

دار ئاراس للطباعة والنشر



السلسلة الثقافية

*

صاحب الإمتياز: شوكت شيخ يزدين

رئيس التحرير: بدران أحمد حبيب

المسؤولية الطبية

العنوان: دار ئاراس للطباعة والنشر - حي خانزاد - اربيل- كُردستان العراق

المسؤولية الطبية

الدكتور منذر الفضل

اسم الكتاب: المسؤولية الطبية

تأليف: الدكتور منذر الفضل

من منشورات تاراس رقم: ٣٧٠

الإخراج الفني والغلاف: آراس أكرم

الإشراف على الطبع: عبدالرحمن الحاج محمود

الطبعة - ٢٠٠٥

رقم الإيداع في مكتبة المديرية العامة للثقافة والفنون في اربيل: ٢٠٠٥/٩٣

تقديم

هذا الكتاب ، مجموعة محاضرات وبحوث كتبت في سنوات خلت كان فيها العقل معطل في العراق والقلم مشلول بيد صاحبه بفعل نظام جائر استعمل قانون القوة وفضله على قوة القانون ، نظام مستبد لايعرف للحب معنى ولا للقيم مكان ، اذ لم تر النور هذه البحوث المتخصصة في القانون والطب في صورة كتاب جامم ومانع يستعين بها القانوني والطبيب والقاضي المهتمين بعلم القانون وعلم الطب ، وقد طبعت بعضا من اقسامه في الاردن ابان فترة اقامتي في المنفى القسري وخلال عملي في الجامعات الاردنية بعد فترة الهروب الى الحرية ، غير اني وجدت ان من الافضل جمع هذه البحوث وطبعها في كتاب لغرض ان يستفيد منها شعب كوردستان أولا ، هذا الشعب الذي احبته بكل جوارحي و بادلني الحب والوفاء ، شعب يؤمن بالتسامح ويعبر على جراحه صانعا منها قناديل لطريق طويل نحو الذرى .

لقد اتاحت لي الفرصة في كوردستان بعد تحريرالعراق في طباعة العديد من الاعمال والافكار وهو حلم كبير كان يراودني منذ زمان طويل ، وقد تحققت على ارض الكورد ، واني اذ اترك هذه الاراء القانونية بين ايدي الاحبة الدراسين لعلم القانون والطب امل ان تنمو الافكار وتتطور مثلما تنمو زهور النرجس والشجر على سفوح كوردستان فقد ولي زمان الطفيان الذي قمع الفكر وعطل العقول وجاء زمان غير ذلك الزمان .

تناولت في القسم الاول التجربة الطبية على الجسم البشري ودرست في القسم الثاني التصرف القانوني في الاعضاء البشرية وخصصت القسم الثالث للمسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، وفي كل هذه الاقسام جاءت الاشارة الى القانون المقارن والفقحة الاسلامي معززة بآراء الفقه واحكام القضاء .

منذر الفضل

يبيد المعالج العناية المطلوبة حسب نوع الالتزام ، ما اذا كان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة .

أنا الاحاطة بأهم الاجوبة المتعلقة باجراء التجربة الطبية على الجسم البشري وبيان موقف القانون المدني من الاتفاقات الماسة بسلامة بدن الانسان وصحته يلزم الخطة الآتية :

القسم الأول

التجربة الطبية على الجسم البشري Medical experiment on human body

(ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية)

مقدمة INTRODUCTION

من البديهي أن المساس بجسد الإنسان في غير الحالات المحددة قانوناً ، كالعلاج الطبي أو الاجماض حفاظاً على حياة الأم أو تنظيم النسل أو التعقيم الطبي لمصلحة الشخص ، غير جائز شرعاً وقانوناً وهو اتفاق باطل حتى وأن حصل المساس بالكيان البدني برضا الشخص . لان من المبادئ المستقرة في الوقت الحاضر أن لجسد الإنسان حرمة وكيانه قدسية تتناسب مع القيمة الانسانية للإنسان ولأن حق الإنسان على جسده ملك ناقص ، أي ملك منفعة لتعليق حق الله في الروح ولقوله تعالى في سورة الاسراء : (ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطبيات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً) .

واذا كان الأمر كذلك فهل يجوز المساس بسلامة الجسم البشري في غير الغرض النافع لصاحب الجسد ؟ أو من أجل منفعته الا أن نتائج المنفعة غير معلومة أو غير متوازنة مع المخاطر بأجراء التجربة لدواء أو علاج معين ؟ ثم ماهي الحدود القانونية لصاحب الجسد في التصرف بجسده ، وهل أن قبوله بأجراء تجربة طبية على جسمه يعني الفاعل من المسؤولية القانونية ؟ وما حكم اجراء التجارب الطبية على المحكومين بعقوبة الاعدام أو السجن المؤبد ؟ ثم ما علاقة هذا الموضوع بمبدأ التكامل الجسدي والحق في سلامة الجسم البشري ؟ وهل أن تشريح الجثة يدخل ضمن التجارب الطبية ؟

وقبل الاجابة عن هذه الاسئلة لابد أولاً من القول ابتداءً أن المبدأ العام السائد في العراق وفي كثير من الدول للشخص - حينما يمرض - حرية اختيار المكان والطبيب الذي يعالجه فله أن يختار المعالجة في مستشفى حكومي أو غير معروف ، كل هذا في غير حالات العلاج الضروري . ومن الطبيعي أن يتولى الطبيب المعالج طبقاً للعقد الطبي أو عند عدم وجوده نمط العلاج الملائم وأن

الفصل الأول

الحق في سلامة الجسم البشري

ليس هناك ادنى شك في أن (الحق في الحياة) من أول وأهم الحقوق العامة الأساسية للصيقة بالإنسان فهو أعلى ما يحرص عليه الإنسان لأن الحياة هي مصدر القوة للفرد في نشاطه المالي وغير المالي وأن فقدان هذا الحق يعتبر شر المصائب ، لأنه فوق الألم الجسماني والنفسي الذي يصاحبه ، يحرم الإنسان كل متعه ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته^(١) . ولهذا السبب دأبت الدول الى نص على هذا الحق في المبادئ الأساسية للدساتير ، فضلا عن وجود المواثيق العالمية كاعلان حقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ وغيرها التي نصت على هذا الحق .

ونشير الى أن جميع الشرائع السماوية حضرت الاعتداء على هذا الحق وبينت الجزاءات الاخروية والديوية على المعتدي . لان في الاعتداء على الحق في الحياة اذهاق للروح من خلق الله . فقد جاء في التوراة ما يلي :

(من ضرب انساناً فمات يقتل قتلاً... واذا بغى انسان على صاحبه ليقتله بنذر فممن عند مذبحي تأخذ للموت ومن ضرب اباه أو أمه يقتل قتلاً)^(٢) .

