical review: Moral assumptions and the process of organ donation in the intensive care unit, Critical Care, Vol. 8 , 2004, p. 382.

١- أن يكون المنقول منه والمنقول إليه مصري الجنسية، ويُكتفى في إثبات هذه الجنسية ببطاقة الرقم القومي أو جواز السفر، وذلك إذا لم يوجد تنازع على الجنسية، فإذا ثار تنازع حول الجنسية فيجب إثباتها طبقا للقواعد المقررة في القانون لإثبات الجنسية المصرية.

٢- أن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته، على أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي مُوثق بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق حال حياة المنقول منه، أو واردة في ورقة رسمية تقطع بصدورها من الموصي، ويُقصد بتلك الورقة أي من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، على أن تُعتمد من اللجنة العُليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصي على كارت توصية صادر من اللجنة.

ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عُرفي صادر من الموصي قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان على الأقل من الأقارب أمام اللجنة العليا، وكان ممهورا بتوقيع الموصي أو بصمته.

٣- أن تتضمن الوصية البيانات الكافية عن العضو أو النسيج الموصي به، وبيانات الموصي الشخصية، وتُسجل رسميًا".

ويلاحظ من تلك المادة أن القانون المصري قد اشترط عدة شروط من أهمها أن الموافقة يجب أن تصدر من قبل الشخص المتوفى حصرًاوليس من أقاربه، وأن تكون تلك الموافقة في صورة وصية موثقة في الشهر العقاري، وإذا كانت تلك الوصية عرفية موقعّة منه، فيجب أن يتم عليها الإشهاد عليها من قبل اثنين من أقاربه. والشاهد هنا أنه حتى في حالة الوصية العرفية فإن الرضا على التبرع لا يصدر من الأقارب وإنما من الشخص الذي يريد التبرع بأعضائه بعد وفاته.

وهذا الموقف الذي تبناه المشرع المصري يختلف كثيراً عما أخذ به المشرع الغربي ولا سيما المشرع الإنجليزي، فالأخير يشترط أولاً وجود موافقة مسبقة على التبرع، وأن تصدر هذه الموافقة من أشخاص عينهم القانون، سواء كانت المواد البشرية التي سيتم استخلاصها متعلقة بتخزين واستخدام جسد شخص متوفى كله، أو إزالة وتخزين أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية مستمدة من جثث متوفين.

ولم يكتف المشرع بالنص على الموافقة كشرط للتصرف بالمواد البشرية، وإنما قام بتحديد الأشخاص المخولين إصدار الموافقة في الحالات التي لا يتمكن فيها صاحب المواد البشرية إصدار موافقته إما بسبب انعدام الأهلية القانونية أو نقصها أو بسبب الوفاة؛ حيث حددهم أولاً بمن أطلق عليه النائب الموصى له[٢٧٢].وهو الشخص الذي يتم تحديده قبل الوفاة من قبل الشخص الذي يريد التبرع، بحيث يكون لهذا النائب سلطة اتخاذ القرارات اللازمة بشأن الموافقة على الممارسات العلاجية أو البحثية على جسد المتبرع.

(272) Nominated representative.

وفي حالة عدم تحديد هذا النائب فقد منح القانون تلك السلطةلأشخاصكانت لهم علاقة مباشرة بالمتبرع وقت وفاته تؤهلهملإصدار الموافقة بعد وفاته. ووفقًا لنصوص القانون يتحدد هؤلاء الأشخاص في الزوج ثم الشريك الأخر ثم الأبوين ثم الأخ أو الأخت ثم الجد أو الجدة.كما منح القانون للشخص المخول له بالسلطة الأبويةعلى القاصر بسلطة اتخاذ القرار نيابة عنه وذلك في حالات محددة[٢٧٣].ولا يعتد بالموافقة بصفة عامة إلا إذا كانت مكتوبة وموثقة بوضوح في سجلات المريض أو في سجلات المؤسسة المستقبلة للأعضاء والأنسجة البشرية.

وتجدر الإشارة إلى أن الراجح في موقف الفقه الإسلامي هو رأى القائلينبجواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، إذا دعت الحاجة إلى ذلك، وهذا الرأي ذهب إليه مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر[٢٧٤]،ودار الإفتاء المصرية، ولجنة الفتوى بالأزهر الشريف[٢٧٥]وهيئة كبار العلماء بالسعودية[٢٧٦]. وإن كان هذا الجواز غير مطلق بل مقيد ببعض الضوابط وهي:

١- لا بد لجواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي من موافقة المتوفى على التبرع بعضو من أعضائه قبل وفاته عن طريق الوصية سواء بالتبرع بعضو من أعضائه، أو بأكثر من عضو، فإن لم يوص المتوفى بذلك فلا يجوز النقل إلا إذا أذن ورثته وأولياؤه بذلك.

٢- أن تكون الوصية الصادرة عن الميت، بغير مقابل مادي، لأن الوصية تبرع بحق مضاف لما بعد الصوت، فجوهر الوصية هو التبرع، فإذا أخذت الوصية صفة الصورية، بحيث تكون وصية في الظاهر، وهي في الحقيقة بيع، بأن يوصي الإنسان بعضو من أعضائه بعد وفاته، بمقابل مادي، ففي هذه الحالة لا يجوز هذا التصرف.

---

(273) Section 2: "Appropriate consent": children (1) This section makes provision for the interpretation of "appropriate consent" in section 1 in relation to an activity involving the body, or material from the body, of a person who is a child or has died a child ("the child concerned"). (2) Subject to subsection (3), where the child concerned is alive, "appropriate consent" means his consent. (3) Where— (a) the child concerned is alive, (b) neither a decision of his to consent to the activity, nor a decision of his not to consent to it, is in force, and (c) either he is not competent to deal with the issue of consent in relation to the activity or, though he is competent to deal with that issue, he fails to do so, "appropriate consent" means the consent of a person who has parental responsibility for him. Human Tissue Act 2004 and its amendments which get forced on Oct 2017.

(٢٧٤) قرار مجمع البحوث الإسلامية، الصادر بتاريخ ١٨ مارس ١٩٩٧ م الموافق ٩ من ذي الحجة ١٤١٧هـ.

(٢٧٥) فتوى دار الإفتاء المصرية رقم ٨٨ / ٥١٢ ص ٩٣ ، والفتوى رقم ٩٧ لسنة ١٩٦٦ ، والفتوى رقم ١٧٣/ ١٥٠ لسنة ١٩٧٢، ولجنة الفتوى بالأزهر، فتوى رقم ٤٩١

(٢٧٦) قرار مجلس هيئة كبار العلماء في بالسعودية في دورته العشرين المنعقدة بالطائف عام ١٤٠٢ ، الذي نص على:"جواز نقل عضو أو جزء من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وعلى غلب الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه".

٣- ألا يكون العضو المراد نقله من الميت إلى الحي، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، مثل الأعضاء الخاصة بالوراثة، والجينات والحيوانات المنوية، كالخصيتين أو المبيض[٢٧٧].

٤- التأكد على وجه اليقين من وفاة الشخص الموصي بأعضائه، بحيث تتوقف جميع أجهزة الميت، بما في ذلك القلب، والمخ، وسائر أعضاء البدن، ومن ثم فلا يثبت موت الإنسان، إلا بعد تحقق العلم اليقيني بالموت، وبالتالي فلا يحكم على أحد بالموت بالشك، أو غلبة الظن، بل لا بد من اليقين.

٥- أن تكون هناك ضرورة علاجية، أو حاجة تنزل منزلتها، تدعو إلى نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، فإذا لم نكن بصدد ضرورة، فلا يجوز.

٦- توافر الضمانات الطبية اللازمة لنقل العضو من الميت إلى الحي، وأيضاً الضوابط القانونية، حفاظاً على المنقول منه، والمنقول إليه، بل والأطباء الذين يقومون بعملية تشخيص الوفاة، وكذا الذين يقومون بعملية نقل العضو من الميت إلى الحي[٢٧٨].

ويلاحظ هنا أن موقف المشرع المصري جاء أكثر تشددًا من موقف الفقه الإسلامي الذي أجاز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بموافقة ورثته وأولياؤه إذا توفى الشخص دون أن يوصي بذلك، بينما القانون المصري قد قصر إصدار الموافقة على الشخص ذاته قبل وفاته دون ورثته، بحيث إذا مات دون إصدار وصية بالتبرع فلا يمكن أن يحل محله في الموافقة غيره من الورثة.

