مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع العراقي

أ.م. د. حسن سعيد عداي
قسم القانون - كلية التراث الجامعة

تمهيد :

لقد بذل الفقه القانوني منذ القدم جهودا كبيرة لاستظهار الأســـاس القانوني الذي تستند عليه إباحة النشاط الطبي لمن أجيز له ممارسته .

والواقع ظهر نوعان من الأسس القـــانونية لإباحة النشاط الطبي الاول تقليدي قديم والثاني حديث يعول عليه حاليا[١] .

أما الأساس القانوني التقليدي لإباحة النشاط الطبي فقد قام على حالة الضرورة التي تقيم فكرة إن أسباب إباحة النشاط الطبي هي من ضرورات علاج المرضى وهو سند منتقد لأنه يجيز ذلك حتى لغير ذوي المهن الطبية .

وهناك من يرى بان أساس الإباحة يكمن في انتفاء القصد الجنائي لدى من يمارس هذا النشاط كونه لا يبغي إيذاء المريض إنما علاجه ، وهذا سند ضعيف أيضا لأنه يخلط بين القصد الجنائي والباعث ولأنه يشمل حتى غير ذوي المهن الطبية به .

كذلك فان اساس اباحة النشاط يقوم على رضاء المريض بالعلاج وهو اساس ضعيف كسابقيه ، اذ لا يكفي الرضاء وحده للقول بعدم مسؤولية من يمارس النشاط الطبي كونه يفسح المجال لكل من يوافق له المريض بالعلاج ولو كان من غير اصحاب هذه المهنة .

اما الاساس القانوني الحديث لاباحة النشاط الطبي فقد قام على فكرة الترخيص القانوني بممارسة هذه المهنة (وهو ما اطلق عليه قانون العقوبات العراقي في المادة ٢/٤١) باستعمال الحق في ممارسة النشاط الطبي . أي ان اساس الاباحة يستند على القانون الذي يجيز بشروط يحددها ممارسة النشاط الطبي العام او المتخصص .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

كذلك من يرى بان هناك اساسا اخر لاباحة النشاط الطبي وهو اداء الواجب فالطبيب ومن في حكمه في حالات معينة يمارس مهامه الطبية بناء على الزام باداء الواجب الطبي وهو ما يفسر ويبيح له احيانا القيام ببعض الاعمال الطبية ولو دون رضاء المريض كما في حالات النشاط الطبي العاجل للاصابات الناجمة عن الحوادث .

ان ما يعنينا بصفة رئيسية في- موضوع البحث هو مشروعية نقل الاعضاء البشرية من جسم انسان سليم وزرعـها في جسم انســان اخر مريض يحتاجها للبقاء على قيد الحياة او ليعيش حياة انسانية افضل كما لو تم زراعة قرنية عين له .

لذا تستوجب منا الدراسة التوقف عند نقاط منهجية ونقاط عملية لا بد من مناقشتها وهي دراسة شروط مشروعية نقل الاعضاء البشرية في المجال القانوني التي نرى انها تنقسم الى نوعين من الشروط منها ما هو تنظيمي (موضوعي) ومنها ما هو شخصي (ذاتي) ومن ثم التطرق الى الاوصاف القانونية لحالات الاخلال بشروط مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية وموقف التشريعات العراقية في المباحث الاربعة التالية وكما يلي :

المبحث الاول

الشروط التنظيمية

يتوجب في من يمارس النشاط الطبي ان يكون مرخصا او مجازا او ماذونا بذلك قانونا ويلاحظ بان المختصين بالعلوم الجنائية قد انقسموا على انفسهم في تحديد معنى ونطاق هذا الشرط فمنهم من قال بانه الحصول على الشهادة العلمية الاكاديمية التي تمنحها جهة مختصة طبقا للقانون . فاذا حصل الشخص على هذه الشهادة جازت له ممارسة النشاط الطبي بحسب الاختصاص الذي تمنحه له ، عاما او مختصا[٢] .

وهناك اخرين ذهبوا الى ان الحصول على الشهادة العلمية غير كاف لممارسة الطب مالم تقترن بترخيص من جهة مختصة بممارسته ، فمن كان ممنوعا من ممارسة الطب لاي سبب قد يتعلق بكفاءته او نزاهته... الخ لا يكون ماذونا بممارسة الطب ولو كان حاصلا على الشهادة العلمية . وبالتالي قيل بان الشهادة العلمية هي شرط لمنح الترخيص وكلاهما متكاملان لا غنى لاحدهما عن الاخر .

ان خرق الترخيص في ممارسة النشاط الطبي يظهر في صورتين :

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

الصورة الاولى : حالة ممارسة النشاط الطبي من ادعياء المهنة الخارجين عليها وهي اخطر الحالات . وتطبق عليهم احكام انتحال الصفة وفقا المادة ٤٥٦ ق. ع.ع ما لم يشكل ذلك جريمة اشد عقوبة . فمنتحل صفة الطبيب اذا عالج شخصا فمات فانه يكون مرتكبا لجريمة قتل عمد وفق المادة (٤٠٥) عقوبات او جريمة ضرب مفضي الى موت وفق المادة (٤١٠) عقوبات حسب الظروف المحيطة بالحادثة .

اما الصورة الثانية : فهي حالة تجاوز حدود الترخيص في ممارسة النشاط الطبي كان يقوم طبيب متخصص بالامراض العقلية بعلاج مريض باحد امراض القلب . وهنا لا يكون الطبيب منتحلا صفة طبية لانه في الاصل حاصل على ترخيص عام بالعلاج الطبي ثم تخصص بعد ذلك وانما يكون قد تجاوز القواعد التنظيمية الخاصة بالاختصاصات الطبية ويكون مسؤولا وفقا لقانون مهنته ووفقا لقانون العقوبات عن النتائج المترتبة على مخالفته لقواعد ممارسة المهنة . كان يصاب المريض بامراض اخرى او امراض اكثر خطورة الى
غير ذلك من الاحتمالات.

المبحث الثاني
الشروط الشخصية

لإباحة ممارسة النشاط الطبي العام والجراحي بوجه خاص يجب توافر نوعين من الشروط ، النوع الاول يتصل بالمريض والنوع الثاني يتصل بالطبيب المعالج وكما يلي :

المطلب الاول : الشروط الشخصية المتصلة بالمريض :

ويقصد بهذه الشروط ان الاصل هو وجوب ان يكون المريض راضيا بالعلاج الذي يطبقه الطبيب عليه لا سيما اذا كان هذا العلاج خطيرا او غير مالوف . فلا يجوز للطبيب ان يلزم المريض بعلاج معين رغما عنه .
فلكل انسان حقوقه على جسمه ولا يجوز المساس بها دون رضاه[٣] . هذا الرضا الذي يجب ان يكون صحيحا خاليا من العيوب أي ان يكون حراحقيقيا وصادرا من ذي اهلية فاذا كـان المريض صغيرا وجب استحصال رضا وليه .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

ان مجرد حضور المريض الى الطبيب يعد رضاءً ضمنيا منه بالعلاج الذي يختاره لـــــه الطبيب . الا ان الراي الراجح مازال يوكد وجوب استحصال الرضاء الصريح والتحريري في غالب الاحوال ولا سيما في العلاجات الخطرة .

ان القضاء والفقه الجنائي استثنى شرط الحصول على رضا المريض او وليه في الحالات التي تستوجب المداخلة الطبية العاجلة التي قد يودي التاخير فيها الى نتائج خطيرة تـــوذي المصاب كما في الحوادث . لا بل ذهب راي الى ان الطبيب اذا راى المصاب سيتعرض الى نتائج خطيرة كالوفاة او فقدان عضو من اعضاء جسمه اذا لـــــم يجر له التداخل الجراحي العاجل فانه يستطيع القيام بعمله الطبي حتى لو عارض المريض او وليه بسبب عدم تقديرهم النتائج[٤] .

ان شرط الرضا غير لازم في الحالات التي يمس فيها عدم العلاج الصـــالح العام كامتناع المصاب بمرض سار ومعد خطير من لخضوع للعلاج كالاصابة بالايدز او الانفلونزا الوبائية .

المطلب الثاني : الشروط الشخصية المتصلة بالطبيب

هناك شرطان شخصيان يتعلقان بالطبيب يتعين توافرهما للقول باباحة ممارسة النشاط وهما ما يلي :

الفرع الاول : قصد العلاج :

ان مفهوم هذا الشرط هو بوجوب ان تتجه ارادة الطبيب في عملـــــــه الطبي الى شفاء المريض من مرضه دون الوصول الى هدف اخركالتجربة الطبية او الانتقام من المريض او اي هدف اخر .

ويرى معظم فقهاء القانون ان معالجة قصد العلاج معالجة جزئية للنشـــــاط الطبي تنقصها النظرة المتكاملة للاهداف الاجتماعـــية التي قصـــدها المشـرع من اباحـة النشاط الطبي .

إن علة القصور في صحة النظرة الى شرط قصد العلاج تتبلور في الفكـــرة السائدة عن النشاط الطبي كونه ينطوي على علاقة ثنائية تربط الطبيب بالمريض .اي ان اشخاص العمل الطبي (الطبيب والمريض) مؤكدين بان غرض الطبيب من العلاج يجب ان يتجه الى شفاء هذا المريض .فاذا توافر هذا الشرط بهذا الوصف كان الطبيب في عمله مشمولا بالاباحـــة ولان قصد العلاج يكون غير متوافر بالنسبة للشخص السليم

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

الذي ينقل منه العضـــو البشري ، فان الطبيب يكون غير مشمولا بالاباحة الطبية بالنسبة لهذا الشخص .

ان هذه النظرة قد نجحت في تفسير العلاج بالمفهوم التقليدي في مراحل سابقة قديمة من تطور الطب ، فانها امست في ظل التطورالكبير والسريع لعلوم الطب ، محكوما عليها بالقصـــــور في تفسير النشاطات الطبية الحديثة كافة ومنها موضوع نقل الاعضاء البشرية التي يكون فيها اشخاص النشاط الطبي ثلاثة او اكثر ، هم (الطبيب والمريض والمتبرع) .