كما ورد في القرآن الكريم كثير من الآيات الشريفة تحرم اذهاق الروح والاعتداء على الحق في الحياة وسلامة الجسم البشري ونذكر منها قوله تعالى :

(...ولا تقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون)^(٣) . ومنها قوله :
(ولا تقتلوا اولادكم خشية اطلاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطئاً كبيراً . ولا تقربوا الزنا انه

(١) الاستاذ الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢ في الالتزامات مجلد٢/ في الفصل الضار والمسؤولية المدنية ط٥ ٩٨٨ ص١٧٢ وانظر في الاساس الديني والفكري لحق الانسان في الحياة : هاشم فارس الجبوري- حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون- اطروحة ماجستير في الدين- بغداد- ١٩٨٧ ص ٨٤ وما بعدها ويذكر ان حق الانسان في الحياة لها اساسها الديني المتمثل في ان حياة الانسان منحة متميزة مقدسة من الله سبحانه وأن الإنسان خليفة الله في الارض وان الخالق كرم الإنسان بخلقة من الطين والروح وامر الملائكة بالسجود لادم ومنحه العقل والادراك وميزه بالعلم والمعرفة وسخر مافي الكون لخدمته وأما بالنسبة للاساس الفكري لحق الانسان في الحياة (ص١١٢ وما بعدها) فتتمثل في فكرة النزوع الفطري الى حفظ الذات وبقاء النوم وفكر الحقوق الطبيعية وغيرها .

(٢) سفر الخروج- الاصحاح الحادي والعشرون .

(٣) سورة الانعام/ ١٥١ .

كان فاحشة وساء سبيلا . ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل انه كان منصوراً^(١) . أن الحق في الحياة والحق في السلامة البدنية ثابت في السنة النبوية الشريفة وفي دليل الاجماع^(٢) ، ودليل العقل^(٣) .

ومن أهم مظاهر حق الانسان في الحياة الحق في السلامة الجسدية فلا يجوز قانوناً الماس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الاشكال ، سواء ما يخص الكيان المادي أو الناحية المعنوية والصحية . اذ أن هذه الحقوق الأساسية العامة لصيقة بالإنسان ، لانه ارقى المخلوقات . فأزهاق الروح بالقتل أو الحاق الاذى بالجسد كقطع طرف أو المساعدة بالانتحار أو اجراء تجربة طبية لغير حالات العلاج لمصلحة المريض وغيرها ، انما هي غير جائزة ويعاقب عليها القانون لمساسها بحق الشخص في سلامة كيانه البدني^(٤) .

الان فهم مبدأ حماية جسم الانسان يتنازع مذهبان في الفكر القانوني ، أولهما : ويرى أن جسم الانسان أسمى من أن يقدر بمالك وهو مذهب القانون الروماني ، حيث لم تعتبر مدونة جستنيان جسم الانسان من الاشياء الداخلية في دائرة المعاملات القانونية وتأكد هذا المبدأ في قانون أوغوليا الشهير ٢٨٧ ق م. ولهذا فأن جسم الانسان أسمى من أن يقدر بالنقود لعظمة خالقة . وثانيهما : ويرى أن جسم الانسان رغم سموه الا أنه يمكن تقويمه بالنقود عند اصابته بالاشرار وذهب أنصاره الى تأكيد مبدأ حرمة المطلقة للجسم البشري معتمدين على فكرة (استقلال الشخص الطبيعي) كاساس لمبدأ عدم جواز المساس بالتكامل البدني حتى يؤدي الشخص دوره في الحياة وأن يكون هناك احترام متبادل لحرمة كل جسد^(٥) . كما ذهب الاستاذ جان كاربونييه Jean carbonnier الى تأكيد مبدأ حرمة سلامة الجسم البشري وصيانة الحق في الحياة والحق في السلامة البدنية فذهب

(١) الاسراء/ ٣١-٣٢ .

(٢) الاستاذ نظام الدين عبد الحميد- جناية القتل العمد- بغداد ١٩٧٥ ص٤٢-٤٣ .

(٣) د . رشدي محمد عرسان عليان- العقل عند الشيعة الامامية- دار السلام بغداد ط١ ٩٧٣ ص٧٣ وما بعدها . نظام الدين عبد الحميد- جناية القتل العمد- المرجع السابق- ص٤٤ الاستاذ عبد الباقي البكري- المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية- ج١ بغداد ١٩٧٢ ص٦٤٤ .

وفي هذا السياق نذكر ان الشرع العراقي يعتبر السلامة الجسدية للباكر أكبر وأهم من السلامة الجسدية لغير الباكر فإزالة غشاء البكارة لفتاة عدوان جسيم على حقها في سلامة بدنها . ففي قية عرت على محكمة

(٤) جنایات الكرخ برقم ٩٢٣/ج٩٨٦ و صدر قرارها في ٢٦-١١-١٩٨٨ (غير منشور) أصدرت فيه المحكمة حكماً بحبس الفاعل مدة ست سنوات مع التعوي المادي والمعنوي مقدار ٢٠٠٠ دينار لقيامه بأزالة بكارة المجني عليها (ب) ولشأن ان هذا الحكم لا يتناسب مع جريمة الفاعل التي تمت بالأكراه وخلقت حمل المجنى عليها من فعلته وموت الجنيت لاسيما وان الموافقة حصلت والمجنى عليها لم تكن بالغة سن الرشد هذا فوق انها يتيمة

الابوين- د . رمضان أبو السعود- الوسيط في شرح القانون المدني- النظرية العامة للحق- ١٩٨٣ ص٥٧-٥٨ .

(٥) وانظر الاشلجة الى رأي الفقيه الفرنسي بواستل .

الى أن حرمة الشخص الطبيعي أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسده ويرفض الخضوع للإجراء التجريبي أو العمليات الجراحية أو التحليل الطبي ، لان الانسان يتمتع بحقوق طبيعية لصيقة بشخصه وله الحق في الاسم قبل هذا حق في السلامة للكيان البدني^(١) . ومن مظاهر حماية الحق في سلامة الجسم البشري بطلان الاتفاقات الماسة بهذه السلامة^(٢) .

على أن الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري من الحقوق الفردية الأساسية والحقوق الاجتماعية ، إذ لا يستطيع المجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار الا اذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة ، بل أن الأهمية الاجتماعية تطفئ على الحق الشخصي فأرتفعت أهمية الحق في سلامة الجسم البشري الى مرتبة الحقوق التي يؤثرها الشارع الجنائي بحماية وجعلت الجزاء الذي يستعين به لكفاية هذه الحماية جزءاً خطيراً بم الأحياء^(٣) .