## المطلب الثاني

## الخلاف حول طبيعة الجسد الميت وطبيعة الحقوق الواردة عليه

ظهر توجه فقهي ساد لفترة من الزمن أن الجثة لا يمكن أن يرد عليها ملكية، فالجثة لا تعد سلعًا يمكن أن يتملكها أحد، ومن ثم فلا حقوق ملكية يمكن أن توجد[٢٧٩].ويدلل الفقه على ذلك بأنه ورد في القضاء الإنجليزي بعض الأحكام القضائية التي يمكن من خلالها استخلاص قاعدة عامة مفادها أن أجزاء جسم الإنسان لا يمكن أن تكون محلاً لحق الملكية[٢٨٠]. ومن ذلك، قضية R v Sharpe[٢٨١]،

---

(٢٧٧) **د. بلحاج العربي بن أحمد**، معصومية الجسد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي ,جامعة الكويت، السنة ٢٣، العدد الرابع،١٩٩٩، ص ٢٥٤.

(٢٧٨) **د. عبد الحليم محمد منصور علي**، مرجع سابق، ص ٣٦٧-٣٦٩.

(279)**P. Matthews**, Whose Body? people as property, Current Legal Problems, Volume 36, Issue 1, 1983, p.198.

(280)**W. Boulier**, Sperm, Spleens and other Valuables: The need to recognise property rights in human body parts, HOFSTRA university law rev. , Vol 23 , 1993, p. 693; Williams v Williams (1882) 20 Ch D 659, 662–663; J F Clerk, W H B Lindsell and A M Armitage Clerk and Lindsell

والتي فيها تم دفن والدة المدعى عليه في أرض غير ممهدة وبعيدة عن الأراضي المخصصة لدفن الموتى في المدينة، ثم عندما توفي والده، تم السماح للمدعى عليه بفتح قبر والدته لدفن والده هناك، لكنه بدلاً من ذلك، أخذ الجثتين لدفنها في مقبرة مخصصة. تم محاكمته عن ارتكابه جريمة فتح قبر وإزالة جثة عمدًا دون أن يتم اتهامه بالسرقة، لأنه: "لا يُعترف قانوننا بأي حق ملكية على الجثث".

ويذهب الفقه[٢٨٢] إلى أنه في غير الحالات التي يوجد فيها حق الأفراد بالاحتفاظ بالجثة تمهيدًا لدفنها بشكل صحيح، فإنه لا يوجد أي حقوق أخرى على الجثة. ومن ثم، إذا وجد حق على الجثة وإن كان هذا الحق محدودًا ولو كان مخصصًا لأغراض الدفن فقط، فمعنى ذلك أن هذا الجسد يمكن أن يرد عليه حقوق معينة[٢٨٣].

ويطور البعض فكرة الحق على الجسد البشري الميت بالقول بأن الجسم البشري أو جزء من الجسم البشري، يمكن بموجب القانون أن يصبح موضوعًا للملكية عندما يقوم شخص ببعض الأعمال على جسم بشري أو جزء من جسم بشري في حوزته القانونية بحيث يضيف بعض الصفات التي تميزه عن مجرد جثة تنتظر الدفن، فإنه يكتسب حق الاحتفاظ به، على الأقل ضد أي شخص لا يحق له تسليمها له لغرض الدفن وذلك بمناسبة قضية Doodeward v Spence [٢٨٤]حيث تدور وقائع تلك القضية تدور القضية حول ولادة "طفل ذو رأسين". تم إنجابه في نيوزيلندا، وقام الطبيب الذي قام بتوليد الأم بأخذ جسد الطفل – الذي توفى بمجرد ميلاده – معه بعيدًا، وقام بحفظه في زجاجة، وأبقاه عنده إلى أن توفى، حيث تم بعد ذلك بيع الأغراض الشخصية لذلك الطبيب في المزاد العلني وكان من تلك الأغراض الإناء الزجاجي المحفوظ فيه الطفل ذو الرأسين ثم بعد ذلك عندما قام المشتري بعرض ذلك الطفل للعامة للحصول على مكاسب مالية تم القبض عليه بحجة حيازته لجسد بشري ومصادرة الإناء الموجود به الجسد.

وقد رأت المحكمة العليا أنه لا يمكن أن يكون هناك حق للممتلكات في جثة إنسان، وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه الجثة موضوعًا للحيازة أو التصرف فلا يمكن أن يكون هناك حق للملكية في جزء من جسم بشري تم فصله عنه. فلا يمكن الاستمرار في امتلاك جسم بشري غير مدفون بعد الموت من قبل أي شخص إلا لغرض الدفن، فمثل هذه الحيازة غير القانونية تضر بالرفاهية العامة وما يرتبط بها من فكرة النظام العام والآداب العامة.

---

on Torts (17ed, Sweet and Maxwell, London,1995) 653, para 13—50

(281) R v Sharpe (1857) Dears & Bell 160, 163, 169 ER 959, 960. .

(282) R v Rothery [1976] RTR 550, 552—553; R v Welsh [1974] RTR 478, 479; R v Herbert [1961] JPLGR 12, 13.

(283) **P. Matthews**, op. cit., p.196.

(284)Doodeward v Spence (1908) 6 CLR 406, 414 (HCA) Griffith CJ, Barton, Higgins JJ.

وقد دوّن أحد قضاة هيئة المحكمة رأيه المخالف بقوله: "لم يعد من المنطقي أن ندعي في هذه الأيام أن امتلاك مومياء، أو هيكل عظمي، أو جمجمة، أو أجزاء أخرى من جسم بشري غير قانوني، وإلا كانت حيازة مجموعات من العينات أو الخلايا التشريحية التي استخلصتها جهات علميةتم تشكيلها والحفاظ عليها تعد مخالفة للقانون. ومن ثم لا يوجد قانون يحظر مجرد حيازة جسم بشري لأغراض غير الدفن المباشر، فالحيازة تكون قانونية إذا كان الجسم يمتلك سمات ذات طبيعة خاصة تجعل من حفظها أمرًا ذو قيمة علمية أو طبية.

ومن ثم فإنه في ظل بعض الظروف يمكن أن يكون هناك امتلاك شرعي مستمر لجسم بشري غير مدفون والقانون سيحمي تلك الملكية المشروعة. ودون النظر إلى طبيعة الحق هو ملكية أم حيازة أم أي حق أخر، فأي كان الاسم الذي يطلق عليه هذا الحق، فإنه يمكن أن يوجد حق يصبح موضوعًا للملكية على الجسم البشري، أو جزء من جسم الإنسان، وهو ما يمكن أن يتحقق من خلال الممارسة القانونية لعمل معين أو مهارة ترد على جسم بشري أو جزء من جسم الإنسان من قبل شخص يحوزه بصورة مشروعة بما يجعلها متمايزة عن مجرد جثة تنتظر الدفن. وفي هذه القضية، فإن الدلائل تشير إلى أن الجسد دخل، دون وجه حق، إلى حيازة الطبيب المعالج، وأنه أضاف له بعضًا من العمل والمهارة – ربما ليس كثيرًا – وهو ما منح هذا الجسد قيمة مالية فعلية. في ظل هذه الظروف، وفي ظل عدم وجود أي قانون ينظم تلك المسألة، فأعتقد أن لم يعد هناك حق للسلطات على ذلك الجسد الميت"[٢٨٥].

---

(285)"In my opinion there is no law forbidding the mere possession of a human body, whether born alive or dead, for purposes other than immediate burial. A fortiori such possession is not unlawful if the body possesses attributes of such a nature that its preservation may afford valuable or interesting information or instruction. If the requirements of public health or public decency are infringed, quite different considerations arise.

To apply these principles to the present case. Neither public health nor public decency is endangered by the mere preservation of a perhaps unique specimen of malformation. Public decency may, perhaps, be offended by the public exhibition of such an object. But the fact that an object may not be publicly exhibited affords no criterion for determining the lawfulness of the possession of that object. In my opinion it is not contra bonos mores to retain such a specimen unburied. If one medical or scientific student may lawfully possess it, he may transfer the possession to another. Nor can the right of possession be limited to students. The manner of use may be controlled, but the possession is not of itself unlawful.