ان قصد العلاج يجب الا ينظر اليه على انه علاقة تربط الطبيب بالمريض فقط وبشكل منعزل عن العلاقة التي تربط الطبيب بالمتبرع ، انما يجب ان ينظر الى قصد الطبيب من العلاج نظرة تشمل كل العمل الطبي بنقل العضو من الشخص السليم الى الشخص المريض . فالطبيب حين يمارس نشاطه الطبي بنقل العضو البشري من جسم انسان سليم الى اخر مريض لا يقصد سوى علاج علة مرضية ، ولا ينصرف قصده الا لتطمين حاجة اقتضتها العملية الطبية تحقيقا للصالح العام والتكافل الاجتماعي الذي هو هدف المشرع من اباحة النشاط الطبي .

ان المشرع يقوم احيانا بوضع قانون خاص يبيح على اساسه نوعا من نشاطات نقل الاعضاء مما يصبح لزوما القول بضرورة تطبيق قواعد الاباحة الطبية الثابتة بشانها . وما اعتراف المشرع بهذا النوع من الشاط الطبي ، الا تاكيدا على اهميته الاجتماعية واجازة ممارسته بشكل صريح تحقيقا للمصلحة الاجتماعية[٥] .

ولذلك وتحت ضغط التطور الكبير في جراحة نقل وزرع الاعضاء البشرية الذي فرض وجوده واهميته القانونية والواقعية في الحياة اليومية للنشاط الطبي فقد ادى ذلك الى وجوب الابقاء على قصد العلاج كشرط لاباحة جراحة زرع الأعضاء البشرية .

لقد نادى بعض الفقهاء بعدم لزوم اعتبار قصد العلاج من شروط الإباحة الطبية وذلك خلافا للرأي الفقهي التقليدي الذي يذهب الى عدم إباحة هذه النشاطات الطبية حتى لو تمت برضا من ينقل منه عضو السليم بحجة ان القاعدة القانونية الراسخة تؤكد على إن لا قيمة للرضا اذا كان ينطوي على مساس بسلامة الجسم بحيث توثر على تكوينه الطبيعي أو يودي إلى نقص في الجسم يقوم مقام العلة الدائمة[٦] .

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

ان كلا من الرأيين المذكورين ينطويان على قدر من المغالاة والتطرف ، فلا المفهوم التقليدي بقصد العلاج يسعف في مسايرة تطور علوم الطب الحديثة ، ولا عدم الاعتراف بشرط قصد العلاج يمكن قبوله على علاته بالنظر لخطورة النتائج التي تترتب على التسليم به . والرأي المقبول يتوسط هذين الرأيين وهو إعادة النظر في مفهوم شرط قصد العلاج بحيث لا يقتصر على العلاقة الثنائية بين الطبيب والمريض التي فرضها الرأي التقليدي ، إنما يجب ان يشمل هذا المفهوم لشرط قصد العلاج كامل العملية الطبية لا سيما في نقل الأعضاء البشرية ، لتتسع هذه العلاقة الى أكثر من شخص الطبيب والمريض لتشمل كذلك المتبرع بالعضو البشري كما يتبين لنا بان عمليات نقل وزرع الأعضاء تجد سندها الشرعي فيما يلي :

١. صدور ترخيص قانوني بإجراء هذه العمليات بموجب قوانين خاصة كما هي الحال بالنسبة لقانون مصارف العيون رقم (١٣) لسنة (١٩٧٠) ، وقانون زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥) لسنة (١٩٨٦) في العراق التي تقطع أي شك في مدى مشروعيتها وشمولها بالإباحة الطبية .

٢. القيام بعمليات جراحية لنقل أعضاء بشرية لم يصدر بإجرائها قانون ولكن مع ذلك تؤكد هذه الوقائع بان العمليات تجري بنجاح في عدد من دول العالم وإنها نالت اعتراف الأوساط الطبية كالنقابات والجمعيات والمراكز الطبية المعترف بها عالميا وداخليا ، إضافة إلى قبولها اجتماعيا كونها الوسيلة المناسبة لإنقاذ حياة المرضى الذين لا رجاء لهم بالشفاء إلا بإجرائها ، هذا فضلا عن وجوب إحاطتها بجميع الضمانات والشروط اللازمة لممارسة النشاط الطبي ، لا سيما منها الرضا الصريح والصحيح الخالي من كل عيب والصادر من شخص كامل الأهلية . ومنها كذلك وجوب أن تكون نتيجة العملية ذات فائدة أكيدة للمريض تفوق الأذى الذي يصاب به الشخص المتبرع فتحقق الفائدة الاجتماعية في إنقاذ شخص مشرف على الموت مقابل إصابة شخص المتبرع بنقص جسدي لا يشكل خطورة جدية على حياته[٧].

وهذا المفهوم ينصرف إلى حالات نقل وزرع العضو البشري في إطار متكامل للنشاط الجراحي الطبي، ولا يشمل موضوع استئصال وحفظ الأعضاء البشرية في مراكز طبية مختصة انتظارا لحاجة محتملة لمريض في المستقبل. ونرى بان القيام بهذا العمل الطبي

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

يحتاج بكل تأكيد إلى قانون خاص لأنه يخرج عن الإطار القانوني والطبي بشموله بالإباحة الطبية بغير نص خاص بناءا على مفهوم المصلحة الاجتماعية الذي تبرره.

الفرع الثاني - إتباع القواعد العلمية الثابتة:

وهو وجوب إتباع القواعد العلمية الثابتة إثناء ممارسة النشاط الطبي . ويبدو إن خروج الطبيب عن هذه القواعد يظهر بصورتين، فإما إن الخروج مقصودا أو غير مقصود. فإذا كان مقصودا نشأت مسؤولية الطبيب العمدية ، إما إذا لم يكن مقصودا إنما كان نتيجة خطا أو إهمال من جانب الطبيب نشأت ضده المسؤولية غير العمدية .

إن صورة ارتكاب الطبيب للأفعال المقصودة الخارجة عن القواعد العلمية الطبية أمر لا يثير كثيرا من النقاش، كطبيب الأسنان الذي يقلع سنا من فم المريض انتقاما لعدم دفعه الأجرة المتفق عليها . غير أن الصورة الثانية ، التي تتسم بالخروج غير العمدي على أصول المهنة المتمثلة بالخطأ أو الإهمال ، أثارت نقاشا فقهيا طويلا[٨].

إذا كان من المتفق عليه اليوم فقها وقضاءا ان الاطباء يسالون عن اخطائهم جنائيا ومدنيا ، الا ان هذا المبدا قد مر بمراحل عديدة . فقد نادى فريق من الفقهاء بانه ينبغي الا يسال الطبيب اية مسؤولية كانت لان اخضاعه لاي رقابة يقلل من شان شهادته العلمية ويضر بسمعة المهنة الطبية ويعطل مزاولتها وتقدمها . فالطبيب يجب ان يكون مسؤولا امام ضميره وامام الراي العام .

ان لهذا الراي اثره الواضح في تحديد نطاق المسؤولية الطبية ، الى عهد قريب كانت اضيق نطاقا من غيرها . حيث استقر راي الفقه وتطبيقات القضاء فترة من الزمن على تقسيم الخطا الطبي الى خطا فني وخطا مادي . والخطا المادي الذي يرتكبه الطبيب هو وحده الذي يمكن للقضاء النظر بشانه ، لان الخطا المادي لا علاقة له بفن المهنة ، انما يجيء خلافا للقواعد فلا يجوز مسالة الطبيب عنه اطلاقا ، الا اذا كان قد تم عن جهل فاضح ، وهو الخطا الجسيم[٩] .

والسبب في ذلك ان رجال الفن يجب ان تتسع لهم حرية العمل لكي يسهل عليهم مسايرة التطور العلمي السريع للطب والانتفاع منه ثم ان كثيرا من المسائل الفنية كانت ولا تزال موضع نقاش وخلاف اهل المهنة فيما بينهم ، فما يراه بعضهم صحيحا قد يراه الآخرون غير صحيح . إضافة إلى ذلك فان مناقشة الخطأ الفني لمهنة الطب تلزم القضاء ، التوغل في مناقشات طبية علمية يجدر به الا يخوض بها منعا له من الخطأ .

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

وقد تبنت هذا الرأي أحكام القضاء الفرنسي والمصري حقبة من الزمن ، في القول بان مسؤولية الطبيب ذات وجهين احدهما متعلق بصناعته ، وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة ، وثانيهما ليس متعلقا بذلك ولا شان له بالفن في ذاته ، فخطا الهنة لا يسلم به الا في حالات الجهل الفاضح ،والوجه الثاني لا يخضع لسلطان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي لانه خطا مادي يقع فيه الطبيب مخالفا بذلك القواعد المقررة طبيا فهو مسؤول عنه ، وهذا النوع من الخطا يقع تحت طائلة المسؤولية العامة شانه في ذلك شان أي شخص آخر(١٠).

إن الفقه الحديث لم يعد يقر مبدا التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ المادي أو التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، وذلك لصعوبة التمييز في هذا الصدد ، لعدم وجود معيار واضح يميز بين هذه الدرجات والأنواع من الخطأ . من جهة أخرى يؤكد هذا الفقه ان هذه التفرقة لا سند لها من القانون ، اذ ليس في قواعد القانون ما يؤيد هذه التفرقة أو يشير إليها(١١) .

وأمام النقد الفقهي الشديد الذي تعرضت له هذه التفرقة بين الخطأين المادي والفني بسبب التطور الهائل في المبادئ القانونية خصوصا في نظرية وحدة الخطأ كأساس للمسؤوليتين الجنائية والمدنية ، فقد اتجهت أحكام القضاء في مختلف الدول إلى نبذ هذه التفرقة ، فأكد القضاء المصري منذ سنة ١٩٣٦ على عدم التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الجسيم واليسير ، وان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ ، مهما كان نوعه ، سواء أكان خطا فني ام غير فني ، جسيما ام يسير ، ولهذا يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب الخطا يسيرا ، اذا كان لهذا الخطا اساس واضح ولا يتمتع الطبيب باي استثناء انما يتعين على القاضي التاكد من وجود الخطا ، وان يكون هذا الخطا ثابتا ثبوتا كافيا لديه وعليه يستعين براي الخبراء للتحقق من توافره . وهذا ما جرى عليه القضاء في فرنسا ، ايضا فقد قضى بمسؤولية الطبيب عن الاخطاء التي يرتكبها اثناء ممارسة مهنته ، وكذلك عن الضرر المتسبب عن اهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء ووصف الدواء واجراء الجراحات ، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية ان يرتكب الطبيب خطا جسيما ، اذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطا اليسير ، متى كان هذا الخطا واضحا ، وتاكيدا لهذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى مسؤولية الجراح عن النتائج الضارة (١٢).