وقد خصص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على الأشخاص فابتدأ أولاً في بيان الجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة بدنه وهي : القتل العمد والضرب المفضي الى الموت والقتل الخطأ والجرح والضرب والايذاء العمد والاجهاض ثم اخفاء جثة قتيل (المواد من ٤٠٥ - ٤٢٠) . ثم أن رضا المجني عليه لا أهمية له ولا ينفي الرضا صفة الخطأ ولا يعد الفعل الطبي لغير ضرورة وفي مصلحة المعالج سبباً من اسباب الإباحة ، فالاجماع منعقد فقهاً وقضاً في فرنسا ومصر على تجريد رضا المجني عليه من كل قيمة كسبب لإباحة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، إلا أن للفقهاء والقضاء في ألمانيا وإيطاليا مذهباً مختلفاً على نحو ما سنبين- إذ لرضا المجني عليه قيمة محدودة في إباحة المساس بسلامة الجسم البشري ، وان كان الاصل فيه أن يتجرد من هذه القيمة^(٤) .

أما الحماية المدنية لجسم الانسان فانها تبدو أولاً في شكل حماية جسم الانسان في مواجهة الغير كمنع الغير من الاعتداء على سلامة الجسم أياً كانت صورة الاعتداء وكذلك في الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء بالزام المعتدي بتعوي الضرر المادي والمعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ، وثانياً في منع الغير من الاعتداء على جسم الانسان ، إذ لا يجوز اجبار الانسان على الخضوع للفحص الطبي لاثبات النسب عن طريق فصيلة الدم أو أجبارة على تعاطي عقاقير معينة وصولاً للحقيقة (مصل الحقيقة) أو خضوعه لإجراء التجارب الطبية لأرضاء شهوة عملية أو طموح علمي أو غيرها ، لان هذه الاعمال الطبية تعد مساساً بالحق في السلامة المكفول قانوناً ، وكذلك حماية جسم الانسان من تصرفات الشخص نفسه بعدم جواز التعامل بهذا الجسم أو الحاق الضرر به فأتفاه المرض مع طبيب أو غيره للتخلص من الحياة باطل ولا يعفي الفاعل من المسؤولية القانونية^(١) .

أن العلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وطيدة فالاعتداء على الحق الأول يعطل جميع وظائف الجسم والاعتداء على السلامة البدنية تعطيل لبعض وظائف الجسد ، علماً أن وظائف الجسم عديدة منها ظاهرة ومنها غير ظاهرة بعضها فسيولوجي وبعضها ذهني ، فالاعتداء الذي يقع على الجسم وتفارق الروح للبدن هو تعطيل أبدي لجميع الوظائف وبحول الجسم الى جثة ، بينما في التعطيل الجزئي (الدائم أو المؤقت) مساس بالحق في السلامة ومثالها العاهة البدنية المستديمة^(٢) .

ولهذا فان أي عمل طبي - في غير حالة الضرورة- لا يجوز القيام به الا برضا الشخص المعالج . وفي هذا يقول الفقيهان (جارسون وجارو) من أن مسؤولية الطبيب عن خطئه في الحصول على رضا المريض مقدماً عن المسؤولية التي تنشأ بسبب خطأ في العلاج (فعدم رضا المريض يجعل علاج الطبيب عملاً غير مشروع بداءة فيكون مسؤولاً عنه مسؤولية عمدية كأي شخص عادي^(٣) .

(1) Jean carbonnier -Droit civil- Introduction les Personnes-Paris-1982 pp 232-233

وانظر كذلك رأي الأستاذ (برنادر) في مبدا التكامل الجسدي :

Bernard Teyssie- droit civil (Les personnes) Paris 1981 pp. 14-15, 18-19.

(2) Mazeaud (H,L,J)- Lecons de droit civil- obligations Paris. 1966 pp. 610-612.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٩ العدد ٣ ١٩٥٩ ص ١٠٠ نصت المادة ٢٣٦ من قانون العقوبات المصري على بيان عقوبة الجرائم الواقعة على الجسم في حالات الجرح أو الرب أو إعطاء المواد الضارة إذا أفضى الى الموت . وفي المادتين (٢٤٠ و٢٦٥) إذا أفضى الفعل الى العاهة المستديمة .

(٤) د . محمود نجيب حسني- الحق في سلامة الجسم- البحث السابق ص ٢ .

الدكتور رمان أبو السعود- المرجع السابق- ص ٥٠٨-٥١٢

الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال- النظرية العامة للقانون - الدار الجامعية ١٩٨٧ ص ٣٣٦ .

(١) د . محمود نجيب حسني -الحق في سلامة الجسم- ص ٩- ١٠ نصت المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ المعدل ما يلي :

(٢) من اعتدى عمداً على آخر بالجرح أو بالضرب أو بالعنف أو بإعطاء مادة آرة أو بأرتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون قادماً أحداثاً عاهة مستديمة به يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة . وتتوفر العاهة المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو اتقصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل أدى زواله أو خطر حال على الحياة .

(٣) د . محمود محمود مصطفى- مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية- مجلة القانون والاقتصاد- العدد الاول السنة ١٨ ١٩٤٨ ص ٢٨٦ . ويرى الدكتور حسن الذنون- المسؤولية الطبية (محاضرات غير منشورة) ص ١٦ ان العلاج البدن والنفوس وشفاء المريض ولهذا فهو تدخل جائز . وان أقدام الطبيب على تجربة دواء معين على جسد المريض دون مراعاة للضوابط القانونية يشكل خطأ موجب للمسؤولية القانونية . وانظر حول الحق في عصمة البدن والحق في عصمة النفس :

وإذا كان قد بينا باختصار أهمية الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري ، فهل أن إجراء التجربة الطبية على البدن يعد من الأفعال المحظورة ويعاقب الفاعل عليها ؟ وما هو دور رضا الشخص في رفع الصفة الجرمية لفعل القائم بالتجربة ؟ وما حكم التجربة الطبية التي تجرى على صحيح البدن أو عليه الجسم بمرض لا يرجى الشفاء منه ؟ ثم ماهو المقصود بالتجربة الطبية ؟
للإجابة عن الحكم القانوني لهذه الاسئلة والاعمال الطبية لابد أولا من بيان التطور التاريخي للتجربة الطبية ثم بيان التنظيم القانوني لها وشروط اجراءات القيام بها .