If, then, there can, under some circumstances, be a continued rightful possession of a human body unburied, I think, as I have already said, that the law will protect that rightful possession by appropriate remedies. I do not know of any definition of property which is not wide enough to include such a right of permanent possession. By whatever name the right is called, I think it exists, and that, so far as it constitutes property, a human body, or a portion of a human body, is capable by law of becoming the subject of property. It is not necessary to give an exhaustive enumeration of the circumstances under which such a right may be acquired, but I entertain no doubt that, when a person has by the lawful exercise of work or skill so dealt with a human body or part of a human body in his lawful possession that it has acquired some attributes differentiating it from a mere corpse awaiting burial, he acquires a right to retain possession of it, at least as against any person not entitled to have it delivered to him for the purpose of burial, but

ويلاحظ أنه في الدعاوى القضائية الأحدث التي تعاملت فيها المحاكم مع أجزاء الجسم، استخدموا مصطلحات الملكية أثناء تناولهم لتلك الدعاوي، وهذا التطور أتى مغايرًا لما تم الاستقرار عليه في الماضي، إذ لم يكن الاهتمام بالجثث أمر ملحوظ نظرًا لأن العلوم الطبية لم تكن متطورة بما فيه الكفاية لإزالة الأعضاء من الأحياء أو الاستفادة من الأجساد الميتة، فلم تكن هناك أسباب طبية لحيازتها سوى للأغراض التعليمية، فكان الأمر يقتصر على التخلص منها(٢٨٦). ولكن مع التطور العلمي فقد تطور المجتمع بشكل ملحوظ وأصبح التعامل مع الأنسجة والأعضاء البشرية الآن ينطوي على الحد الأدنى من مخاطر الصحة والسلامة، ويمكن استخدامهما بعدة طرق لم يمكن تصورها مسبقًا، ومن ثم فالحلول الخاصة بعدم جواز الملكية في الماضي غير كافية لوقائع اليوم(٢٨٧).

ويذهب رأي في الفقه إلى أن مفهوم الملكية وإن كان له جانب سلبي يتمثل في الحق في استبعاد الآخرين، ومن ثم الحق في اتخاذ إجراءات ضد الغير والحصول على تعويض، فإن هذه الحقوق تنتهي بموت الشخص، ولكنها تنتقل إلى الأقارب في حدود الدفاع عن ذلك الحق للمتوفى(٢٨٨).

وعادة ما يكون لدى الأشخاص الأحياء مخاوف دائمة على أنسجتهم وأعضائهم ومصيرها بعدد وفاتهم والاستخدامات التي ستستخدم فيها هذه المواد البشرية. وفي ظل عدم وجود نص تشريعي محدد فلا يوجد سند قانوني يعطي للأقارب الحق في التبرع، ومن ثم لن يكون هناك سند للتبرع من قبل الأقارب في ظل غياب أي موافقة مسبقة من المتوفى. ومن ثم يذهب الفقه إلى أن إذا كان هذا الحق مقرر للشخص الحي فإنه غير مقرر للورثة من الأقارب، ومن ثم فإن حقوق الشخص الذي كان حيًا في السابق تفوق مصالح الأقارب. ومن ثم فمن دون سند تشريعي يجيز للأطباء الحصول على الأنسجة أو الأعضاء البشرية للأشخاص الذين فارقوا الحياة، فإن أي محاولة للحصول عليها سيثير النزاعات بين الأطباء والأقارب(٢٨٩).

---

subject, of course, to any positive law which forbids its retention under the particular circumstances.

In the present case the evidence showed that the body came, not unlawfully, into Dr. Donahoe's possession, that some - perhaps not much - work and skill had been bestowed by him upon it, and that it had acquired an actual pecuniary value. Under these circumstances, and in the absence of any positive law to the contrary, I think that an action will lie for an interference with the right of possession. I do not think that the Anatomy Act has any bearing on the case. I express no opinionon the question whether a still-born child falls within the authorities relating to human corpses". Judge Barton J, Doodeward v Spence (1908) 6 CLR 406, 414 (HCA), high court of Australia.

(286) **C. M. Thomas**, op. cit., p. 66.

(287) **D. Price,** From cosmos and Damian to Van Velzen: The human tissue Saga Continues, Med law rev., Vol. 11, Spring 2003, p. 25.

(288) **P. Matthews**, The man of property, Med L Rev, Vol. 3, 1995, p. 251.

(289)**C. M. Thomas**, op. cit., p. 67.

ومع التطور، ولإيجاد سند قانوني يخول للأفراد بوجود حق على الجسد فقد وضع القانون الإنجليزي نظاممموافقة للحصول على الموافقة على التبرع بالأعضاء من قبل أقارب المتوفى في حالة لم يصدر عن الميت موافقة قبل موته، حيث يجوز للشخص الذي يرغب في الحصول الأعضاء من شخص متوفى أن يطلب موافقة أحد الأقارب فلا يشترط للحصول على الأعضاء سوى موافقة أحد أفراد الأسرة وعدم وجود معارضة صريحة من الآخرين، ويلاحظ أن هذه الوسيلة لا تحترم بشكل كاف حقوق الاستقلال الذاتي للأشخاص الذين هم على قيد الحياة في السيطرة على ما يحدث لأجسادهم بعد الوفاة كما أنه من المرجح أن يؤدي إلى نزاعات عائلية.، فتلك الموافقة من الأقارب على جسد قريبهم المتوفى وكأنها تعطى لهم مصلحة تتفوق على مصلحة المتوفى ذاته، بحيث أن رأيهم يغلب على الآراء السابقة للمتوفى.

ومن ثم يمكن القول أنه بعد استقراء نصوص القانون الإنجليزي فإنه لا يعترفبصورة واضحة بحقوق ملكية على الأجساد الميتة، وبالتالي لا توجد حقوق ملكية على الجثة يمكن توريثها. غير إن أجزاء الجسم أو الجثث بعد فقدها لوصف الإنسان يمكن أن تتميز بوصفها "أشياء"؛ إذ إنها أصبحت منبتة الصلة عن الشخص الذي أخذت من جسده، وبالتالي فهي قد تكون قابلة لبعضمفاهيم الملكية تتمثل الحيازة والاستعمال والتصرف بدون عوض والمحدد في التبرع.

## المطلب الثالث

## إشكالية تحديد وقت الحصول على المواد البشرية من المتوفى

تثار إشكالية متى تنشأ حقوق ملكية مقيدةعلى جسد الشخص المتوفى لأغراض التبرع، بتلك الأعضاء بحيث تصبح أعضاؤه التي تبرع بها بمثابة أشياء يمكن أن يرد عليها حق ملكية، وتحديد وقت نشأة لك الحق، يتأسس بناءً على تحديد لحظة موت الإنسان.

وفي الماضي لم تكن هناك مشكلة في تحديد وقت الموت، ولكن في الوقت الحالي أثارت التقنيات الحديثة إشكالية في تحديد لحظة الموت، حيث يمكن الأن تحقيق إبقاء مصطنع لبعض مظاهر الحياة على الجسد البشري، كالحفاظ على الدورة الدموية والتنفس على الرغم من التوقف الواضح لوظائف المخ.

وقدتفاقمت الحيرة حول تعريف الوفاة حين ابتكر الإنسان أجهزة ووسائل جديدة لعلاج حالة الإغماء العميق؛حيث تطورت تلك الأجهزة والوسائل تطوراً مذهلاً بسرعة فائقة، فصار منها ما يمكن أن يقوم بعمل القلب فيضخ الدم إلي سائر الجسد، ومنها ما يقوم بعمل الرئتين فيدفع غاز الأوكسجين داخل الصدر بتركيز دقيق عند ضغط محسوب(٢٩٠).

---

(٢٩٠) **عبدالرحمنعبداللطيف النمر**، ضرورة تشخيص الوفاة، مجلةالوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، السنة السابعة والأربعون، العدد ٥٤٤، ديسمبر ٢٠١٠، ص ٥٢.

كما أن تطوير زراعة الأعضاء والحاجة إلى التبرع بالأنسجة البشرية الأعضاء ولا سيما من الأشخاص الذين فقدوا الحياة، يتطلب إعادة تعريف الموت؛ إذ تستلزم "قاعدة المتبرع المتوفى" إعلان موت متبرعي الأعضاء الحيوية قبل الحصول على تلك الأعضاء، لتجنب اتهامات القتل غير القانوني للمتبرع(٢٩١).