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

اما القضاء العراقي فانه عند التصدي لتقرير مسؤولية الطبيب يفرق بين الخطا المادي والخطا الفني ، ويقرر المسؤولية على الخطا المادي دون الخطا الفني الا الجسيم الفاحش منه فقد قضت محكمة التمييز بان الخطا المادي هو الخطا الخارج عن مهنة الطبيب ، ولا يخضع للمناقشات والخلافات الفنية ويسال عنه الطبيب كغيره من الناس جنائيا ومدنيا ، اما الخطا المهني فهو خاضع في تقريره للجوانب الفنية والمهنية ، فلا يسال الطبيب عن خطاه اليسير فيه بل تنحصر مسؤوليته في الخطا الجسيم نظرا لكون الطب سريع التطور يتصارع فيه القديم بالحديث صراعا مستمرا [١٣].

من المعلوم انه مهما يكن امر العقوبة الانضباطية وشدتها فان بعضا من الممارسات الطبية الخاطئة يجب ان تكون محلا للتجريم ويتعين على الجهات ذات العلاقة احالتها الى المحكمة الجزائية المختصة ، الا ان الواقع العملي لا يسير بهذا الاتجاه دائما ، وذلك لسببين :

السبب الاول هو ان المدعين العامين ونوابهم رغم الصلاحية الممنوحة لهم بالحضور امام لجان الانضباط ومجلس الانضباط العام بموجب المادة ١٢/ اولا من قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ وصلاحيتهم في طلب احـالة أي واقعة الى المحاكم ، الا انهم غالـبا ما يكتفون بالعقوبة التي تفرضها لجان الانضـباط العام ، او يطلـبون تـشديدها احيانا في مـجال العقوبات الانضباطية .

اما السبب الثاني فيتعلق بالمادة (١٣٦ /ب) من قانون الاصول الجزائية العراقي ، حيث تعلق امكان احالة الطبيب الى المحكمة المختصة _ باعتباره موظفا _ على موافقة وزير الصحة التابع له الطبيب المقصر .

وهذا سبب اخريحول دون وصول وقائع المسؤولية الطبية الى القضاء ، هذا في الحالة التي يكون فيها الطبيب موظفا ، اما في الحالة التي يعمل فيها الطبيب لحسابه الخاص فانه يكون خاضعا انضباطيا الى لجان الانضباط التابعة لنقابة الاطباء ، التي بدورها تكتفي في اغلب الأحوال بتوجيه عقوبة انضباطية للطبيب دون احالة القضية المعروضة امامها الى المحكمة المختصة .

ان موقف الفقه والقضاء في معظم الدول يتجه إلى تقرير المسؤولية عن نتائج النشاط الطبي متى خرج الطبيب عن مقتضى بذل الجهد الصادق و اليقظ المتفق مع الأصول والمبادئ الطبية الثابتة ، وهي المبادئ التي يعرفها اهل المهنة ولا يتسامحون مع من

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

يجهلها او يهمل فيها من زملائهم ، فالأطباء هم الخبراء الذين تستعين المحكمة بهم للفصل في تحديد وجود خطا طبي يلزم مساءلة الطبيب عنه متى كان هذا الخطا في العلاج ظاهرا وثابتا لا يحتمل نقاشا علميا تختلف فيه الاراء ، ولو كان يسيرا ، فلا مسؤولية على الطبيب مثلا اذا اختار نظرية قال بها عالم ، وان لم يستقر الراي عليها بعد ما دام قد بذل فيها جهده العلمي الطبي الصادق الامين[١٤] .

المبحث الثالث

الإطار القانوني لمنهجية البحث

تتطلب دراسة الأوصاف القانونية لحالات نقل وزرع الأعضاء والإخلال بمشروعيتها وشروطها مناقشة الموقف التشريعي من نقل الأعضاء البشرية ثم الصور القانونية لها وموضوع نقل الأعضاء البشرية دون رضا أصحابها في المطالب التالية :

المطلب الأول - الموقف التشريعي :

نصت بعض التشريعات على شرط صدور رضا من المتبرع بالعضو البشري بما في ذلك جواز الايصاء بنقل هذه الأعضاء من الجسم بعد الموت أو إثناء الإصابة بما يسمى بموت الدماغ . لا بل إن قواعد السلوك المهني التي تضعها النقابات والجمعيات والمراكز الطبية تضع شروطا أخلاقية رفيعة المستوى لأجازة نقل الأعضاء البشرية من المتبرع إلى المريض ومنها وجود صلة قرابة وان يكون الدافع على التبرع إنسانيا بعيدا عن المنافع المادية .

وهناك تشريعات لبعض الدول أجازت نقل بعض الأعضاء البشرية كقرنية العين من المحكومين بالإعدام بعد تنفيذ الحكم بهم فعلا وكذا الأمر بالنسبة للمصابين بعاهة عقلية بعد وفاتهم

إن نقل الأعضاء البشرية من المحكوم عليهم بالإعدام أو من المصابين عقليا يجلب من المضار أكثر مما يجلبه من المنافع للبلاد التي تقره لأنه يقبل كثيرا من التأويل واتهامات عليها كونها لا تراعي في تشريعاتها قواعد حقوق الإنسان أو أنها تفعل ذلك بالمحكوم عليهم المعارضين لها سياسيا إلى غير ذلك . ولا شك في إن من أهم الأسباب التي تقود إلى توجيه اتهامات إلى الدولة التي تعتمد قانونا باستحصال الأعضاء البشرية من المحكوم عليهم بالإعدام وغيرها مما ذكر هو سماحها بموجب هذه القوانين بنقل الأعضاء

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

البشرية دون مراعاة إرادة أصحابها بذلك ، وهو أمر في واقع الحال يتعارض مع مبدأ وجوب إن يتم التبرع بناءا على إرادة مدركه و حرة تماما ، دون إن تتخذ الظروف الشخصية كالحكم بالإعدام أو الإصابة بالجنون سببا لاستئصال الأعضاء البشرية منهم ، فهذه لا تكون سببا لإهدار حقوقهم لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية .

المطلب الثاني - الصور القانونية :

إن من أكثر صور نقل الأعضاء البشرية شيوعا بيع العضو البشري او التبرع به ، ولأهمية عرض الأوضاع القانونية أنفة الذكر ولمعرفة الموقف القانوني منها نتولى مناقشتها في الفرعين التاليين :

الفرع الأول / بيع الأعضاء البشرية :

مع وجود آراء فقهية وتشريعية متفاوتة في جواز او عدم جواز بيع الأعضاء البشرية مثلما فعل المشرع المصري في القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ الذي اجاز للشخص ان يبيع من دمه حسب تسعيرة حددها هذا القانون ، إلا أن الاتجاه التشريعي والفقهي والقضائي الراجح والسائد لا يجيز ذلك لان جسم الإنسان وأعضائه تخرج عن التعامل[١٥] .

ألا أن قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ لم يتضمن نصا يعاقب من يقوم ببيع طفله أو حتى طفل غيره . لان المادة (١٣) من قانون العقوبات وان جعلت من الاتجار بالبشر جريمة داخلة ضمن الاختصاص الشامل تختص جميع الدول في مقاضاة الفاعل ومعاقبته عنها أينما ارتكب هذه الجريمة إلا إن أعمال هذا النص في النظام القانوني والقضائي معطل لعدم وجود نص في قانون العقوبات يعاقب على هذا الفعل . وهذا يعني بانه حتى لو ارتكبت هذه الافعال في العراق فان القضاء سيكون عاجزا عن معاقبة الفاعل تطبيقا لمبدا لا جريمة ولا عقوبة الا بنص . ولم تساهم تقارير الخبراء في مجال حقوق الانسان في الاقناع بتبني هذا الموقف رغم الانتقادات الشديدة التي وجهتها بعض اللجان المعنية لحقوق الانسان للتشريع العراقي بهذا الخصوص . وهذه حالة تلازم معظم التشريعات الجنائية العربية[١٦] .

اما حكم من يبيع عضوا من اعضاء جسم انسان له سيطرة فعلية عليه في صورة من الصور كان يكون من اولاده الصغار فان ذلك يعني بالضرورة احداث عاهة مستديمة

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

بالانسان يعاقب هذا الفعل وفقا لنص الفقرة (١) من المادة (٤١٢) عقوبات عراقي . يكون فيها الطبيب الجراح فاعلا اصليا للجريمة ويكون الشخص صاحب السيطرة على الانسان الماخوذ منه العضو شريكا بالجريمة وينال العقوبة نفسها طبقا لاحكام المواد ٤٧ و٤٨ و ٤٩ عقوبات حسب الاحوال والظروف علما بان الطبيب يكون مشمولا بظرف مشدد للعقوبة كونه يستغل صفته الطبية التي منحها اياه القانون بارتكاب هذه الجريمة ووجود نوع من الاستغلال لضعف ادراك المجني عليه وعجزه عن المقاومة وفقا للمادة (١٣٥) عقوبات عراقي .