الفصل الثاني

التطور التاريخي للتجربة الطبية

من المؤكد أن التطور في شتى العلوم والمعارف لم يصل اليه الانسان بالصدفة ، وانما تتحكم القوانين في هذا التطور والتقدم المادي ، وكلما يزداد اكتشاف الانسان لها والتعرف عليها تخضع الطبيعة لسيطرة الانسان . ولا يخفي أن لاجراء التجارب في ميدان علم الطب على الحيوان من أجل الانسان أو على الانسان من أجل الانسان الاثر الكبير في الانجازات العلمية الطبية . فاكتشاف اشعة- من قبل (مدام كوري) والوصول الى علاج الكثير من الامراض الخبيثة وغير الخبيثة وايجاد العلاج الناجم لامراض أخرى لم تتوصل لها المجتمعات بالصدفة ، وانما بموجب قوانين موضوعية وحسب منهج التجربة والخطأ سواء عن طريق استخدام المختبرات الطبية أو بدونها .

لقد دفعت البشرية ثمناً باهضاً حتى وصلت الانجازات العلمية الى ما هي عليه بفعل عقول العلماء المتصلة ، وفي ميدان التجارب الطبية على الجسم البشري يلزم الاشارة بأيجاز الى تطور هذه تطور التجربة على الجسم البشري .

وقبل ذلك لابد من القول أن الفقه الاسلامي يبيح الاجتهاد في علاج الامراض فلا يسأل الطبيب لو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم^(١) . كما جاء في الحديث الشريف قوله (ص) : (أن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداواوا ولا تداواوا بحرام) . ونهي (ص) عن الدواء الخبيث ولهذا فالدين الاسلامي لا ينفلت أمام المصالح المشروعة ومنها اجراء التجارب الطبية والعلمية ولا يمنم من اتخاذ اجراءات الوقاية من الامراض لاعتبارات صحية ، بل يجبر الانسان الخضوع لاجراء التطعيم بالامصال الطبية الخالية من الممرات^(٢) .

أن التجارب الطبية العلمية على الحيوان والانسان منذ القدم كانت سلاحاً ذو حدين يحمل المخاطر ويتضمن المزايا والفوائد لخير الناس ، ومن تلك المزايا أنه لولاهما لمكث العلم والمعرفة متحجرة متروكة لمحص الصدفة لا يحكمها قانون ولما وصلت العلوم والمعارف الى هذا التطور العظيم ، فالطب مثلا علم يقوم بدرجة كبيرة على تجربة ان لم يكن قيامه كلياً على التجربة والمراقبة والتمحيص^(٣) . والادوية التي تستخدم لعلاج المرضى يجب أن تخضع لقانون التجربة لاكتشاف فاعليته وأغراضه الجانبية .

(١) د . حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- بدون سنة نشر ص٢٨٦ هامش رقم (١) .

(٢) د . عبد السلام عبدالرحيم السكري- نقل وزراعة الاعضاء الادمية من منظور اسلامي ١٩٨٨ ص ١٧٣ - ١٧٤ .

(٣) الدكتور راجي عباس التكريتي- السلوك المهني للاطباء- بغداد ١٩٧٠ ص ٣٨٨ .

= الدكتور مصطفى الجمال والدكتور حمدي عبدالرحمت- المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) مكتبة مسيرة الحضارة- مصر- بدون سنة نشر ص ٣٣ وما بعدها .

ويمكننا القول أن جميع الاعمال الطبية الناجحة لم يتوصل اليها العلماء الا عبر التجارب الطبية سواء أكان ذلك في نطاق زراعة الاعضاء البشرية أم في اكتشاف الامراض وتحديد العلاج أم في الاعمال الطبية الاخرى . واذا كانت بعض هذه الاعمال قد تجاوزت مرحلة التجارب الطبية كبعض عمليات نقل وغرس الاعضاء البشرية والاعمال الجراحية واستخدام الادوية والعقاقير ضد مرض معين ، الا أن بعاً من هذه الاعمال الطبية ما يزال العلماء يجاهدون ويبذلون جهودهم ومنها ممارسة التجارب الطبية للتغلب على الامراض أو الوصول الى نتائج طبية معينة كالمحاولات الجارية لاكتشاف مصل ضد مرض الايدز و السرطان بأنواعه .

ففي ميدان نقل وغرس الاعضاء البشرية جرت أولى محاولات التجارب الطبية في ترقيم الجلد ، حيث اجريت العملية لأول مرة عام ١٨٦٩ لمعالجة التشوهات الناجمة عن الحروق ومخاطر الحرب . أما زرع الكلية فتعود تجربتها أولاً الى عام ١٩١٠ حين اجريت أولاً على الحيوانات^(١) . وقد فشلت تجارب نقل الدم من الحيوان الى الانسان عام ١٦٦٨ فصدر بفرنسا قانوناً يحرم عمليات نقل الدم حتى نجحت تجربة نقل الدم ١٨١٨ بين البشر وابعام القانون هذه الاعمال الطبية بعد نجاح التجربة^(٢) .

وفي ميدان تكاثر الجنس البشري من غير الطريق الطبيعي (الاتصال الجنسي المباشر) قام الطبيب الانكليزي (جون هنتر) بتجارب طبية في ميدان التلقيح الاصطناعي عام ١٨٩٩ وكان ذلك بنطفة زوج مع بويضة من زوجته في حين جرت عملية تلقيح امرأة بغير نطفة زوجها في فرنسا لأول مرة عام ١٩١٨^(٣) .

أما في أبات الحرب العالمية الثانية فقد جرت بعض التجارب الطبية لاطباء المان مثلوا بعدها امام محكمة نورمبرغ العسكرية الامريكية ، اذ أحيل اليها ٢٣ متهماً معسكرات اباده ، وكانت تهمهم هي اجراء التجارب الطبية على أجسام الاسرى وعلى أفراد ديانة أخرى دون التقييد بالشروط القانونية ومن بينها البحث عن آثار المرتفعات العالية ، والتجميد بالبرودة وأثر الكيمياءويات والسموم والمصل المضاد للغنفرينا والهرمونات الاصطناعية وأثر السلفامين على الجروح الملوثة

(١) الدكتور حسام الدين الاهواني - المشاكل القانونية التي تشيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية- ١٩٧٥ ص ٨- ٩ .

(٢) د . حسام الاهواني- المرجع السابق- ص ١١ .

(٣) كتاب بيان للناس من الازهر الشريف- ج ٢ بدون سنة نشر . التلقيح الاصطناعي) ويلاحظ في أن أول تجربة صحيحة في عالم التلقيح الصناعي قام بها العالم والطبيب الايطالي (لازاري سبالانزاني) الذي قام في عام ١٧٨٠ بحقت كلبة عذراء اصطناعياً بسائل منوي أخذ من أحد الكلاب فحملت على اثر ذلك وانجبت ثلاثة جراء كاملتي التكوين الفيزيولوجي ولم يشمل الانسان الا بعد الحرب العنثية الثامنة .

رياض الخاني- المظاهر القانونية للتلقيح الاصطناعي- مجلة المحامون السورية عدد ٦٦٩ ص ١٩١ .