وقد بدأت الخلافات الفقهية الطبية في الظهور مع تطور تلك التقنيات الطبية، ففي عام ١٩٦٨، أصدرت اللجنة المخصصة لكلية الطب بجامعة هارفارد والمسئولة عن وضع تعريف لوفاة الدماغ(٢٩٢)، تقريرًا يعتبر أن الشخص قد مات إذا أثبت الأطباء أن الشخص تعرض لفقدان دائم لوظائف الدماغ، مع غياب لأي رد فعل من جذع المخ.

وفي عام ١٩٨١ أوصت لجنة لدراسة المشكلات الأخلاقية في الطب والبحوث الطبية الحيوية والسلوكية باعتماد الفقدان الدائم لجميع وظائف المخ كمعيار لتشخيص الوفاة، بالإضافة إلى المعايير التقليدية لأمراض القلب والرئة(٢٩٣).

وقد تم إخراج حالة توقف الجزء العلوي من الدماغ من الحالات التي يمكن اعتبارها متوفية على الرغم من أن المرضى قد فقدوا الوعي بشكل تام؛ حيث إن هؤلاء المرضى لا يزال لديهم القدرة على التنفس دون مساعدة(٢٩٤).

تطور الأمر بعد ذلك، حيث وافق الأطباء على الاعتداد بالموت بالنظر إلى العنصر الفسيولوجي الأساسي لموت الدماغ هو موت جذع الدماغ والذي يتم تشخيصه عن طريق فحص لعمل الأعصاب في تلك المنطقة(٢٩٥).

ويعرف موت جذع المخ بأنه: "تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف دائم لجميع وظائفه بما فيه وظائف جذع الدماغ (المخ). ويتبين هذا الموت بعد تشخيص طبي يكشف عن تلف قشرة الدماغ )المخ) وغياب منعكسات التنفس. ومن آثاره، الغيبوبة المستمرة، وفقد الإدراك والحس بشكل كلي، وفقد الحركة الإرادية، وتوقف التنفس، واسترخاء العضلات وشخوص البصر مع غياب سائر المنعكسات التي تستجيب لها العين"(٢٩٦).فموت الإنسان وفقاً لهذا المعيار يثبت بموت مخه الذي ينتج عن توقف الدورة

(291) **P. Singer**, Rethinking life and death, Oxford university press, Oxford, 1994, p. 35.

(292)**S. J. Youngner, R. M. Arnold and R. Shapiro,** op. cit., p. 175.

(293) **P. S. Helmberger**, Transplants: Unwrapping the second gift of life, Chronimed publishing, Minneapolis, 1992, p.159.

(294) **D. Rothman**, Strangers at the bedside: A history of how law and bioethics transformed medical decision making, Basic books, New York, 1991, p. 163.

(295) **P. S. Helmberger**, op. cit., p.160

(٢٩٦)**د. محمد سعيد رمضان البوطي**، بداية الحياة ونهايتها من الناحية الشرعية والطبية والقانونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ٣- ٥ مايو ١٩٩٨.

الدموية في شرايين المخ مباشرة والمسئولة عن توقف التحول الغذائي في المراكز العصبية، مما يؤدي إلى حصول تلف الجهاز العصبي كلية تلفاً لا رجعة فيه وغير قابل للإصلاح[٢٩٧].

ويلجأ الأطباء إلى استخدام جهاز رسم المخ الكهربائي للتأكد من موت خلايا المخ حيث يؤكد هذا الجهاز توقف هذه الخلايا عن طريق تسجيل إرسال أو استقبال أية ذبذبات كهربائية، فمتى توقف هذا الجهاز عن إعطاء أية إشارات وظهر بصورة تخطيط مستو خال من التعرجات خلال فترة معينة فإن ذلك يعني بالدليل القاطع موت خلايا المخ واستحالة عودتها للحياة مرة أخرى، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي[٢٩٨].

ولموت جذع المخ علامات من أهمها: الانعدام التام للوعي، وانعدام الانعكاسات الحدقية، انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس، انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسام المخ الكهربائي، واختفاء أثر أشعة الصبغة لشرايين المخ، واستمرار هذه العلامات لفترة كافية[٢٩٩].

وهناك اختلاف بين الفقهاء حول اعتبار الشخص قد مات بموت جذع المخ أم لا، حيث يسوق المؤيدون لموت المخ أو موت جذع المخ العديد من الحجج والأسانيد العلمية الطبية التي تؤيد نظريتهم، ومن ذلك:

١- يترتب على موت المخ أو موت جذع المخ فقدان وتوقف جميع الوظائف الرئيسية في الإنسان، وذلك أن المخ يتكون من القشرة الدماغية التي بها مراكز الذكاء والسيطرة على العضلات اللاإرادية، كما أن جذع المخ يحتوي على مراكز الإبصار والسمع والتنفس والقلب والنبض، ومراكز الأعصاب والمسارات النازلة والصاعدة فإذا مات الدماغ وتوقفت كل هذه الوظائف. فالمخ هو الذي يقوم بتنظيم دقات القلب، ولو توقف القلب لأي سبب من الأسباب عن الضخ فإن المخ يبقى حياً لمدة أربع دقائق، ومن ثم إذا أمكن إيصال الدم المؤكسد إلى الدماغ فإنه يبقى حيًا لمدة أطول، وإلا فإن المخ يموت بعد فترة قصيرة، حتى ولو عاد القلب للعمل بالأجهزة الحديثة وهذا يستلزم اعتبار الوفاة هنا وفاة كاملة.

٢- إن السبب الأول في الوفاة هو انقطاع الدم عن المخ، وليس هو القلب أو التنفس، وإلا فلماذا توقف القلب والتنفس الطبيعي حيث تحل محله الأجهزة الطبية في عمليات القلب المفتوح، رغم

---

(٢٩٧)**د. أحمد محمد العمر**،نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٩٨.

(٢٩٨)المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٢٩٩)**د. أحمد عبدالله محمد الكندري**،نقل وزراعة الأعضاء- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧، ص ١٩١.

أن الشخص الذي تجرى له هذه العملية يعتبر حياً بكل تأكيد، والدورة الدموية سارية إلى المخ بدون انقطاع.

كما توصل الأطباء إلى أن الإنسان يموت حين يموت مخه، وليس حين يتوقف قلبه عن الوجيب[٣٠٠]، ولا حين ينقطع النفس عن التردد بين حنايا الصدر.وقد ثبت بالتجربة العملية، ومن الخبرة الطبية، أنه متى مات المخ فلا أمل في عودة إلى الحياة، حتى وإن بقي القلب ينبض، وحتى إذا استمر النفس يتردد بين الضلوع، كما ثبت بالدليل القاطع أن القلب يمكن أن يستمر في النبض بـ ((آلية ذاتية (automaticity) ((بعد موت المخ، مدة تصل إلى نصف ساعة أو أقل أو أكثر قليلاً[٣٠١].

٣- الموت هو موت الجسم كوحدة وليس موت كل الجسم، وما يفعله الأطباء هنا ليس تدخلاً في حياة المريض أو موته وإنما يثبتون فقط أن المريض ميت دماغياً، والموت عملية تستغرق وقتاً من الزمن وليس حدثاً، ولا يستطيع الأطباء أن ينتظروا حتى تموت خلايا الجسم، وإنما يكفي أن يتيقنوا أن الشخص قد وصل إلى مرحلة اللاعودة، ومن هذا المنطلق يصبح مفهوم موت الدماغ مفهوماً ثابتاً وواضحًا.

٤- إن موت الدماغ يعتبر وفاة كاملة إذ ثبت بالاختبارات الطبية المتبعة وهي "الإغماء الكامل، وعدم الاستجابة إلى مؤثرات خارجية، وعدم التنفس لمدة ثلاث دقائق أو عشر دقائق تبعاً لاختلف المدارس الطبية العالمية في هذا الصدد، عدم وجود الأفعال المنعكسة من جذع المخ، وإزالة الأسباب المؤقتة لتوقف وظائف المخ فإذا استوفيت هذه الشروط، وتلك الاختبارات فلا شك أن الوفاة حينئذ تكون وفاة كاملة[٣٠٢].