اما حالة الشخص الذي يقوم ببيع عضو من اعضاء جسمه فانه فيما عدا الحالات التي تنص القوانين الخاصة الى ايراد عقوبة بشانها ، كالمادة الخامسة من قانون مصارف العيون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٠ التي تعاقب من يخالف احكام هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، و التي تعتبر عقوبات لافعال مخالفة لقواعد تنظيمية ، فان احكام قانون العقوبات تقف عاجزة عن معاقبته . اذا لم ينص هذا القانون على عقوبة من يشرع بالانتحار بل حرصت الفقرة (٣) من المادة (٤٠٨) منه بعدم العقاب على من يشرع بالانتحار كما ولم يضع هذا القانون نصا يعاقب الشخص اذا هو اذى نفسه . عدا قانون العقوبات العسكري العراقي رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧ فقد عاقب في المادة (٣٨) بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات من يحدث بنفسه او يسمح لغيره ان يحدث به عاهة مستديمة بتعطيل عضو من اعضاء جسمه لكي يجعل نفسه غير اهل للخدمة العسكرية[١٧]. وشدد العقوبة الى السجن المؤبد في الفقرة (٣) من المادة ذاتها اذا وقعت هذه الافعال حين مجابهة العدو.وهذا يعني بانه حتى في هذه الحالة فلا يصار الى معاقبة العسكري الا اذا توافر لديه قصد خاص وهو التهرب من اداء الخدمة العسكرية ، أي ان العسكري اذا اقدم على التبرع بعضو من اعضاء جسمه مدفوعا بعوامل انسانية محضة دون قصد التهرب من الخدمة العسكرية فان هذه الاحكام لا تطبق عليه كما في حالة اقدام العسكري على ذلك انقاذا لشخص عزيز عليه كولده او والده او شقيقه .

ان العسكري اذا اقدم على هذا الفعل جراء بيعه لعضو من اعضاء جسمه بحيث يجعله غير اهل للخدمة العسكرية فانه يخضع للعقوبة المنصوص عليها في الفقرة اولا من (٣٨) من قانون العقوبات العسكري الجديد . ومما تجدر الاشارة اليه هنا الى انه اذا لم يوجد نص في القانون يعاقب الشخص اذا باع عضوا من اعضاء جسمه ، فان ذلك لا

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

يمنع من مسالة الطبيب الجراح عن عمله بنقل العضو من جسم البائع غير المريض وفقا للمادة (١/٤١٢) عقوبات . اما افعاله الجراحية بالنسبة للمريض فتدخل ضمن الإباحة الطبية ولا عقاب عليها لان القصد منها علاجه بعكس الحال بالنسبة للشخص البائع السليم.

الفرع الثاني - التبرع بالأعضاء البشرية :

وهو هبة من شخص لعضو من اعضاء جسمه للمريض ويتم اما اثناء الحياة او يشترط المتبرع ان يتم ذلك بعد موته كما سنبين ذلك في الفقرتين التاليتين :

اولا - التبرع حال الحياة : ان جواز التبرع بالعضو البشري شرط ان تتوافر شروطه التنظيمية والشخصية وفي ان تتم وفق القواعد الثابتة من طبيب مختص وفي مستشفيات معترف بها بغية الاطمئنان الى احكام ضبطها والسيطرة عليها وان يقترن ذلك برضاء صحيح من المتبرع بان يكون كامل الاهلية مقدم على فعله بقناعة تامة دون أي نوع من أنواع الإكراه المادي او المعنوي او الخداع واي سبب من أسباب المساس بصحة هذا الرضا وانقاذا لمريض لا يرجى شفاؤه أو يتعرض للموت . او تحقيق مصلحة كبـيرة للمريض أعـظم من النقـص الجسدي الذي يصيب الشخص السليم في إطار مفهوم المصلحة الاجتماعية .

ويؤكد جانب من الفقه انه لا سبيل لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا إذا صدر قانون خاص يبيح ذلك كقانون مصارف العيون وقانون زرع الأعضاء البشرية ، وإلا كانت عملية نقل الأعضاء بدون جواز قانوني جرائم يعاقب عليها القانون لكي تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بقوانين خاصة بالنظر لأهمية وخطورة هذه المسالة وان جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لمبادئ القانون العامة إذا كانت هذه العمليات قد حازت درجة قبولها في العرف الطبي والاجتماعي معا بنحو لا يقبل الشك في أهميتها في إنقاذ حياة المريض ودون أن يتعرض المتبرع لأذى يفوق المصلحة المتوخاة من نقل العضو من جسمه على إن تتوافر فيها جميع الشروط التنظيمية والشخصية السالفة الذكر[١٨] .

إن القول بخلاف ذلك لا يجافي فقط الواقع العملي الذي جرت فيه فعلا هذه العمليات ونالت القبول الاجتماعي بعد القبول والاعتراف العلمي الطبي قبل أن تصدر قوانين

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

بإجازة القيام بها ، كما ويعرقل تطور الطب السريع الذي لا يتمكن القانون من ملاحقته ألا بعد زمن قد يطول ، وان ملاحقة الاطباء الرواد في هذا المجال جنائيا قد ياخذ على ايديهم خشية المساءلة والعقاب وهذا في غير صالح المجتمع وانقاذ حياة ملايين المرضى في العالم الذين ينتظرون باستمرار بارقة امل بعلاج جديد لامراض كثيرة ما زالت مستعصية .

ثانيا : التبرع الى ما بعد الموت : اما بالنسبة لتبرع الشخص باعضائه بعد الموت او ما يسمى بالايصاء بالاعضاء البشرية ، باعتبار ان الوصية تصرف قانوني مضاف الى ما بعد الموت . فهذا يتطلب اقرار القانون بذلك على وفق ما فعلت بعض الدول في تنظيم هوية خاصة بالمتطوعين يحملونها معهم وهي تفوض الجهات الصحية المختصة باستئصال الاعضاء البشرية منهم وان تبرعوا بها في حياتهم على ان تؤخذ منهم عند وفاتهم .

المطلب الثالث : استئصال الاعضاء البشرية دون رضا

ان صور نقل الاعضاء البشرية دون رضا اصحابها الصحيح تتم بطرق عديدة وهي ارغام الشخص بالاكراه المادي المتمثل بالقوة المسلطة على الشخص واستئصال اعضائه ، كخطفه وتخديره واجراء العملية ، او بالاكراه المعنوي المتمثل بتهديد الشخص على نحو تشل فيه ارادته عن المقاومة فيستسلم لاجراء العملية كالام التي تهدد بقتل طفلها اذا لم تقبل باستئصال احد اعضاء جسدها ، او بخداع الشخص بان يتم اقناعه بان احد اعضاء جسمه اصابه التلف ويتعين استئصاله فيمتثل ظنا منه بصحة ذلك ، او استغلال فقدان او ضعف ادراك شخص بسبب صغر سنه او ضعف قواه العقلية فيتم نقل احد اعضاء جسمه بناءا على ذلك .

ان جميع الحالات المشار اليها انفا واية حالة اخرى تنطوي تحت الوصف القانوني نفسه تشكل جناية احداث عاهة مستديمة بالشخص الذي تجرى له العملية تنطبق احكام الفقرة (١)من المادة (٤١٢) من قانون العقوبات العراقي وتكون فيها صفة الطبيب او استغلال ضعف ادراك المجني عليه ظرفا مشددا للعقوبة ويعاقب بموجبها الفاعل الاصلي والشريك وفقا لاحكام المساهمة الجنائية .

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

إن استئصال عضو من اعضاء جسم انسان فارق الحياة دون سبب مبيح كما هي الحال بالنسبة للطبيب المختص بالتشريح اذا سلمت له جثة المتوفى لهذا الغرض ، ودون ان يكون المتوفى نفسه قد اوصى اثناء حياته بالتبرع باي عضو من اعضاء جسمه . فيشكل هذا السلوك تمثيلا وانتهاكا لحرمة الجثة وفقا لاحكام المادة ٣٧٤ من قانون العقوبات العراقي .

المبحث الرابع
موقف التشريع العراقي

المساس بجسم الإنسان يعد فعلا محرما ومعاقبا عليه بموجب نصوص قانون العقوبات ، كما ان الجسم ليس محلا قابلا للتعامل به وفق القانون المدني ، ولتقرير مشروعية هذه العمليات ، فقد كان المشرع العراقي مواكبا للتقدم الطبي في العراق في بداية السبعينات حينما أجريت عمليات ترقيع القرنية بنجاح ، فصدر القانون الخاص بتنظيم هذه العمليات ، وبتطور لاحق نجحت عمليات زرع الكلى فشرع قانون عمليات زرع الكلى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨١ الذي الغي بصدور قانون عام ينظم جميع عمليات نقل وزرع الأعضاء[١٩]
لذا سنقسم هذا المبحث على وفق مختلف القوانين العراقية في مطالب أربع ، نخصص الأول منها لموقف قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ والثاني لموقف القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ . والثالث لقانون مصارف العيون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٠ . والرابع لقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ وكما يلي

المطلب الأول - موقف قانون العقوبات العراقي :

تعد الأفعال الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته من الجرائم المعاقب عليها قانونا فهي تشكل اعتداء على حرمة وكرامة الإنسان ، فيعاقب القانون على افعال الجرح والقطع واستئصال عضو من الجسم او بتر طرف من اطرافه اوتعطيل حواس الانسان او إحداث تشويه في جسمه . كما يقرر المشرع عقوبات على كل فعل من شانه ان يؤدي بحياة الانسان[٢٠] . وهذه الافعال هي نتائج لازمة او محتملة لعمليات نقل الاعضاء ، فالطبيب الجراح وبهدف استئصال عضو من جسم انسان حي لابد ان يرتكب فعلا من تلك الافعال كالجرح وقطع الانسجة واقتطاع جزء او عضو من الجسم ، وربما يؤدي ذلك الى نتائج غير متوقعة كموت المعطي ولا يتوقف الامر على معاقبة الافعال الماسة بجسم الانسان الحي ، انما لحرمة جثث الموتى او جزء منها حكم خاص في قانون العقوبات ، حيث

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

يعاقب على انتهاكها حتى اذا اقدم الفاعل على ذلك لغرض علمي او تعليمي او تشريحها او استخدامها لاي غرض[٢١] .

وهذا المساس بالجثة او اجزائها يعد ايضا من النتائج التي تترتب على اخذ الاعضاء لغرض الزرع .

ولا يجيز القانون الا العمليات الجراحية والعلاجية والعلاجات الطبية بشرط ان تتم وفقا للاصول الطبية المعروفة وبموافقة المريض او وليه ، ولا يشترط حصول الرضا في حالات الضرورة العاجلة وقد نصت على ذلك الفقرة (٢) من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي بقولها لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالا للحق .

عمليات الجراحة على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي ، او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة . وتعتبر هذه الرخصة استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ، فلا يعد الفعل جريمة اذا وقع قياما بواجب يفرضه القانون[٢٢] .