والتيفوس والعمليات الجراحية في الاعصاب والعضلات والعظام والتعقيم و اباده المجانيين والمشوهين والميؤس شفائهم . وقد دافعوا هؤلاء أمام المحكمة بانهم نفذوا أوامر رؤسائهم ، الا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع واعتبرت هذه الاعمال الطبية من قبيل الجرائم العادية لا التجارب الطبية^(١) . ولا شك أن حالة الحرب من الظروف الاستثنائية التي تلحق الويلات بالبشرية فتفقد المجتمعات كثيراً من قيمها الانسانية النبيلة وتنحسر القوانين جانباً ويسود منطلق القوة والانانية ، ولهذا ليس غريباً أن تقع الكثير من التجارب الطبية على أسرى الحرب والمعتقلين والسجناء والمشوهين والمتخلفين عقلياً .

ولقد ثبت وقوم مثل هذه التجارب ابات الحرب الكورية عام ١٩٥٤ وخلال حرب فيتنام من الولايات المتحدة الامريكية وأبات حكم صدام حسين . ولذلك كان لابد من الحد من مثل هذه الاعمال أو تنظيمها بصورة تتفق مع مبادئ حقوق الانسان واتفاقية جنيف عام ١٩٤٩ التي ألحقت بها اتفاقية أخرى عام ١٩٧٧ التي وضمت أسس قواعد القانون الدولي الانساني .

لقد نصت اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ الخاصة بالجرحى والمرضى من العسكريين في الحرب البرية على تحريم الافعال التي ترتكبها الاطراف المتحاربة تجاه المرضى والجرحى الذين يقعون في قبضة الطرف المعادي ومنها :

١- القتل المتعمد أو الاجهاز على المرضى والجرحى .

٢- التعذيب أو المعاملة الانسانية تجاه المرضى والجرحى من طرف المعادي .

٣- اخضاع المرضى والجرحى الى اختبارات بيولوجية أو اجراء تجارب طبية أو علمية عليهم أو التسبب المقصود في عدوانهم بأية امراض أو بتر أي عضو من أجسامهم^(٢) .

(١) الدكتور عبدالوهاب حومد- المسؤولية الطبية الجزائية- مجلة الحقوق والشريعة ١٩٨١ ص ١٨٩ .

لقد كتب الجنرال Tedford في ١٩/١٨/١٩٤٧ توصيات عرفت بقواعد Nurem berg

انظر : الدكتور عادل عبد ابراهيم- المسؤولية الطبية في قانون العقوبات جامعة مونبلييه ١٩٨٧ (بالفرنسية)- فصل التجارب الطبية . انظر تفصيلات حول التجارب الطبية على الجسم البشري

Experimentation Medicale sur L.home

من الاطباء النازيين في المانيا الغربية ومحاكمات نورمبرغ عام ١٩٤٧ وانواع التجارب الطبية التي قاموا بها على الجسم البشري :- Personne de- Ies droit de la perosne Problems politiques et sicialix- vant Ia vie et Ia mort. No.122 1985. P.31

(٢) أنظر الدكتور صالح العبيدي- الم نازعات الدولية . بغداد ٩٨٧ ص ٥٨- ٥٩ وأنظر المادة (٣) من اتفاقية جنيف بشأن معاملة اسرى الحرب المؤرخة في ١٢/٨/١٩٤٩ حيث جاء في الفقرة الاولى (أ) على حظر الاعمال التالية : أ- أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الاخص القتل بكل أنواعه وبتر الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب) .

الفصل الثالث

التنظيم القانوني للتجربة الطبية

أبتداءً لابد من القول بأن المقصود بالتجربة الطبية ليست تلك الاعمال التي يلجأ اليها الاطباء اذا اصطدموا بحالة تحتار في علاجها الاصول العلمية الثابتة ، لان الطبيب يتمتع في هذه الحالة بقدر من الحرية ، فيكون من حقه أن يجرب علاجاً قد يكون فيه الامل الاخير لانقاذ المريض ولا تنهض عليه أية روم الابتكار لدى الاطباء ، فالاجتهاد ضروري لتطوير مهنة الطب من أجل الانسانية^(١) .

ان المراد بالتجربة الطبية على الجسم البشري ، تلك الاعمال العلمية أو الفنية الطبية التي تعمل دون ضرورة تمليها من حالة المريض ذاته لاشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة علم الطب أو لخدمة الانسانية المعذبة^(٢) .

ولاشك أن العمل الطبي الجراحي والعلاجي يهدف الى شفاء المريض وما عمل الطبيب في اجراء التجربة الطبية Experience medicale وعلى المريض للاستقرار على وسيلة علاجية معينة أكثر تناسباً مع حالة المريض وصلوات الى أفضل نتيجة الاخطوة مشروعية ولا تكون محلاً لاثارة المسؤولية الطبية ما دام أنه اتبع في ذلك مسلك الطبيب المماثل له لاسيما وأن المجال العلمي على درجة من الانسجام والتغيير الذي يقتضي المحاولة والتجربة المستمرة حتى يتقدم ويتلائم مع الحالات المتطورة^(٣) .

فإذا خرج عن هذا الاطار تصبح مسؤوليته المدنية موضعاً للبحث ولهذا يلزم وجود بعض الضوابط القانونية أو الشروط اللازمة لتحديد ما يعمد عملاً طبياً علاجياً أو تجربة طبية علاجية ضمن الاجتهاد العلمي الدقيق أو هي مجرد تجربة طبية وصولاً الى الشهرة أو ارضاء لشهوه علمية أو تحقيقاً لكسب غاية معينة على حساب السلامة الجسدية للمريض ، إذ أن خروج الطبيب عن الغاية التي من أجلها أبيضحت له مزاولة مهنة الطب خروج عن سبب الاباحة وتسقط عنه الحماية الماسة بجسم الانسان وأن فعله يعد خطأ حتى ولو روعيت أصول المهنة فينهض الركن الاول من

(١) الدكتور حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- ص ٢٨٩ .

(٢) الابراشي- ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٣) الدكتور محمد حسنين منصور- المسؤولية المدنية لكل من الاطباء والجراحين وأطباء الاسنان والصيدالة والمستشفيات العامة والخاصة والمرضى والممرضات- موسوعة القضاء والفقه ج ٢٤١ ١٩٨٥ ص ٥١ .