وقد ظهرت اعتراضات على اعتبار موت جذع المخ هو سبب لإعلان وفاة الشخص، حيث إن إصابة الأشخاص بسكتة دماغية في جذع المخ أمكن من خلال الأجهزة الطبية استبدال وظيفة جذع الدماغ، وبالتالي يمكن إبقاء المرضى على قيد الحياة لفترات طويلة[٣٠٣]. كذلك تم الحفاظ على النساء الحوامل المتوفيات في الدماغ لشهور حتى يلدن أطفالاً أصحاء[٣٠٤]، كما ظهرت أدلة على الاستجابة البيئية لمرضى موت جذع المخ، مثل استجابة الدورة الدموية أثناء العمليات الجراحية حيث إن هؤلاء

---

(٣٠٠) يقصد بالوجيب: الخفقان.

(٣٠١) **عبدالرحمنعبداللطيف النمر**، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٣٠٢)**د. الهادي السعيد عرفة عبد النبي**، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

(303) **B Jennet and C Hessett**, Brain death in Britain as reflected in renal donors,British Medical Journal, 1981, p. 359.

(304) **F. Shann**, A personal comment: Whole brain death versus cortical death. Anaesthesia and Intensive Care, Vol. 23, 1995, p. 14.

المرضى قد أظهروا ارتفاعًا كبيرًا في ضغط الدم ومعدل ضربات القلب بمجرد البدء في اجتراء العملية الجراحية للحصول على الأعضاء البشرية من هؤلاء المرضى[٣٠٥].

ولهذا ذهب رأي[٣٠٦] إلى أنه إذا كان جذع الدماغ هو المنظم الأساسي للجسم، وأنه على عكس أعضاء الجسد الأخرى التي يمكن استبدالها، حيث لا يمكن استبدله، فإنه مع التطور الطبي المستمر في تقنيات التكنولوجيا الحيوية، فمن الممكن إصلاح الأنسجة العصبية من خلال الخلايا الجذعية الجنينية البشرية.

وفي قضية Auckland Area Health Board v Attorney-General[٣٠٧] اعترف القاضي Thomas بعدم دقة تعريفات الموت حيث ذكر أنه إذا كانت التكنولوجيا تتطور باستمرار فإنه بمرور الوقت سيكون هناك مزيد من المراجعة للحظة التي يمكن فيها اعتبار شخص ميتاً، فتلك مسألة لا تزال غير محسومة ويجب أن تظل كذلك. كما أنه في النهاية سيكون للممارسات والخبرة الطبية القول الفصل في تحديد لحظة الموت في ضوء قيم المجتمع السائدة ومتطلبات القانون، بحيث يكون لها تقرير ما إذا كان التدمير في الأنسجة العصبية التي لا بد من التنفس ونبض القلب وكذلك "الأنسجة" التي تشكل جذع الدماغ غير قابلة للشفاء[٣٠٨].

ومن ثم كان التوجه نحو ضرورة التخلي عن مسألة المتبرع الميت ودعم الحصول على الأعضاء من المرضى دون تعريفهم بالموتى، حيث إن تحديد موت جذع الدماغ لا يكون له سوى قيمة الإنذار لوجود مشكلة طبية فقط ولا يمكن اعتباره سببًا مؤكدًا للوفاة، وحينها لن يكون هناك أي تغيير في أهلية التبرع بالأعضاء، ولكنه سيكون هناك مزيدًا من التركيز على الحصول على الموافقة واتخاذ قرار التبرع ولكن بصورة تلائم مع مسألة التبرع من الأحياء[٣٠٩]. فإذا أُخبرت عائلة المريض الذي توقف جذع المخ عنده بأن هذا المريض لا يمكن استعادة وعيه، وأن الشفاء الجسدي أمرًا مستحيلًا، في هذه الحالة يكون لهم الخيار بين قبول التبرع من عدمه. وهو ما يجعل من الحصول على الأعضاء البشرية في هذه الحالة أكثر توافقًا مع الأخلاق العامة. فالوضع الحالي الذي فيه يتم اعتبار الذين "يموتون في الدماغ" أنهم

(305) **D A. Shewmon**, The brain and somatic integration: Insights into the standard biological rationale for equating - Brain Death with Death,J Med & Phil, Vol. 26, 2001, p. 457.

(306)**I. H. Kerridge, P. Saul, M. Lowe, J McPhee and D. Williams,** Death, Dying and Donation: Organ transplantation and the diagnosis of death, J med ethics, Vol. 28, 2002, p. 97.

(307) Auckland Area Health Board v Attorney-General [1993] 1 NZLR 235, 246 (HC).

(308) "Whether or not ever-advancing technology and the maturity of thought which be no more than the product of the passage of time will lead to a further revision of the moment when a person can be accounted dead is an open issue. That is as it should be. It will ultimately be for the medical profession, sensitive to the values of the community and alert to the requirements of the law, to decide whether the irrevocable destruction of nerve tissues which are imperative to breathing and heartbeat as are the “tissues” which constitute the brain stem, require the definition of death to be revised".

(309)**I. H. Kerridge, P. Saul, M. Lowe, J McPhee and D. Williams**, op. cit., p. 97 .

"موتى"، قد يكون غير مطابق للواقع وأنهم يتم قتلهم بإزالة أعضائهم. فإن البديل الوحيد لكل هذا ولكي تستمر برامج زراعة الأعضاء على المدى الطويل أن يتم قول الحقيقة أكثر من تداول معلومات غير مؤكدة وغير صحيحة(٣١٠).

ومن ثم ينتهي الفقه الإنجليزي إلى أنه يجب تبني معايير محددة لإعلان وفاة شخص ما، وهي:

١- حدوث توقف لا رجعة فيه عن جميع وظائف دماغ ذلك الشخص.
٢- أن يحدث توقف وظائف للدماغ مستمر لا رجعة فيه بسبب التوقف التلقائي الجهاز التنفسي والدورة الدموية.
٣- أن يصبح عمل الجهاز التنفسي أو سريان الدورة الدموية أمرًا مستحيلًا باستخدام الأجهزة الطبية، وأن يحكم الأطباء بتوقف وظائف الدماغ بشكل لا رجعة فيه بأي وسيلة معترف بها في المعايير العادية للممارسة الطبية الحالية(٣١١).

كما ينتهي الفقه الإسلامي إلى أنالعبرة في تحديد حقيقة الموت هي مفارقة الروح للجسد مفارقة تامة يرتب عليها توقف سائر أجهزته وأعضائه توقفاً تاماً، وهو ما يترتب عليه تعطل سائل أجهزة الجسم وأعضائه عن العمل تعطلاً كاملاً ، وذلك بتوقف أجهزة الجسم الثلاثة وهي:

- الجهاز الدوري بتوقف القلب والنبض توقفاً تاماً ونهائياً لا رجعة فيه.
- الجهاز التنفسي بتوقف التنفس توقفاً تاماً ونهائياً لا رجعة فيه.
- الجهاز العصبي بتوقف المخ وتلفه بالكامل.

ولا يعتبر الشخص ميتاً إذا توقف أحد هذه الأجهزة، وبقيت الأجهزة الأخرى تعمل ولو بالوسائل الصناعية كأجهزة الإنعاش الصناعي ونحوها(٣١٢).

---

(310) "If families are told that brain stem criteria define the point where consciousness is not recoverable and where physical recovery is impossible, but where organ donation is an option, although the patient is not yet dead, this may be more commensurable with common morality and may more honestly acknowledge the layers of moral difficulty in the present situation. Rather than defining those who are ‘‘brain dead’’ as ‘‘dead’’ it may be more honest to acknowledge that such individuals are not dead and that removing their organs is in fact killing them. Such an action is undeniably morally troubling; it may, however, be morally justifiable in precisely defined circumstances such as where recovery is impossible and personal identity is lost. It may also be less morally objectionable than the creation of a fiction (the redefinition of death) which is the only alternative. The long term viability of transplantation programmes is likely to be better served by telling the truth than trading in fictions…". **Ibid,** p. 97

(311) **D. Price,** Legal and ethical aspects of organ transplantation, Cambridge university press, 2000, p. 41.

(٣١٢)**د. الهادي السعيد عرفة عبد النبي**، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها.