فالقانون اباح للطبيب المعالج ان يتصرف بجسم الانسان المريض سواء باحداث جرح او قطع او استئصال عضو من اعضائه او بتر احد اطرفه او احداث تشويه او عاهة مؤقتة او مستديمة لغاية علاجية بهدف المحافظة على حياته وسلامة بدنه . ولا يمكن باي حال من الاحوال قبول احداث شيء مما ذكر في جسم الانسان اذا كان سليما معافى وغير مريض ، والا وقع الطبيب تحت طائلة المسؤولية المدنية عما احدثه من ضرر كما يسال جنائيا لارتكابه فعلا محرما قانونا . ولهذا يعد قيام الطبيب الجراح باستئصال عضو من جسم انسان سليم لنقله وزرعه في جسم اخر عملا غير مشروع ولو كان برضاء المجني عليه ، ولغاية علاجية لشخص اخر هو المستفيد (المريض) .

ويشترط المشرع لذلك شروطا محددة وهي :

اولا : رضا المتنازل .

ثانيا : ان يتم الاستئصال لغاية علاجية ، وهي زرع العضو لدى الغير (المستفيد) .

ثالثا : وجود مصلحة راجحة ، وهي انقاذ حياة المريض .

رابعا :عدم وجود وسيلة طبية اخرى للمعالجة غير عملية زرع العضو ، أي ان عملية الاستئصال تكون ضرورية لاستعمال الحق ، فاذا كانت هناك وسيلة اخرى للعلاج ، فليس للطبيب الحــق في اجراء عملية الاستئصال ومن المعـــــلوم ان الاستئصـــال يضر

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

بالمـــتنازل ، ولهـــذا يعد استعمـــال الحق مضرا بالغير، وهذا الضررلا يمكن تبريره الا اذا كان لازما وملائم لاستعمال الحق . فشرط الملازمة يقصد به ان فعل الاستئصال يكون الوسيلة الضرورية لاستعمال الحق . بمعنى ان لا يكون في وسع الطبيـــب ان يستعمل حقه عن طريق فعل اخر. وتبرير هذا الشرط ان الاستئصال هو في الاصل غير مـشروع . وهو بصـفته هذه يمس مصـــلحة او حقا جديرا بالرعاية ، فلا محل لاغفال هذا المساس بجسم الانسان ، الا اذا لم يكن متصورا استعمال الحق بفعل اخر ليس من شانه هذا المساس ، اما في الحالة التي يمكن فيها استعمال الحق بفعل مشروع اصلا ، أي لا يترتب عليه مساس بمصلحة او حق على الاطلاق . فلا مبرر لاباحةالفعل الذي يحرمه القانون اصلا [٢٣].

اما الشروط الملائمة فيراد بها ان يكون استئصال العضو اقل ضررا وجسامة ، فاذا كان في وسع الطبيب الجراح ان يستخدم حقه باستخدام طرق طبية وجراحية متفاوتة في ضررها وجسامتها فانه يتعين عليه اختيار اقلها جسامة وضررا ، فان التجا الى غيرها لم يكن فعله مباحا .

ان التناسب بين المزايا التي يسعى الطبيب الى الحصول عليها بقيامه استئصال عضو من جسم المتنازل ، والاضرار التي يحتمل ان تترتب على ذلك . أي ان تكون هناك مصلحة علاجية مؤكدة تعود على الغير (المريض) من استبدال العضو التالف بالعضو الصالح ، وهذه المصلحة يشترط فيها ان تكون اكثر اهمية من الضرر المحتمل الذي يصيب جسم المتنازل . وقد اشارت الى ذلك الفقرة (ب) من المادة السابعة من القانون المدني العراقي بقولها ويصبح استعمال الحق غير جائز .. اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . وهذا النص اذ يقرر نظرية التعسف في استعمال الحق في احد صورها ، فان الحكم الذي يترتب عليه لا تقتصر قيمته على القانون المدني وانما تمتد الى كل موضوع يقرر فيه الشارع حقا [٢٤].

إن القانونين المتعلقين بترقيع القرنية ، وزرع الأعضاء البشرية يتضمنان حقا للأطباء باستئصال الأعضاء وزرعها ولولا تشريع هذين القانونين ، فان قيام الأطباء بأي فعل من الأفعال الماسة بجسم الإنسان كالجرح والقطع والبتر والاستئصال وإحداث عاهة مستديمة سوف يرتب المسؤولية الجنائية بحقهم . ولهذا يعد استعمال الحق المقرر للاطباء وفقا

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

للشروط الواردة في قوانين عمليات زرع الاعضاء سببا للاباحة الذي ينفي الركن المادي لجريمة الجرح العمد او احداث العاهة المستديمة عن فعل الطبيب فاذا تخلف احد هذه الشروط انتفى سبب الاباحة وظل الفعل خاضعا لنص التجريم ، اما رضا المتنازل فليس بحد ذاته سببا لاباحة استئصال العضو ، وانما هو شرط من الاباحة استعمالا للحق .

المطلب الثاني - موقف القانون المدني العراقي :

يتضح من خلال الاطلاع على القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نستنتج منع التعامل بجسم الانسان واعضائه لغرض الانتفاع بها ، ونبين ذلك كما يلي :

اولا : اوضحت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي بالاشياء التي يجوز التعامل بها ، فنصت الفقرة (١) منها على ان " كل شيءلا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية " وجسم الانسان ليس من الاشياء فهو يخرج عن التعامل بحكم القانون اي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية وفقا للفقرة (٢) من المادة ٦١ من القانون المدني العراقي .

والقانون قد الغى الرق ومنعه وبالتالي لا يصح ان يكون جسم الانسان محلا للتعامل ، واي اتفاق يكون محله الجسم يعتبر كقاعدة عامة باطلا .

ثانيا : ويشترط القانون في محل العقد ، ان يكون قابلا للتعامل فيه . ويعد المحل قابلا للتعامل متى كان مشروعا ، وعدم المشروعية يرجع اما لنص في القانون او لمخالفة هذا التعامل للنظام العام او للاداب . فقد نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على انه " يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ، ولا مخالفا للنظام العام او للاداب على ان النص الذي يمنع التعامل بجسم الانسان واعضائه انما يقوم في اساسه على اعتبارات ترجع هي الاخرى الى النظام العام .

ولهذا فالتعامل بالجسم يعد ايضا مخالفا للنظام العام والاداب ، وان قيام المشرع بالنص على منع التعامل صراحة او ضمنا لتعلق الامر بموضوع ذي اهمية وقد اثر المشرع النص عليه لتوضيحه وبيانه وتلافي الوقوع في الاشكالات او الغموض[٢٥] .

ثالثا : وما دامت الارادة حرة في انشاء الالتزامات ، فيلزم ان يكون لكل التزام سبب ، ويشترط في السبب ان يكون مشروعا ، والسبب غير المشروع هو ما كان ممنوعا قانونا

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

اومخالفا للنظام العام اوللاداب . وقد نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٢) من القانون المدني على انه "يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام اوللاداب " فيشترط اذن في السبب الى التعاقد ان يكون مشروعا ، والا كان العقد باطلا .

ان جسم الانسان لا يمكن ان يكون محلا للتعامل ، وبالتالي لا يكون موضوعا لعقد بيع او هبة لعدم مشروعية المحل ، فلو نظرنا الى السبب الوارد في المادة (١٣٢) على انه الغرض المباشر وفقا للنظرية التقليدية ، فيعد السبب هنا محلا لالتزام المتعاقد الاخر . لذا فان ما قلناه حول عدم مشروعية المحل يصح ان يقال في عدم مشروعية السبب ، اما اذا نظرنا الى السبب كونه الباعث او الدافع وهذا ما اخذ به مشروع القانون المدني العراقي ، فيجب ان يكون غرض الارادة من التعاقد غرضا لا يمنعه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الاداب .

إن استئصال العضو لغرض الزرع اصبح مباحا ، وسبب اباحته هو استعمال الحق المبرر للاطباء بموجب التشريعات المنظمة لهذه العمليات ، فلا يعد بعد ذلك التصرف بجسم الانسان لاغراض الزرع جريمة جنائية كما راينا ، وعليه اذا اصبح الفعل مباحا وفقا لقواعد قانون العقوبات فانه لا يرتب المسؤولية المدنية لمرتكبه . وبينا ان رضاالمتنازل عن عضو من اعضائه لا يكفي لوحده كسبب للاباحة وانما هو شرط من شروطها .

كما استقر الفقه على ان من يسبب ضررا للغير مخطئا ولو كان ذلك برضاء المتضرر ، فرضاء الشخص بالتصرف بجسمه باخذ عضو منه لا يعتد به لتعلق ذلك بالنظام العام .

ويختلف الامر بعد صدور القوانين الخاصة بزرع الاعضاء ، ومنها قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ ، فالمشرع العراقي اجاز في القانون المذكور التصرف في جسم الانسان من اجل مصلحة علاجية للغير ، ولهذا لا توجد مشكلة في القانون العراقي بشان التنازل عن عضو او جزء من الجسم ، فللطبيب الجراح استئصال العضو من جسم المتنازل لمصلحة المريض المستفيد بشرط موافقة المتنازل ،ولهذا يعد الرضا هنا مكملا لشروط الاباحة وليس منشا لها .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

إذن تنازل الانسان عن عضو من اعضائه لا يعد جريمة جنائية ، ولا يكون كذلك خطا يستوجب المسالة المدنية .فمتى امكن ازالة صفة عدم المشروعية عن التعدي ، ينقلب حينئذ الفعل غير المشروع الى فعل مشروع[٢٦] .

وبمعنى اخر ان التعدي لا يعتبر خطا في مفهوم القانون المدني متى توافر سبب الاباحة ، فالقانون قد سمح بالتعدي من اجل المصلحة العلاجية للمريض المستفيد ، وبالتالي ينتفي عنصر الخطا وهو عنصر اساسي في المسؤولية المدنية .