ولابد من الاشارة الى أن لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة أعدت عام ١٩٥١ مشروعاً قننت فيه الجرائم ضد سلام وأمن البشرية أدخلت عليه تعديلات سنة ١٩٥٤ وتحدد بالمشروع أسس المسؤولية الدولية ومسؤولية الافراد عن الجرائم المرتكبة ومنها (أحدث الاضرار الجسيمة بسلامة الجسم)^(١) . وفي عام ١٩٦٤ وضع اتحاد الاطباء العالمي القواعد الادبية لاجراء التجارب الطبية على الانسان والتي عرفت بمقررات هلسنكي^(٢) . ونشير الى ان الوحدة العسكرية رقم ٥٠١٣ مارست كل هذه الجرائم ضد الكورد والشيعية والمعارضين لحكم الطاغية صدام وبخاصة اثناء الحرب ضد ايران .

(١) الدكتور محمد عبدالعزيز ابو سخيلة- حقوق الانسان- الكويت ٩٨٥ ص ٢٧٠ .

(٢) د . راجي التكريتي- السلوك المدني- ص ٣٨٨ .

الدكتور مصطفى العوجي - المسؤولية الجنائية- مؤسسة نوفل ٩٨٥ ص ٥٠٩ .

أركان المسؤولية المدنية^(١). هذا فوق أن قبول الشخص بإجراء التجربة الطبية على جسده هو رضاء غير صحيح ولا يعفي الفاعل من المسؤولية. لأن الرضاء ليس سبباً من أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بجسم الانسان^(٢). ولم يتفق الفقه والقضاء الفرنسي في مدى اعتبار التجربة الطبية على الجسم البشري من الظروف المخففة للعقوبة أم سبباً للتشديد سواء أكانت بهدف البحث العلمي أو لكسب مادي أم لغيره^(٣). وقد حكم في فرنسا على طبيبي مستشفى وفقاً للمادة ٣١١ من قانون العقوبات الفرنسي (العاهة المستديمة) لانهما أرادا أن يتعرفا مبلغ العدوى من مرض الزهري العارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته الى صبي في المستشفى فأصيب به^(٤).

(١) الأبراشي - المرجع السابق ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .

لأن هذا الخطأ إذا لم يولد للشخص أي ضرر فلا تنهض المسؤولية ففي قضية تتلخص في قيام طبيب بتلقيح الغدد الجنسية لتجديد الشباب على طريقة (فورتوف) حيث قام بنزع الغدد من شاب برضاء لقاء مبلغ من المال ولقم بها عجزاً فقى ببراءة الطبيب بناء على عدم حصول ضرر للشباب . ويعلق الاستاذ (سيمون) البلجيكي في المجلة البلجيكية لقانون العقوبات لسنة ١٩٣٣ على أن هذا العمل الطبي من الاعمال الجائزة مالم يكن مخالفاً لواجب اجتماعي على الشاب أو وسيلة لكسب المال كما هو في القضية المذكورة . الأبراشي - ص ٢٩٢ . وانظر في الخطأ الطبي :

Gerard memeteau- le droit medical-4. Paris 1985-P.411

(٢) الأبراشي - ص ٢٨٨ .

المقصود برضاء المريض بإجراء التجربة الطبية عليه لمصلحته البدنية أو رضاه بالعلاج بقصد الشفاء هو ليس مجرد الإيجاب الصادر من الشخص والذي إذا اقترب بقبول الطبيب ينشأ العقد الطبي وانما هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء متى أراد الطبيب مباشرة العلاج أو القيام بالتجربة الطبية لأن الاصل ان للنسان حرية في ذلك وله حقوق لصيقة به رغم قول البع بأن (للتبيب حق في العلاج) الا أن وجوب أخذ رضاء الشخص مسألة ضرورية ولهذا ذهبت محكمة التمييز في قرارها (غير المنشور) رقم ٣٦٧/٨٧-٨٨ في ٧/١١/١٩٨٧ الى تأكيد هذا المبدأ القاضي بوجوب اخذ رضا الشخص ففي قضية تتلخص وقائعهما ان المدعية (م) ادعت لدى محكمة بداءة الكرامة بانها زوجة الدكتور (ب) وقد اسقط جنينها بفعل كل من الدكتور (خ) والدكتورة (م) عن طريق الاجهاض دون رضاهما بحجة تناولها حبوب تؤثر على سلامة الجنين وتعرضه للنشوه وهي واقعة لاساس لها من الصحة وتخطيطاً من زوجها الدكتور (ب) للتخلص من الجنين وايقام الطلاق فطلبت الحكم لها بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها .

فقررت محكمة البداءة رد الدعوى بطلب التعويض الا أن محكمة التمييز نقضت هذا الرد وجاء في قرارها : (ان حق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنم الكرامة المرقم ١٠٧٢/ج/١٩٨٤/١٩٨٥ المؤرخ في ١/٢/١٩٨٦ اذ أدان المدعي عليها وقض بحبس المدعي عليها سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ والحكم على المدعي عليه (د . خلدون) بالغرامة . وحيث ان الحكم المذكور قد اكتسب درجة البتات بوقته مع النظر لظروف القضية وعدم ثبوت تناول المدعية الحبوب التي تشوه السير بدعوى التعويض والركون الى خبراء مختصين لتقديره) .

(٣) الأبراشي - ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

(٤) الأبراشي - ص ٢٩١ هامش رقم ٢ .

وإذا كان رضاء المريض ليس دائماً يعتد لوصف المشروعية على فعل الطبيب طالما انه ليس سبباً من أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بالجسم البشري وحيث أن سلامة الحياة والبدن من النظام العام وحمائته أمر تقتضية مصلحة المجتمع^(١). فان هناك شروطاً أساسية يلزم اتباعها للقيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري وهي بمثابة التنظيم القانوني لممارسة التجربة على البدن وهي^(٢) :

الشرط الاول : أن يكون في إجراء التجربة الطبية كسب علمي لصالح الانسان وتقدم علم بدلالات واضحة^(٣). وسواء أكان هذا الكسب هو لخاصة البشرية من مرض فتاك أو من غيره . وفي هذا المجال نشرت جريدة الثورة البغدادية في ٣١/١٠/١٩٨٨ خبراً مفاده أن السلطات السويسرية تسعى لاتخاذ اجراءات تاديبية ضد اطباء قاموا بإجراء تجارب غير مرخص بها وبصورة عشوائية السويسري عندما أجروا تجارب طبية على مرضى دون اشعار السلطات بذلك لاسيما وأن التجارب أجريت دون ترخيص في مستشفى للأمراض العقلية بمدينة قريبة من مدينة (برن) السويسرية .

الشرط الثاني : حصول الطبيب على رضا المريض بعد اطلاعه على أخطار التجربة والهدف منها^(٤). فالموافقة الحرة الكاملة للشخص المعالج أو للولي أو الوصي أو لمن له علاقة قرابة مباشرة ضرورية قبل إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري^(٥).