## الخاتمة

تناولنا من خلال موضوع البحث الحق في ملكية الجسد البشري، وذلك من خلال فصلين، تم تناول الإطار العام لتملك الجسد البشري، وفيه تم دراسة التوجهات حول إمكانية تملك الجسد البشري، ومدى إمكانية نشأة حقوق ملكية وممارسة للأشخاص سلطات المالك على مواد بشرية والتوجهات القضائية والنظريات الفقهية التي قيلت في هذه الشأن. وفي الفصل الثاني تم دراسة نطاق حق الملكية على الجسد البشري حيث تم التعرض لتملك الجسد البشري الحي من حيث الأنسجة والخلايا والأعضاء ثم دراسة تملك الجسد البشري الميت. ومن خلال الدراسة يمكن استخلاص النتائج الآتية:

١- تطورت الاتجاهات القانونية من فقه وقضاء من الاستقرار على مبدأ عدم ملكية الجسد البشري إلى التخفيف من غلواء هذا المبدأ وقبول أن يكون هناك حقوق ملكية على جسد الإنسان أو أعضاؤه وسواء كان هذا الجسد حيًا أم ميتًا، ولكن هذه الملكية مشروطة بأن يقوم شخص بأداء عمل على أجزاء الجسد البشري فيغير من طبيعتها. ثم تطور الفقه إلى اعتبار أن الإنسان يملك جسده ومن ثم يكن له حق التصرف فيه، ومع النقد لتلك الفكرة والتخوف من تحول الإنسان إلى سلعة تم صياغة تلك الفكرة بصورة ترتبط أثر بمعنى الإنسانية وظهرت فكرة الاستقلال الذاتي والتي تعني القدرة على اتخاذ القرارات القابلة للتنفيذ قانونًا على جسم الإنسان، وانتهي الفقه والقضاء إلى إمكانية ممارسة سلطات المالك على الأعضاء والأنسجة الآدمية.

٢- اجتهد الفقه محاولين الربط بين حق الملكية والجسد البشري، حيث تنوعت النظريات والمبررات التي سعت نحو تبرير وجود حقوق ملكية على الجسد، حيث تنوعت النظريات بين الربط بين مادية الجسد وإمكانية الملكية، وبين اعتبار الملكية تشكل حزمة من الحقوق التي يمكن أن ينطبق بعضها على الجسد، وبين نظرية الحقوق الطبيعية التي تعتبر أن كل شخص له حق ملكية في جسده وأن

استقلاليته الشخصية هو أمر فطري من الطبيعة ولا يمكن فصلها عن الشخص ويدخل في ذلك الجسد، وبين نظرية العمل ونظرية المنفعة الاجتماعية.

٣- كان للقضاء الدور الأكبر في تقرير حقوق تملك على المواد البشرية سواء كانت أعضاء أم أنسجة أم خلايا، حيث صدرت العديد من الأحكام القضائية الفارقة في تلك المسألة، وكانت هذه الأحكام أغلبها يثار في الأساس بسبب نزاع بين أشخاص منحوا مواد بشرية من أجسادها وباحثين قاموا بأعمال على تلك المواد بما أدى إلى تحقيق منافع من ورائها.

٤- اعترف القضاء بحقوق ملكية للباحثين على المواد البشرية التي قاموا بأعمال بحثية وطبية عليها أدت إلى تمايز المنتج البحثي الذي تم تطويره من الأنسجة البشرية من الناحية الواقعية والقانونية عن النسيج الأصلي، وهو ما يجعلها ملكًا للباحث.

٥- إذا كانت التشريعات المعنية بتنظيم براءات الاختراع لا تتضمن نصًا يجعل البشر مشمولين ببراءة الاختراع، إلا أن المحاكم تميل إلى قبول أن حقوق ملكية ولكن في شكل براءات اختراع على الكائنات الحية أوالتي يتدخل الإنسان في المرحلة قبل تخليقها إذا كان تدخل الإنسان قد عدّل من صورتها الطبيعية بأن غيّر في الحمض النووي الخاص بها، وهو ما يسرى أيضًا على المواد المستخلصة من الجسد البشري التي يرد عليها بعض الأعمال أو المهارات التي من شأنها التغيير في هيئتها أو طبيعتها أو استخداماتها.

٦- حقوق الملكية على الجسد البشري يمكن أن ترد على صورتين رئيسيتين، وهما:حق الملكية على الجسد الميت أو الجسد الحي وهي تتقرر عندما يكون هناك حاجة أو منفعة من الحصول على المواد البشرية من أنسجة أو أعضاء أو عينات.

٧- وضع المشرع المصري في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ولائحته التنفيذية القواعد التي تنظيم وتقيد منح الأعضاء البشرية سواء من قبل شخص على قيد الحياة أم بعد مماته.

٨- تتقيد حدود التصرف في الأعضاء البشرية في القانون المصري في التبرع بالأعضاء بغرض زرعها في جسم شخص أخر فقط، دون إمكانية التبرع لأعمال بحثية.

٩- اهتم القانون الإنجليزي بتحديد المواد البشرية التي يسري عليها أحكامه حيثحددها بجميع المواد التي تتكون من أو تشتمل على خلايا أو أنسجة أو أعضاء بشرية مستمدة من الجسد البشري، ومن ثم فإن المواد البشرية التي تدخل في تنظيم قانون الأنسجة البشرية هي الأجساد البشرية والأعضاء والأنسجة الداخلية والجلد والعظام.

١٠- قصر القانون المصري استخدام الخلايا البشرية على حالة واحدة فقط ألا وهي حالة التبرع وقصرها على الأقارب مغفلاً أي استخدامات أخرى لتلك الخلايا، كما أنه قصر التنظيم على الخلايا الأم فقط، وهي تلك الخلايا الذي يبدأ تكون الإنسان منها وتوجد في أسفل الظهر. وهذا القصور التنظيمي قد يكون مرده أن المشرع أراد أن يحدد استخدام الخلايا المتبرع بها في حدود عمليات

زراعة الأعضاء فقط دون غير من الاستخدامات المتطورة كالأبحاث العلمية والتي لا تقل في أهميتها عن أهمية زراعة الأعضاء.

١١- لم يتول المشرع المصري إمكانية استخدام الأجنة البشرية لأي عمل طبي مكتفيًا فقط بتناول زراعة الأعضاء فقط دون أن يوجد أي نص تشريعي يتولى الحصول على الأنسجة من الأجنة للأغراض البحثية أو العلاجية. بينما في القانون الإنجليزي نجد أنه قد وضع تنظيمًا شاملا لاستخدامات الخلايا بصفة عامة وليس نوع معين من الخلايا، فنجد أن غرضه الأساسي هو وضع إطار تشريعي موحد لكافة المسائل المتعلقة باستخدام والتبرع بأي مواد بشرية سواء كان ذلك لأغراض علاجية أم بحثية،وما يشمله ذلك بالضرورة من أخذ وتخزين واستخدام وإزالة واستيراد وتصدير والتخلص من الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية.

١٢- لم يعالج القانون المصري مسألة الحصول على الأعضاء أو الأنسجة من جثث الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام، حيث لم يتطرق إلى هذه الحالة في نصوص تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ولا في نصوص أي قانون آخر، إذ عامل المحكوم بالإعدام معاملة أي شخص عادي يريد التبرع بأعضائه حيث يملك هذا الأخير مطلق الحق في التبرع بأعضاء جسده أو الإيصاء بالتبرع بها.

١٣- اختلف موقف المشرع المصري في تنظيمه للموافقة للحصول على المواد البشرية عما تبناه المشرع الإنجليزي، فالمشرع المصري اشترط عدة شروط من أهمها أن الموافقة يجب أن تصدر من قبل الشخص المتوفى حصرًا وليس من أقاربه وأن تكون تلك الموافقة في صورة وصية موثقة في الشهر العقاري، وإذا كانت تلك الوصية عرفية موقعّة منه، فيجب أن يتم عليها الإشهاد عليها من قبل اثنين من أقاربه. أما في القانون الإنجليزي فأجاز أن تصدر الموافقة من أشخاص غير المانح ذاته؛إذ يشترط أولاً وجود موافقة مسبقة على التبرع، وأن تصدر هذه الموافقة من أشخاص عينهم القانون، سواء كانت المواد البشرية التي سيتم استخلاصها متعلقة بتخزين واستخدام جسد شخص متوفى كله، أو إزالة وتخزين أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية مستمدة من جثث متوفين.