وقد حدد القانون المدني العراقي حالات انتفاء المسؤولية لانتفاء صفة الخطا في الفعل الضار وهي الدفاع الشرعي ، وحالة الضرورة ، وحالة تنفيذ امر صادر من رئيس تجب طاعته . وقد ورد ذكرها في المواد (٢١٢-٢١٥) من القانون المذكور ، ولا يوجد بين هذه الحالات اية عبارة دالة على استعمال الحق ، فاستعمال الحق هو احد اسباب الاباحة في قانون العقوبات . الا ان هذا لا يمنع من اللجوء الى الاحكام العامة في القانون المدني لتقرير ان استعمال الحق يؤدي الى انعدام الخطا . أي نفي المسؤولية عن مرتكب الفعل الضار الذي ارتكبه استعمالا لحق مقرر له . فالمشرع العراقي قد وضع نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق ، فنص في المادة السادسة من القانون المدني على ان "الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشا عن ذلك من ضرر " ، فهذا النص يقرر ان استعمال الحق في حدوده ودون تجاوز او تعسف لا يعتبر خطا ولو نتج عنه ضرر للغير ، وهذا الحكم من حيث الاباحة ورفع صفة الخطا عن الفعل الضار ينطبق على استعمال أي حق مقرر بمقتضى القانون[٢٧] .

ولكي ينتفي الخطا عن الفعل الضار استعمالا للحق المقرر قانونا بشرط ان لا يرتكب صاحب الحق في استعماله اياه أي اهمال في الاحتياطات والاجراءات اللازمة في استعمال الحق ، فليس للجراح اهمال الاحتياطات الفنية التي تتطلبها عملية الاستئصال ، او في اتخاذ الاجراءات اللازمة بعد الاستئصال ، فلا بد ان تتوافر كل الامكانات الفنية والطبية قبل وبعد اجراء العملية ، والا اصبح مخطئا على الرغم من انه يستعمل حقا مخولا به . وكذا الامر بالنسبة لما يقع منه من رعونة وعدم تبصر . ويشترط لنفي الخطا ايضا ان لا يبلغ استعمال الحق درجة الاساءة وقصد الاضرار و الافراط فيه ، فالتعسف في استعمال الحق هو خطا يوجب التعويض ، ويجب ان لا ينحرف صاحب الحق عن

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

السلوك المالوف للشخص المعتاد ، غير ان الانحراف هنا لا يعتد به الا اذا اتخذ احدى الصور التي نص عليها في المادة السابعة من القانون المدني[٢٨] .

المطلب الثالث - موقف قانون مصارف العيون :

صدر في العراق اول تنظيم تشريعي لزرع الاعضاء البشرية وهو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ و يقتصر هذا القانون على معالجة نوع واحد من عمليات نقل وزرع الاعضاء هي عمليات ترقيع قرنية العين و يهدف القانون الى انشاء مصارف للعيون ، و تنظيم كيفية الحصول على العيون المستأصلة و تعيين مصادرها و تأمين حفظها لغرض الاستفادة من قرنياتها لنقلها و زرعها في عين اخرى لانسان مريض بحاجة اليها .

هذا و يضطلع مصرف العيون بالاختصاصات التالية :-

اولا - استئصال العيون :

لمصرف العيون وحده الحق في تلقي العيون ، حيث يتولى الاطباء المخولون استئصال العيون الصالحه ولهذا فلا يجوز لاي طبيب ان يستأصل العين ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون على انه (لا يجوز استئصال العيون وفقا لاحكام هذا القانون الا اذا تم ذلك من قبل طبيب مخول من قبل احد المستشفيات المرخص لها بانشاء مصارف العيون) و المستشفيات المرخص لها بانشاء المصارف حددتها المادة الاولى من القانون وهي (مستشفى ابن الهيثم حاليا)(دائرة مدينة الطب) و اي مستشفى اخر يقرر وزير الصحة انشاء مصرف فيها . و بخلاف ذلك فان الطبيب غير المخول لايجوز له استئصال العين حتى اذا كان بهدف اجراء عملية ترقيع القرنية ، والا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المذكور وهي بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على مائتي الف دينار او بكلتا العقوبتين . واذا وجد نص قانوني اخر يعاقب على المخالفة فيطبق النص الاشد عقوبة .

ثانيا : الاحتفاظ بالعيون المستأصلة وفقا لشروط طبية وظروف صحية محددة لتأمين سلامتها و الحفاظ على مقوماتها من التلف باستخدام محاليل طبية حافظة لحين طلبها لاغراض الزرع . ويبدو ان العين سريعة التلف ، ولهذا فان الاحتفاظ بها لا يتعدى عدة ايام و لايتجاوز في كل الاحوال مدة سبعة ايام .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

ثالثا : صرف العيون الى الاطباء الجراحين عند طلبهم ذلك ، وقد جرت العادة على قيام المصرف باخطار الطبيب الجراح عند توفر عين لغرض استلامها و حددت المادة الثانية منه مصادر الحصول على العيون الصالحة وهي خمسة مصادر ثلاثة منها تتعلق باستئصال العيون من الموتى ، اما المصدران الاخران المتعلقان بالحصول على العيون من الاحياء فهما :

١ - عيون الاشخاص الذين يوصون بها او يتبرعون بها .

٢ – عيون الاشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبيا .

فالفقرة (١) تنص على عيون الاشخاص الذين (يتبرعون بها) و المقصود بالتبرع هنا كونه هبة ، لان التبرع هو وصف يلحق بالتصرفات القانونية ، ولا يوجد في نصوص القانون المدني العراقي تصرف محدد يطلق عليه عبارة التبرع ولهذا نرى ان المشرع العرقي اجاز تبرع الانسان الحي باحدى عينيه الى مصارف العيون لان تنازل الانسان عن احدى عينيه لا يؤدي الى فقدان وظيفة الرؤية كليا ، و انما يسبب فقدانا جزئيا[٢٩] .

وفي مجال نقل الاعضاء هي ان التبرع يجب ان لا يقع على اي عضو حيوي يؤدي الى موت المتبرع ، ولا اي عضو من شان استئصاله ان يسبب اخلالا بوظائف الجسم ، ولهذا لا يجوز ان يصبح الانسان ضريرا باستئصال عينه السليمة لان في ذلك اخلالا جسيما بوظيفة الرؤية ، و يتعارض اساسا مع الحكمة من تشريع القانون في مساعدة فاقدي البصر .

اما بالنسبة للفقرة (١) من المادة الثانية من قانون مصارف العيون . فقد اباح القانون التصرف في عيون الاشخاص التي يتم استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا وعدم امكانية معالجتها و قد تحتفظ هذه العيون المستأصلة ببعض اجزائها سليمة ، و يمكن الاستفادة منها ، كما لو كانت العين تالفة او مصابة بمرض الا ان قرنيتها يمكن استخدامها لاجراء عملية ترقيع قرينة عين مريض اخر ، ويعد هذا التصرف موافقا للشرع[٣٠] .

المطلب الرابع - موقف قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية :

اجريت في العراق منذ بداية السبعينات عمليات زرع اعضاء بشرية ناجحة كزرع الكلي ، وترقيع القرنية ، و الجلد . و شهدالعالم ايضا نجاحا كبيرا في نقل و زرع اعضاء اخرى كالقلب و البنكرياس و الرئتين و نخاع العظم وانسجة الدماغ . وعلى ضوء هذه

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

التطورات ، فقد رأى المشرع العراقي ضرورة تشريع قانون عام لنقل وزرع الاعضاءالبشرية ، وعدم اقتصار التشريع على معالجة ترقيع القرنية و زرع الكلى التي ينظمها القانونان رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ (قانون مصارف العيون) ورقم ٦٠ لسنة ١٩٨١(قانون عمليات زرع الكلى).

و أقر القانون رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ مشروعية زرع الاعضاء البشرية .

فأجاز للطبيب الجراح الاختصاصي القيام بعملية زرع العضو ضمن اختصاصه . حيث نصت المادة الاولى من القانون على انه (يجوزاجراء عمليات زرع الاعضاء للمرضى) وهذا الجواز تقتضيه المصلحة العلاجية للمريض و التي يجب ان تكون راجحة كما يهدف اليها المشرع .وذلك بالمحافظة على حياة المريض و انقاذه من الموت ، و هذا الترجيح مقتضاه مصلحة المريض على مصلحة المعطي بالمساس بجسمه لاستئصال عضو منه لغرض زرعه في جسم المريض انقاذا لحياته ، فاستبدال عضو مريض او تالف بعضو جديد سيؤدي الى انقاذ حياة المريض، اوتحسين صحته ،وهذه المنفعة تفوق الضرر الذي قد يصيب المعطي جراء استئصال عضو منه ، وقد نصت على ذلك المادة الاولى بقولها (يجوزاجراء عمليات زرع الاعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم). و يشترط القانون لإجراء هذه العمليات الشروط الفنية الاتية :

اولا: ان يتم اجراء عملية زرع العضو من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسميا و الذي يعمل فيه . و هذا الشرط يبدو خاصا بالطبيب الذي يقوم بعملية الزرع فقط .

ثانيا : ان يتم اجراء العملية في المراكز الطبية المخولة رسميا .

فلا يجوز اجراء عمليات زرع الاعضاء في المستشفيات الحكومية او الاهلية الا اذا كانت مخولة بذلك رسميا من قبل وزارة الصحة ، و قد وردت عبارة (المراكز الطبية المخولة رسميا) في القانون و يقصد بها المراكز او الوحدات المخولة في المستشفيات المؤهلة لهذه العمليات و التي اجيزت من قبل وزارة الصحة سواء اكانت مستشفيات حكومية او اهلية .

ثالثا : ان يكون المركزالطبي معدا لاجراء عمليات زرع الاعضاء البشرية .

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

اذ المعروف ان عملية زرع الاعضاء من العمليات الخاصة التي تحتاج الى مستلزمات طبية ، و ظروف صحية معينة ، و الى عناية مركزة اثناء اجراء العملية و بعدها .
وقد نصت على هذه الشروط مجتمعة المادة الاولى من القانون بقولها (يجوز اجراء عمليات زرع الاعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحه علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم وذلك من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسميا الذي يعمل فيه شريطة ان يكون هذا المركزمعدا لاجراء عمليات زرع الاعضاء البشرية).