الشرط الثالث : للمريض أو لاقارب حرية الرجوع عن الرضاء ومنع القائم بالتجربة من القيام بها أو الاستمرار فيها^(٦). وعلى الشخص القائم بالتجربة (طبيباً كان أم شركة أدوية أم مركز بحث علمي) بذل العناية الكافية للمحافظة على سلامة الجسد . ومسألة التثبت من القيام بهذه العناية أم عدم توافرها هي مسألة وقائم على من يدعي عدم توفرها ، اثبات ذلك أمام المحكمة المختصة .

الشرط الرابع : أن تكون الموافقة من المرض أو أقاربه مكتوبة^(٧). أي أن يكون الرضاء في صيغة

(١) الدكتور محمد حسنين منصور- ص ٥٢ .

(٢) الدكتور عبد الوهاب حومد- البحث السابق- ص ١٩١ .

(٣) د . عبد الوهاب حومد- ص ١٩١ .

(٤) د . راجي التكريتي- ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

حول وجود الإرادة والتعبير عن القبول وحالة السكوت البسيط والملابس في القانون المدني الفرنسي أنظر :

Pierre raynaud et marguerite vanel (daloz)- repertoire De droit civil tome 11- Paris 1971

PP.1-9

(٥) د . عبد الوهاب حومد- ص ١٩١ .

(٦) د . راجي التكريتي- ص ٣٩٦ - ٣٩٧ .

(٧) الدكتور مصطفى العوجي- ص ٥٠٩ .

شكلية كتابية ، كما يلزم أن تكون الوسائل المستخدمة في التجربة الطبية اقل خطراً على حياة الشخص وسلامة بدنه وأن عواقبها غير مجهولة .

والواقع أن اجراء التجربة الطبية يكشف عن المساحة الضرورية لمرونة العمل الطبي بشروط ضرورية تعد من ضوابط اجراء التجارب ، الا أن هذه التجارب ليس المقصود بها المغامرة بأكثر من حدود الكفاءة العلمية والفنية للطبيب ، لان مثل هذه المغامرة التي ينتج عنها ضرر جسدي مميت أو غير مميت (كالعاهة البدنية) أو العجز الكلي أو الجزئي تعد خطأ موجباً لقيام المسؤولية الجنائية والمدنية يستحق المري عنها التعويض ، كما يستحق من حرم من الاعالة (وارثاً كان أم غير وارث) حتى الدرجة الثانية التعويض عن الضرر وفي رأينا أنه حتى في اصابة المريض بضرر جسدي غير مميت فانه يستحق هؤلاء التعويض عن الضرر المادي والمعنوي عند قيام المسؤولية على القائم بالتجربة ، لان حقيقة التجربة الطبية يلزم أن تكون لخدمة المريض والانسانية وضمن ضوابط ممارستها لمعرفة قوانين معينة في الجوانب الكيمياءية أو الطبية أو وظائف الاعضاء وأثارها على سلامة الحياة والجسد .

كما يفهم من ذلك أن الجسم البشري ليس مختبراً ولا حقلاً للتجارب الطبية ، فلجسد الانسان وحياته قديسة^(١) . ولهذا استقر الرأي على منع اجراء التجارب الطبية حتى على جسد الانسان المصاب بمرض عقلي كالمجنون والمعتوه ، كذلك منع اجراء التجارب الطبية على السجين أو الاسير حتى ولو كان الرضا موجوداً لمن هو قادر عن التعبير عن ارادته^(٢) ، حيث يلزم أن تجري التجربة على الفئران أ ، القروود أو الحيوانات الاخرى . الا أن اجراء التجربة على الحيوانات ليس ممكناً دائماً ، فجسم الحيوان في جوانب منه يختلف عن جسم الانسان ، وما يؤثر في الجسد الحيواني قد لا يؤثر

نفس التأثير في الجسد الانساني . ولهذا عمدت شركات الادوية العالمية الى جعل شعوب العالم الثالث حقلاً لتجاربها الدوائية خصوصاً في مجال (حبوب منع الحمل) في البلدان ذات الكثافة السكانية أو في غيرها ، حيث تبين أن بعض الانواع تسبب في سرطانات الثدي والعصبية والامراض الخطيرة الاخرى عند النساء . وأدت في احيان اخرى الى موت المراهقات في السويد اللواتي يتناولن هذه الحبوب بهدف تنظيم الدورة الشهرية او منع الحمل .

بناء عليه ، فلا ينفع رضا الضحية في رفع التجريم عن كل تجربة تجرى على جسم الانسان اذا لم تتوفر الضمانات والشروط اللازمة لذلك^(١) . ولهذا يذهب الكثير من الفقهاء والشرام الى اضافة شرط خامس ضمن ضوابط اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري وانسجاماً مع مقررات هلسنكي لعام ١٩٦٤ وهو :

الشرط الخامس- ان تجري التجربة الطبية اولا على الحيوانات ثم على الانسان اي ان لاتتم اولا على جسد الانسان مالم تكن قد خضعت للفحوص المختبرية بعد تجريها على الحيوانات وظهر فرص الشفاء بصورة واضحة وان تجري على المريض لاعلى صحيح البدن^(٢) .

ويتحفظ الاستاذ الدكتور الذنون فيقول في هذا المجال ، (بأنه قد يقال أن بأمكات الطبيب اجراء هذه التجارب الطبية على الحيوانات وليس على الانسان ونقول ان هذا صحيح في جملته غير صحيح على اطلاق اذ ينبغي ان لا يغيب عن الاذهان ان هناك بعض الامراض التي تصيب الحيوان ولا تصيب الانسان كما ان هناك امراً تقتصر على الانسان دون الحيوان هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان العلماء لاحظوا ان الدواء الواحد قد يحدث على الحيوان اثاراً ومضاعفات تختلف اختلافاً كبيراً عن تلك الاثار والمضاعفات التي يحدثها هذا الدواء على الانسان)^(٣) .

(١) يذكر الاستاذ عمر فاروق فحل في بحثه الموسم (حقوق الانسان في التشريعات المقارنة) المنشور في مجلة العدالة التي تصدرها دولة الامارات العربية ١٩٨٠ ص٧٧ : أن من حقوق الانسان الاساسية رعاية صحة العقل والجسم للانسان في حمايته من استخدامه كحقل تجارب لادوية . ويذكر ماييلي : (وقد لوحظ في السنوات الاخيرة ان عدد الادوية الجديدة التي يجري تجربتها ضمن أبحاث مشتركة بين الدول المتقدمة والنامية قد زاد بزيادة كبيرة . وكان من أهم أسباب هذه الزيادة هد عدم وجود القوانين الكافية في هذه الدول والتي تحمي حق الانسان بان لا يكون حقل تجارب ، كذلك حمايته من استغلال بعض شركات الادوية التي تغريه ببعض الحوافز أنادية مقابل تجربة الدواء) .