١٤- أحسن كل من القانونية المصري والإنجليزي صنعًا بتبني نظام يضمن تحقق موافقة صحيحة للمتبرع ذاته أو من يمثله، فلا يعتد، في جميع الأحوال، بصحة الموافقة على التبرع بالأعضاء البشرية إلا اذا كانت صادرة ممن ينبغي أن تصدر عنهم بإرادة حرة وبعد إعلامهم بكافة المتعلقة بكافة الأمور المتعلقة بالتبرع.

١٥- إذا كان المشرع المصري قد أجاز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان أو علاجه من مرض خطير أو استكمال نقص حيوي في جسده، أو يُزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، فإنه لم يحدد متى يكون الشخص قد مات وما هي اللحظة التي ينشأ الحق في الحصول على الأعضاء من ذلك الجسد الذي فارق الحياة.

ثانيًا: التوصيات:

ومن ختام ما تقدم يمكن استخلاص التوصيات الآتية:

١- ضرورة النص على موقف ثابت للمشرع المصري حول اللحظة التي يعتبر فيها الشخص قد فارق الحياة ومن ثم يمكن الحصول على أعضائه بعد استيفاء الاشتراطات القانونية.

٢- أن ينص المشرع على استخدام كافة الخلايا البشرية وألا يقصرها على الخلايا الأم.

٣- أن يواكب المشرع التطورات في مجال التكنولوجيا الحيوية ويجيز استخدام تلك الأعضاء والأنسجة البشرية لغرضين أساسيين،هما أولاً: الأغراض البحثية التي لها صلة بالاضطرابات الجسدية والعقلية أو تلك المتعلقة بوظائف جسد الإنسان. وثانيًا: أغراض التدريب والبحث والتعليم.

٤- أن يوسع المشرع من استخدام الخلايا البشرية وألا يقصر استخدامها على حالة التبرع للأقارب بل يسمح باستخدامها لغير الأقارب بذات الضوابط التي يجب مراعاتها للتبرع بالأعضاء البشرية لغير الأقارب.

## قائمة المراجع

**أولاً: مراجع باللغة العربية:**

**(١)مؤلفات في الفقه الإسلامي:**

**أ- مؤلفات المذاهب الفقهية:**


- **أبي بكر مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني،** بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- **أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي،** المبسوط، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩.
- **أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (الحطاب)،** مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٧٨.
- 
- **جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،** الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، القاهرة، ١٩٩٠.
- **شمس الدين أبى عبدالله محمد أبى بكر (ابن القيم الجوزية)،** زاد المعاد فى هدى خير العباد محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- **علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى،**بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- **محمد أمين بن عابدين،** حاشية رد المحتار على الدر المختار- شرح تنوير الأبصار، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى، القاهرة، ١٩٦٦.
- **محمد بن على بن محمد الشوكانى،**نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخيار، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.

**ب- المؤلفات الفقهية الحديثة:**


- **حمد العبدالرحمن الجنيدل**، نظرية التملك في الإسلام، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٣.
- **د. بلحاج العربي بن أحمد**، معصومية الجسد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي ,جامعة الكويت، السنة ٢٣، العدد الرابع،١٩٩٩.
- **د. سيدة فاطمة طبطبائي**، بيع الأعضاء البشرية لزرعها للمحتاجين إليها من منظور علماء الإسلام، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، القاهرة، المجلد الثالث، العدد ٢٣، ٢٠١٤.
- **عبدالرحمنعبداللطيف النمر**، ضرورة تشخيص الوفاة، مجلةالوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، السنة السابعة والأربعون، العدد ٥٤٤، ديسمبر ٢٠١٠.
- **د. عبدالودود مصطفى مرسي السعودي**، استئصال الأعضاء و زرعها في ضوء الطب الحديث و الفقه الإسلامي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية،كلية دار العلوم – مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، المجلد الرابع، العدد الثامن،٢٠٠٩.
- **د. محمد سعيد رمضان البوطي**، بداية الحياة ونهايتها من الناحية الشرعية والطبية والقانونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ٣- ٥ مايو ١٩٩٨
- **د. محمد عبدالجواد حجازيالنتشه**، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية– دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، ١٩٩٦.
- **د.محمد عبد الشافي إسماعيل**، بنوك اللبن الآدمي في الإسلام – دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.


**(٢)مؤلفات قانونية:**

**أ- الكتب المتخصصة:**


- **د. أحمد شوقي أبو خطوة**، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

- **د. أسامة السيد عبدالسميع**، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠.
- **د. حسني عودة زعال**، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- **د. خالد فهمي مصطفى**، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية – دراسة مقارنة،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام ٢٠١٢.
- **د. سميرة عايد ديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤.
- **د. عصام أحمد محمد**، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.

**ب- رسائل الدكتوراه:**

- **د. أحمد عبدالله محمد الكندري**،نقل وزراعة الأعضاء- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧.
- **د. أحمد محمد العمر**،نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٩٨.

**ج- الدوريات:**

- **د. الهادي السعيد عرفة عبد النبي**، المعيار الحديث للموت: موت المخ بين القبول والرفض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني والخمسون، ٢٠١٢.
- **د. صباح كريم رياح الفتلاوي**، لمحات من مشكلة الرق في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية حتى العام ١٨٦٣، مجلة آداب البصرة، كلية الآداب – جامعة البصرة، العدد ٧٨، ٢٠١٦.
- **د. محمد نعيم ياسين**، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ١٩٨٧.
- **د. مهند ناصر الزعبي، د. رولا نائل سلامة**،طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات

نقل وزرع الأعضاء البشرية: دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، المجلد الواحد والأربعون، العدد الثاني، ٢٠١٤.

**ثانيًا: مراجع باللغة الإنجليزية:**


- **A. George,** Property in the Human body & Its Parts reflections on self-determination in liberal society, Florence, Department of law, EUI working paper law No. 2001/8.
- **A. Grubb**, I, Me, Mine: Bodies parts and property, Medical law International, Vol. 3, 1998.
- **A. Hyde**, Bodies of Law, Princeton university press,
- 1997.
- **A. Mossoff,** What is property? Putting the pieces back together, Arizona law review, Vol. 4, 2003.
- **A. Owen,** Death row inmates or organ donors: China's source of body organs for medical transplantation, Ind. Int'l & Comp. L. Rev., Vol. 5, Issue 2, 1995.
- **A. Ryan,** Property, University of Minnesota press, Minneapolis, 1987.
- **A. Wald,** What's rightfully ours: Toward a property theory of rape, Columbia journal of law and social problems, Vol. 30, 1997.
- **A. Watson,** Slave law in the Americas, University of Georgia press, 1989.
- **B. Boukhart**, What is Property, Harvard journal of law and public policy, Vol. 13, 1990.
- **B. Jennet and C. Hessett**, Brain death in Britain as reflected in renal donors, British Medical Journal, 1981.
- **C. Erin and J. Harris**, Presumed consent or contracting Out, J med ethics, Vol. 25, 1999.
- **C. Williams**, Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent, Case W Res J Int'l L 315, Vol. 26, 1994.

- **D. A. Shewmon**, The brain and somatic integration: Insights into the standard biological rationale for equating - Brain Death with Death, J Med & Phil, Vol. 26, 2001.
- **D. Deryck and B. Roger,** Patenting Human Genes: Legality, Morality, and Human Rights, Kluwer, London Harris, 1998.
- **D. Gardiner**, An unethical marriage-the human tissue act and the UK NHS organ donor register, The Journal of the Intensive Care Society, vol. 8, 2007.
- **D. Gitter**, Ownership of human tissue: a proposal for federal recognition of human research participants' property rights in their biological material, Wash Lee law review, Vol 61, 2004.
- **D. Lamb,** Organ Transplants and Ethics, Routledge, London, 1990.
- **D. Price**, Legal framework governing deceased organ donation in the UK, British Journal of Anaesthesia, Volume 108, January 2012.
- **D. Price,** From cosmos and Damian to Van Velzen: The human tissue Saga Continues, Med law rev., Vol. 11, Spring 2003.
- **D. Price,** Legal and ethical aspects of organ transplantation, Cambridge university press, 2000, p. 41.
- **D. Rothman**, Strangers at the bedside: A history of how law and bioethics transformed medical decision making, Basic books, New York, 1991.
- **D. Wagner**, Property rights in the human body: The commercialization of organ transplantation and biotechnology, Duquesne law review, USA, Vol. 33, 1994-1995.
- **E. Baker**, Property and its relation to constitutionally protected liberty, University of Pennsylvania law review, Vol. 134, 1986.
- **E. B. Seeney,** Moore 10 years later– still trying to fill the gap: Creating a personal property right in genetic material, New England L Rev., Vol. 32, 1998.
- **E. Emson**, It is immoral to require consent for organ donation, J med ethics, Vol. 29, 2003.
- **E. R. Gold**, Body parts: Property rights and the ownership of human biological materials, Georgetown university press, Washington DC, 1996.
- **E. Waltz**, The body snatchers, Nature Medicine, Vol. 12, 2006.
- **F. Paul**, Natural rights and property rights, Harvard journal of law and public policy, Vol. 13, 1990.