الخلاصة

يتضح من هذه الدراسة لجوانب مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون الجنائي ان اصل الموضوع يرتبط بالاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي الذي يشكل موضوع اجراء العمليات الجراحية جزءا منه .
وان زرع الاعضاء البشرية في جسم المريض انقاذا له و علاجا لمرضه مشمول بالاباحة الطبية لاتفاقه و شروط الاباحة الطبية ، لكن الاشكال يظهر في مدى شمول الطبيب بالاباحة الطبية عندما يقوم بنقل عضو بشري من جسم المتبرع به السليم المعافى .
ولذلك قيل بان الطبيب في هذه الحالة ربما لا يكون مشمولا بالاباحة الطبية في عمله مالم يجز له القانون ذلك بقوانين او نصوص خاصة .
و هناك في الفقه الجنائي من ذهب الى عدم صحة تقييد الاطباء بمثل هذه الشروط مما يكون مدعاة للاحجام عن علاج المرضى خشية المساءلة و العقاب ، و انه يجب ان تطلق ايديهم في النشاط الطبي و لذلك طالب هذا الجانب من الفقه بالغاء شرط قصد العلاج لكي لا يقيد نشاط الطبيب كما في حالة عمله بنقل العضو البشري من جسم انسان سليم .
واذا لم يكن من الصحيح تشديد قيود الاباحة الطبية ، فانه ليس من الصحيح ايضا اطلاق يد الطبيب بشكل كامل دون رقيب حتى من القانون . و ان ينظر الى قصد العلاج من زوايا معاصرة متطورة تتناسب و التطور السريع الذي يسير به الطب بحيث لا يكون قصد العلاج مجرد رابطة بين الطبيب و المريض ، لان صورا جديدة من النشاطات الطبية كعمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية ظهرت وهي لا يمكن ان تكون مشمولة بالاباحة الطبية بشكل متكامل غير متجزأ وفقا للمفهوم التقليدي لشرط قصد العلاج في

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

علاقته الثنائية بين الطبيب و المريض ، ان اطراف العلاج الطبي في بعض النشاطات الطبية كنقل و زرع الاعضاء البشرية و نقل الدم لم يعد الطبيب و المريض فقط انما وجود شخص ثالث سليم غير مريض و هو المتبرع بالعضو البشري للمريض .

اذ لا بد من تطوير مفهوم شرط قصد العلاج ليشمل ذوي العلاقة بما فيهم المتبرع و ان تكون عموم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية مشمولة بالاباحة بالنسبة للمريض و المتبرع معا شريطة ان تكون هذه العلاقة منظمة بقانون او ان تكون قد حازت على قبول الاوساط الطبية بها و اعتمادها على المستويين المحلي و الدولي فضلا عن قبولها اجتماعيا كونها السبيل الوحيد المتاح لانقاذ المريض و شريطة ان تكون محاطة بشروط الاباحة الطبية كاملة اضافة الى رضاء المتبرع و اجراء العملية وفق الاصول الطبية المعتمدة وان يكون دافع المتبرع العوامل الانسانية و ليس الاتجار .و الا كان تطبيق قانون العقوبات لازما وعقوباته محققة التطبيق على الفاعل و الشريك و الصفة الطبية في ذاتها من اسباب تشديد العقوبة .

إن التبرع بالاعضاء البشرية يجب ان يكون مبنيا على الارادة الحرة بانه لا يجوز استئصال اي عضو بشري من الموتى باية صفة كانت موتهم (طبيعيا ، او قتلا ، او بناء على حكم بالاعدام)ما لم يكن ذلك برغبة منهم صرحوا بها اثناء حياتهم ، و الا تسبب ذلك في اشكالات عدة منها على مستوى القانون الداخلي للدولة و منها ما يعتبر مساسا بقواعد القانون الدولي الخاصة بحقوق الانسان .ولهذا دعت الجامعة العربية دولها الى وضع تشريع موحد لعمليات زراعة الاعضاء البشرية و تكللت الجهود بوضع مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الاعضاء البشرية و يهدف المشروع الى توحيد قوانين الدول العربية بشأن نقل وزرع الاعضاء البشرية و التعاون بينها لتبادل الخبرات العلمية و الطبية ، و الاستفادة من الاعضاء البشرية المتجمعة في بنوك الاعضاء في الدول العربية و امكانية نقلها من دولة الى اخرى .

واجازت المادة الاولى من المشروع للاطباء الاختصاصيين اجراء عمليات استئصال الاعضاء من شخص حي و زرعها في جسم شخص اخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته . و يتم اجراء هذه العمليات في المراكز الطبية المخصصة لها . و بالنسبة لمصادر الحصول على الاعضاء ، فقد اشار المشروع الى ان جسم الانسان هو المصدر الذي تؤخذ منه الاعضاء فللشخص ان يتبرع باحد اعضاء جسمه و بشروط محددة ، و

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

هي ان يكون المتبرع كامل الاهلية ، و ان يصدر التبرع بموجب اقرار كتابي ، و يشترط في الاقرار ان يكون موقعا من المتبرع .
وبهدف احاطة المتبرع بالنتائج الصحية المحتملة و المؤكدة المترتبة على استئصال العضو ، فقد اوجب المشرع ذلك من قبل فريق طبي مختص بعداجراء فحص شامل لجسم المتبرع . و للمتبرع ان يرجع في تبرعه في اي وقت دون قيد او شرط . كما يحظر المشروع بيع الاعضاء باية وسيلة كانت او تقاضي اي مقابل مادي عنها ،و منع الطبيب الاختصاصي من اجراء العملية عند علمه بذلك ، وفي مجال نقل الاعضاء فقد نصت المادة العاشرة على جواز ذلك وفق اجراءات يتفق عليها بين الدول العربية.

لقد ساير المشرع العراقي التقدم الطبي فأصدر ثلاثة قوانين هي :
١- قانون مصارف العيون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠
٢- قانون زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١
٣- قانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦

و تعد هذه القوانين سببا لاباحة استئصال الاعضاء البشرية ، وان اساس هذه الاباحة هو استعمال الحق المقرر بمقتضاها . فمن الطبيعي ان الفعل يكون مباحا اذا وقع استعمالا لحق يقرره القانون فالمادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي نصت على انه (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون) و بما ان الفعل اصبح مباحا استعمالا للحق المقرر للاطباء بموجب قوانين الزرع .. لهذا فأن تنازل الانسان عن عضو من اعضائه لا يرتب اي مسؤولية مدنية لمرتكبه . فمتى امكن ازالة صفة عدم المشروعية عن التعدي ينقلب حينئذٍ الفعل غير المشروع الى فعل مشروع . فالطبيب يستطيع استئصال العضو من جسم المتنازل لمصلحة المريض ، بشرط موافقة المتنازل ،فالرضاء هنا يعتبر مكملا لشروط الاباحة وليس منشئا لها .
لقد اقر الفقه القانوني مشروعية اخذ الاعضاء من اجسام الاحياء ، فانه لم يتردد عن اباحة المساس بالجثة للاغراض العلاجية للغير ، فذلك لا يخل بكرامتها ولا يعتبر اهانة لها بل سيفيد حيا والحي افضل من الميت كما يقال .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

ومن البديهي ان اباحة المساس بالجثة او التصرف باعضائها لابد ان يقترن بموافقة صاحب الشأن بوصية صادرة منه قبل موته .
وقد لاتكون هناك وصية ، فلا مانع من انتقال الحق في التصرف بالجثة الى اقارب المتوفي . وان المشرع العراقي نص في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ اجاز نقل الاعضاء من جثث موتى الدماغ بموافقة احد الاقرباء من الدرجة الاولى او الثانية .
فهذا المصدر مهم لعمليات الزرع اذ يمكن عن طريقة الحصول على الاعضاء المفردة و الحيوية .
كما يمكن ان يكون التصرف باعضاء جثة المتوفي دون وصية ، او موافقة احد الاقرباء . وهذا النوع من التصرف قد ورد في حالات معينة وردت حصرا في التشريعات الوضعية و منها التشريع العراقي في القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ (قانون مصارف العيون) كحالة مجهولي الهوية ، و المحكومين بالاعدام و الذين يجري تشريحهم لسبب علمي او قانوني او لوجود حالة من حالات الضرورة و ان اغلب هذه الحالات تتطلب الحصول على موافقة صاحب الشأن لدواعي انسانية و اخلاقية و اجتماعية .
لقد سبق للمشرع العراقي ان اصدر قانونا عاما لزرع الاعضاء البشرية و ان هناك بعض الملاحظات يمكن ايرادها على هذا القانون وهي :
اولا : نص القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ في المادة الثانية منه على حالات الحصول على الاعضاء البشرية لاجل اجراء عمليات الزرع . وذكر في الفقرة (أ) من المادة ذاتها على حالات التبرع و الايصاء بالاعضاء من الاشخاص كاملي الاهلية عند التبرع او الايصاء و باقرار كتابي ولم يعالج حالة اخذ الاعضاء من القاصرين سواء بالتبرع او الايصاء كما هو الحال في قانون مصارف العيون اذ اجاز المشرع اخذ قرنية العين من القاصر بموافقة وليه التحريرية و بالنظر لاهمية اعضاء الجسم الاخرى . وان يصار الى استئصال العضو من القاصر حال حياته بموافقة وليه اذا كان ذلك لغرض زرع العضو لشقيقه المريض مثلا على ان يقترن بموافقة الولي الحريرية كما للقاصر ان يوصي باخذ عضو او اكثر من اعضاء جثته بعد الموت بموافقة وليه .
ثانيا : ان قانون زرع الاعضاء البشرية شرع لتنظيم عمليات زرع الاعضاء نظرا لعدم استيعاب قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ التطور الحاصل في تلك

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

العمليات . الا ان القانون المذكور لم يكن بالسعة التي كان عليها القانون رقم(٦٠) من حيث تعدد حالات الحصول على الاعضاء فقد اقتصر على اخذ الاعضاء من المتبرعين و الموصين و موتى الدماغ . و بهذا فقد حجب القانون رقم ٨٥ عن عمليات الزرع حالات اخرى كالموتى مجهولي الهوية ، و المحكومين بالاعدام ، و الموتى الذين يجري تشريحهم لسبب قانوني او علمي . وهذه الحالات نص عليها في قانون مصارف العيون النافذ و قانون زرع الكلى (الملغي) وفي بعض التشريعات المقارنة .