- **F. Paul, E. Miller, D. Fred, and P. Jeffrey**, Property rights, Cambridge university press, 1994.
- **F. Shann**, A personal comment: Whole brain death versus cortical death. Anaesthesia and Intensive Care, Vol. 23, 1995.
- **G. Wolfslast**, Legal aspects of organ transplantation, J Heart and Lung Trans, Vol. 11, 1992.
- **H. Catterall**, Judicial cases concerning American slavery and the Negro, Irish university press, Shannon, 1968.
- **H. J. Paton**, Groundwork of the metaphysics of morals, Hutchinson, London, 1953.
- **H. Kerridge, P. Saul, M. Lowe, J McPhee and D. Williams,** Death, Dying and Donation: Organ transplantation and the diagnosis of death, J med ethics, Vol. 28, 2002.
- **H. Kuhse and P. Singer**, A companion to bioethics, Blackwell publishers Ltd, Oxford, 1998.
- **J. A. Bovenberg**, Property rights in Blood - Genes and data, Martinus Nijhoff, Boston, Nijhoff Law Specials (Book 66), 2006.
- **J. A.Strahan,** A General View of the law of property, 2ed, Stevens and Sons Ltd, London, 1897. Book Available on https://archive.org/stream/cu31924021641935/cu31924021641935_djvu.txt, Visited on 23/5/2018.
- **J. Churchill**, Patenting humanity: The development of property rights in the human body and the subsequent evolution of patentability of living things, 8 Intellectual Property Journal, July 1994.
- **J. E. Penner,** The bundle of rights - Picture of property, UCLA law review, Vol. 43, 1996.
- **J. E. Penner**, The Idea of property in law, 2ed., Clarendon press, Oxford, 1997.
- **J. Feinberg**, The mistreatment of dead bodies, The Hastings center report, Vol. 15, No. 1, Feb. 1985
- **J. J. Thomson**, The realm of rights, Cambridge university press, 1990.
- **J. Locke**, The second treatise of Government, Thomas P Peardon (ed.), The liberal arts press Inc, New York, 1952.
- **J. Locke,** An essay concerning human understanding, Book II, Oxford university press, London, 1964.
- **J. Richard,** Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition, Political Studies, Vol.39, 1991.

- **J. W. Harris**, Property and justice, Clarendon press, Oxford, 1996.
- **J. W. Harris,** Who owns my body?, Oxford journal of legal studies, Vol. 16, Issue 1, 1996.
- **J. Waldron**, The right to private property, Clarendon press, Oxford, 1988.
- **J. W. Harris**, The value of life: An introduction to medical ethics, Butler & Tanner Ltd, London, 1985.
- **K. Gervais**, Redefining Death, Yale university press, New Haven, 1986.
- **K. Piccolo,** In the wake of Catalona: an alternative model to safeguard research participants' interests in their biological materials, The university of Pittsburgh law review, Vol. 69, 2008.
- **L. Andrews**, Who owns your body? A patient's perspective on Washington University v. Catalona, The Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 34, 2006.
- **L. C. Becker**, Property rights: Philosophical foundations, Routledge, London, 1977.
- **L. Forsyth and M. Woof,** The implications of the human tissue act 2004 for dentistry, British Dental Journal, vol. 201, no.12, DEC 23 2006.
- **L.Griggs,** The ownership of excised body parts: Does an individual have the right to sell?" Journal of law and Medicine, Vol. 1, 1994.
- **M. Honoré**, Ownership in Guest, Oxford essays in jurisprudence , Oxford university press, 1961.
- **M. J. Radin**, Property and personhood, Stanford Law Review, Vol. 34, 1982.
- **M. Otlowski, D. Nicol and M. Stranger,** Biobanks Information Paper, J Law, Info & Science, Vol. 29, 2009 – 2010.
- **M. Pawlowski,** Property in body parts and products of the human body, Liverpool Law Rev,30, 2009.
- **M. Quigley,** Self-Ownership, property rights, and the human Body: A legal and Philosophical Analysis, Cambridge bioethics and law book 4, Cambridge university press, 1st Edition, 2018.
- **M. Stauch and K. Wheat,** Text, cases and materials on medical law and ethics, 6th ed., Routledge, 2018.
- **M. Thomas**, A Framework for the collection, retention and use of human body parts, A thesis of doctor in philosophy in law, Victoria university of Wellington, New Zealand, 2006.

- **N. Hoppe**, Bioequity – Property and the Human Body, Routledge, 2016.
- **O. L. Reed**, What is Property? Am Business Law Review, Vol, 2004.
- **P. Amechi,** Regulating developments in embryonic stem cell research in Africa: a third person's perspective, Journal of Law and Medicine, Feb. 2008, Vol. 15.
- **P. E. Jackson,** The law of cadavers and of burial places, Prentice-Hall; 2nd edition, 1950.
- **P. Matthews**, Whose Body? people as property, Current Legal Problems, Volume 36, Issue 1, 1983.
- **P. Matthews**, The man of property, Med L Rev, Vol. 3, 1995.
- **P. Singer**, Rethinking life and death, Oxford university press, Oxford, 1994.
- **P. S. Helmberger**, Transplants: Unwrapping the second gift of life, Chronimed publishing, Minneapolis, 1992.
- **R. Hardcastle**, Law and the human body: Property rights, ownership and control, Oxford: Hart publishing, 2007.
- **R. Lee and D. Morgan,** Death rites law and ethics at the end of life, Routledge, New York, 1996.
- **R. M Neri,** New organ donations, The Digest - the National Italian American Bar Association Law Journal, Vol. 10, 2002.
- **R. Nozick.** Anarchy state and Utopia, Basil Blackwell oxford, 1974.
- **R. N. Nwabueze,** Biotechnology and the challenge of property: property rights in dead bodies, body parts, and genetic information, Ashgate, 1 edition, 2018.
- **R. Scott,** The body as property, Viking press, New York, 1981.
- **S. J. Youngner, R. M. Arnold and R. Shapiro**, The definition of death: Contemporary controversies, The John Hopkins press, Baltimore, 1999.
- **S. Russell**, The body as property , London: Allen Lane, Penguin books, 1981.
- **S. R. Munzer,** Theory of property, Cambridge university press, 1990.
- **S. Streat**, Clinical review: Moral assumptions and the process of organ donation in the intensive care unit, Critical Care, Vol. 8 , 2004.
- **T. Hodgskin,** The Natural and artificial right of property contrasted, B. Steil, London,1832, p. 18. Book available at: https://oll.libertyfund.org/titles/hodgskin-the-natural-and-artificial-right-of-property-contrasted.Last visit on 25/8/2018.

- **T. Honoré**, Making law bind: Essays legal and philosophical, Oxford university press, 1987.
- **T. Murray, M. Melhman**, Encyclopedia of ethical, legal, and policy in biotechnology, John Wiley & Sons, New York, Vol. 2, 2000.
- **T. M. Wilkinson**, Ethics and the acquisition of organs, OUP Oxford, 2011.
- **V. Robertson**, Concentrated professional education to implement routine referral legislation increases organ donation (1998) 30 Transplant proc, Vol. 30, 1998.
- **W. Boulier**, Sperm, Spleens and other Valuables: The need to recognise property rights in human body parts, HOFSTRA university law rev. , Vol 23 , 1993.
- **W. J. James**, The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights, Oxford, University Press, New York 1992.
- **W. F. Hegel**, Philosophy of right, Oxford university press, Oxford, 1967.