ثالثا : اجازت الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون الحصول على الاعضاء من المصاب بموت الدماغ و حسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها في حالة موافقة احد اقاربه الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية و موافقة لجنة مشكلة من ثلاثة اطباء اختصاصيين بضمنهم طبيب اختصاص بالامراض العصبية و هذا يعني ان موافقة احد الاقارب من الدرجتين الاولى او الثانية تجب موافقة الاخرين و مما لاشك فيه ان هذا الامر يسبب مشاكل عائلية و نرى من الافضل اتباع الاسبقية في اعطاء الموافقة بالنص على ذلك في القانون وحسب درجة القرابة بحيث لا يحق لمن هو في تسلسل غير موجود وهذ الاسلوب متبع في اغلب التشريعات الوضعية .

رابعا : لم يعالج القانون حالة العدول عن التصرف بالاعضاء البشرية . و بالنظر لامكانية تطبيق الاحكام العامة الواردة في القانون المدني و لخصوصية الاعضاء البشرية وطبيعة عمليات نقلها و زرعها و خطورتها لذا يلزم الامر النص صراحة في القانون على جواز عدول المتنازل عن تنازله بدون اي شرط في اي وقت قبل اجراء عملية النقل.

خامسا : ألغى القانون في مادته الخامسة القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٨١ (قانون عمليات زرع الكلى) و لم يلغ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ (قانون صرف العيون) مما خلق نوعا من الازدواجية في التشريع فطالما ان المشرع اصدر قانونا عاما لزرع الاعضاء فكان يقتضي الغاء كل القوانين الاخرى التي تتناول عمليات زرع الاعضاء .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

المصادر

اولا : الكتب

١- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الثالثة . دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٣ .
٢- د. علي راشد - القانون الجنائي - المدخل و اصول النظرية العامة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٤ .
٣- د. مصطفى العوجي - المسؤولية الجنائية في القانون اللبناني - بيروت - ١٩٧٣
٤- د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف - الاسكندرية - بلاسنة - الطبعة الثالثة .
٥- محمد فائق الجوهري - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - دار الجوهري - مصر -١٩٥١ .
٦- د . محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الاشخاص - مطابع فتى العرب - دمشق - ١٩٦٥ - الطبعة الثالثة .
٧- د. احمد فتحي سرور - قانون العقوبات - القسم العام- النظرية العامة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢ .
٨- د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد - ١٩٩٠ .
٩- د. محمود نجيب حسني - اسباب الاباحة في التشريعات العربية - معهد الدراسات العربية العالمية - القاهرة - ١٩٦٢ .
١٠- السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - دار النهضة العربية -١٩٦٧- الجزء الاول - القاهرة .
١١- د. سعدون العامري - الوجيز في العقود المسماة - الجزء الاول - البيع و الايجار _ الطبعة الثالثة -١٩٧٤ - مطبعة العاني - بغداد .
١٢- د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الاول - الاحكام العامة - معهد البحوث و الدراسات العربية - ١٩٧١ - مطبعة الجيلاوي .

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

ثانيا : البحوث و المقالات و القرارات و الوثائق

١- د. محمود محمود مصطفى - مسؤولية الاطباء و الجراحين الجنائية - مجلة القانون و الاقتصاد - العدد ٢ - س ١٨ -١٩٤٨ - القاهرة .
٢- رأي التدوين القانوني - منشور في المجلة الطبية العراقية - نقابة الاطباء - العدد الاول - ١٩٧٥ - بغداد . رقم القرار ١٩٧٣/٦٣
٣- القرار المرقم ٥٣٥ في ١٩٦٨/١١/٣٠ . الفقه الجنائي في قرارات محكمة التمييز - عباس الحسني - المجلد الثاني - مطبعة الارشاد - بغداد - ١٩٦٩
٤- د. ضاري خليل محمود - مشروعية نقل و زرع الاعضاء البشرية في القانون الجنائي . منشورات بيت الحكمة - بغداد – ٢٠٠٠ تسلسل ٤٩.
٥- د. جابر مهنا شبل - مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من منشورات بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠٠ تسلسل ٤٩.
٦- وثائق المؤتمر الدولي الثاني لجمعية الشرق الاوسط لزراعة الاعضاء المنعقد في مدينة الكويت - اذار - ١٩٩٠ .

ثالثا : القوانين (النصوص)

١- قانون مصارف العيون العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ .
٢- قانون زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ .
٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ و تعديلاته .
٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ و تعديلاته.
٥- قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ .
٦- قانون العقوبات العسكري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٧ .

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

الهوامش :

(١) في عام ١٩٣٥ اجريت اول عملية ترقيع قرنية ناجحة للانسان . واجريت اول عملية زرع ناجحة للكلية عام ١٩٥٤ بين توامين . وفي عام ١٩٦٣ اول عملية استبدال كبد وفي نفس العام اجريت اول عملية لزرع الرئة . وفي عام ١٩٦٦ اول عملية لزرع البنكرياس وشهد العالم في عام ١٩٦٧ المعجزة التي قام بها الجراح كريستيان برنارد بنقل قلب انسان الى اخر في جنوب افريقا – انظر الوثائق الصادرة عن المؤتمر الدولي الثاني لجمعية الشرق الاوسط لزرع الاعضاء المنعقد في الكويت / اذار / ١٩٩٠ .

(٢) انظرد.محمود نجيب حسني –شرح قانون العقوبات –القسم العام – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – ١٩٧٣- ص ١٥٨.

(٣) انظر د. محمود محمود مصطفى – مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية – مجلة القانون والاقتصاد – العدد ٢- س١٨-١٩٤٨ – ص ٢٨١.

(٤) راي التدوين القانوني برقم ٦٣/ ١٩٧٣ منشور في المجلة الطبية العراقية – نقابة الاطباء – العدد الاول – ١٩٧٥ –ص ٢٨ .

(٥) انظر قانون مصارف العيون العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٧٠ وقانون زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ .

(٦) انظر د. علي راشد – القانون الجنائي – المدخل واصول العامة –دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٧٤ – ص ٥١٢ .

(٧) انظر د. مصطفى العوجي – المسؤولية الجنائية في القانون اللبناني – بيروت – ١٩٧٣- ص٢٧٠

(٨) د. رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائي - منشاة المعارف – الاسكندرية – الطبعة الثالثة – ص٣٧٤

(٩) د. محمود محمود مصطفى – مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية – المصدر السابق – ص ٢٩٣ .

(١٠) انظر محمد فائق الجوهري – المسؤولية الطبية في قانون العقوبات – دار الجوهري – مصر – ١٩٥٩-ص ٣٥٩ و د.محمود محمود مصطفى- المصدر السابق –ص٢٩٣.

Printed with priPrinter standard upgrade at www.priprinter.com

(١١) د. محمدالفاضل –الجرائم الواقعة على الاشخاص –مطابع فتى العرب – دمشق – ١٩٦٥ –الطبعة الثالثة – ص٦٢٩.

(١٢) د.محمود محمود مصطفى –مسؤولية الاطباء و الجراحين الجنائية – المصدر السابق ، ص٢٩٩.

(١٣) انظر القرارالمرقم ٥٣٥ في ١٩٦٨/١١/٣٠ . نقلا عن عباس الحسني – الفقه الجنائي في قرارات محكمة التمييز –المجلد الثاني-مطبعة الاستاذ – بغداد - ١٩٦٩ –ص ٢١٧ .

(١٤) د.احمد فتحي سرور- قانون العقوبات –القسم العام –النظرية العامة –دار النهضة العربية-القاهرة- ١٩٧٢-ص٣٢١.

(١٥) انظر منذر الفضل – التصرف القانوني في الاعضاء البشرية- دار الشؤون الثقافية العامة – بغداد – ١٩٩٠ – ص٧٩ .

(١٦) انظر د. ضاري خليل محمود – مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجنائي – منشورات دار الحكمة بغداد -٢٠٠٠-ص٨٤

(١٧) نصت المادة ٣٨ –اولا- يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات كل عسكري : أ-تمارض او سبب في نفسه مرضا او عاهة . ب- تعمد بنفسه او سمح لغيره بتعطيل عضو من اعضاء جسمه او غيره لغرض جعل نفسه او غيره غير اهل للخدمة العسكرية . انظر قانون العقوبات العسكري رقم ١٩ لسنة٢٠٠٧.

(١٨) انظر د. ضاري خليل محمود – مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون الجنائي – المصدر السابق – ص١٠٢ .

(١٩) لقد نجح الاطباء العراقيون في زرع بعض الاعضاء كقرنية العين و الجلد و حققوا تقدما كبيرا في عمليات زرع الكلى . الا ان هذا النجاح خلق وضعا جديدا . فوضع المجتمع امام مشاكل قانونية و اخلاقية لا بد من معالجتها .

(٢٠) انظر المواد (٤٠٥ – ٤١٢) من ق .ع.ع النافذ.

(٢١) انظر المادتان ٣٧٣ و ٣٧٤ من ق.ع. ع النافذ.

(٢٢) انظر المادة ٣٩ من ق.ع.ع. النافذ.

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com

(٢٣) انظر د. محمود نجيب حسني – اسباب الاباحة في التشريعات العربية – معهد الدراسات العربية العالية – القاهرة -١٩٦٢ – ص ٨٣.

(٢٤) انظر محمود نجيب حسني – المصدر السابق – ص٦٨ .

(٢٥) انظر السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة -١٩٦٧ – الجزء الاول – ص٤٣٣.

(٢٦) انظر د. سعدون العامري – الوجيز في العقود المسماة – الجزء الاول –في البيع والإيجار – الطبعة الثالثة – ١٩٧٤ –مطبعة العاني –ص٨٠ .

(٢٧) انظر د. سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – القسم الاول – الاحكام العامة – معهد البحوث والدراسات العربية -١٩٧١- مطبعة الجيلاوي – ص٢٩١.

(٢٨) تنص الفقرة (٢) من المادة السابعة من القانون المدني على انه يصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية : ا- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير . ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . جـ - اذا كانت المصالح غير مشروعة .

(٢٩) انظر د. جابر مهنا شبل – مدى مشروعية عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية من منشورات دار الحكمة – بغداد -٢٠٠٠ – ص ١١٠ وما بعدها.

(٣٠) انظر د . جابر مهنا شبل _ المصدر السابق _ ص ١٢٩.

Printed with priPrinter standard
upgrade at www.priprinter.com