(٢) د . عبدالوهاب حومد- ص١٩١

انظر مانشرته جريدة الثورة في ١٠/٣١/٩٨٨ من اجراء التجارب الطبية في سويسرا على المصابين بأمراض العقلية رغم أن القانون الصحي السويسري يمنع ذلك .

فالمجنون والمعتوه ليس قادراً على التعبير عن ارادته لكي يرضي بالمساس بجسده باجراء التجربة الطبية ولان الوصي لا يملك حق الوصاية فيما يضر بالمجنون والمعتوه .

(١) د . مصطفى العوجي- ص٥٠٩ .

(٢) د . مصطفى العوجي- ص٥٠٩ .

ذكرت مجلة ناتشير ان لقاها لمنع الحمل يستعمله الرجال والنساء معا يسمى (٢٠/٥) قد ينتج خلال السنوات القادمة بعد أن أعطت الاختبارات على حيوانات التجارب نتائج ايجابية مائة ؟ . وجاء في المجلة التي نشرت أعمال فريق من الباحثين الامريكيين بهدف الى انتاج مادة مضادة تعمل ضد الحيوانات ؟ . . واثبتت التجرب ان الخصوبة تعود الى طبيعتها بعد بضعة اسابيع وان اللقاح ليس له اثار جانبية على الانسان كما ورد عن الباحثين ان من المعروف ان حقن الحيوانات من ذكر وانثى بمستخرج من الخلايا المنوية يؤدي الى العقم وان الرجال والنساء الذين ينتجون بصورة تلقائية اجساماً منوية يصابون بالعقم أيضاً .

الخبر نشر في جريدة الجمهورية عدد ٦٩٦١ في ٨/١٠/١٩٨٨ وقد وزعته وكالة الانباء العراقية على الصحف والمجلات العراقية .

(٣) الدكتور حسن الذنون- المسؤولية الطبية- محاضرات يشير المنشورة ص ٤٧- ٤٨ .

لم يرد في الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ اي نص يشير الى حماية الحق في الحياة وسلامة الكيان البشري وحظر اجراء التجارب اكلبية على الجسم مهما كانت الاسباب . ولهذا فان اغفال هذا الموضوع الحيوي يشكل نقصاً في الدستور^(١) ، بينما لم تفعل النص على ذلك كثير من دساتير الاقطار العربية ولاشك ان النص في الدستور على منع التجربة اكلبية على الجسم البشري انما هو تأكيد المبدأ التكامل الجسدي ودليل على أهمية حق الانسان في الحياة وفي سلامة بدنه وهو اهتمام واضح من المشرع على حماية هذه الحقوق .

ومع ذلك فان الدستور العراقي ذكر نصاً حرم فيه اجراء اي نوع من أنواع التعذيب النفسي او الجسدي على الانسان لاسد ذلك بسلامة صحته وبدنه اذ جاء في المادة ١/٢٢ ما يأتي :

(كرامة الانسان مصونة ، وتحرم ممارسة اي نوع من أنواع التعذيب الجسدي او النفسي) . والى هذا ذهب الدستور الجزائري لعام ٩٧٦ في المادة (٧١) .

ونعتقد ان ما ذهب اليه المشرع المصري هو الصواب ، اذ جاء في المادة ٤٣ من الدستور المصري ما يأتي : (لا يجوز اجراء اية تجربة اكلبية او علمية على اي انسان بغير رضائه الحر) . وهذا يعني جواز اجراء التجربة اكلبية على الجسم البشري اذا قبل بها وكان رضا الشخص حرّاً ويقوم رضا الولي او الوصي عن المريض فاقد الوعي في التعبير عن الارادة بالقبول .

ان المادة ٤٣ سالف الذكر وردت في الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة والهدف منها تأكيد حماية جسد الانسان في مواجهة صور معينة من صور المساس به وهي صورة التجارب اكلبية والعلمية ، ويجوز المساس بمبدأ الحماية المطلقة للجسم البشري عند توافر شرط الرضا وشروط ممارسة التجربة اكلبية الاخرى^(٢) .

واذا كان الدستور العراقي جاء خالياً من النص على ما يقابل نص المادة ٤٣ من الدستور المصري وهو عيب يلزم تلافيه ، الا ان تعليمات السلوك المهني لسنة ١٩٨٥ الصادرة عن مجلس نقابة الاطباء ببغداد نصت على شروط ممارسة التجارب اكلبية بصورة متناقضة مع قواعد نور مبرم عام ٩٤٧ وقواعد هلسنكي لعام ١٩٦٤ التي اوجبت اجراء التجربة على الحيوان في مراكز بحث علمي ثم نقلها للجسم البشري ، بينما ساوت تعليمات السلوك المهني بين التجربة التي تجري

٢ - انظر اقتراحنا بشأن الدستور العراقي الدائم التي القيت في ندوة الدستور المنعقدة في كلية القانون بجامعة بغداد لمناسبة يوم العام في ١٩٨٩/٣/٢٧ .

١- د . عبدالسلام عبد الرحيم لسكري- نقل وزراعة الاعضاء من منظور اسلامي- ص١٧٢ .

على الجسم الحيواني والجسم البشري وهو يتعارض مع مبدأ معصومية الجسد اذ جاء في هذه التعليمات ما يلي :

(تعد التجارب على المريض عمل جنائي الا اذا اجريت لاغراض علمية بحثة وفي مراكز بحث علمي او معاهد علمية تعليمية .

١- لمبدأ في تطبيق التجارب العلاجية هو ان تكون التجربة قد خضت للبحث العلمي عند الانسان او عند الحيوان .

٢- يجب الامتناع عن اجراء اية تجربة فيها احتمال خطر على حياة الشخص) .

والملاحظ على هذا النص ، ان الصياغة لهذه الفقرة في تعليمات السلوك المهني جاءت ركيكة وغير مفهومة وهي مليئة بالاطفاء النحوية كما انها ليست صياغة قانونية ، فلعلم الجنائي يقصد به الجريمة الواقعة على حياة الانسان وسلامة بدنه المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ٩٦٩ (المعدل) في المواد من (٤٠٥ - ٤٢٠) سواء اكانت الجريمة افضت الى الموت اي الضرر الجسدي المميت ام الى العاهة البدنية المستديمة مهما كانت درجتها وهي ضرر جسدي غير مميت .

هذا فوق ان تعليمات السلوك المهني لم تنص على حظر اجراء التجربة اكلبية على صحيح البدن الا ان الفقه الفرنسي والفقه العربي يتجه الى عدم جواز خضوع صاحب الجسم السليم للتجارب اكلبية عليه واغفلت النص على ان تجري التجربة من اشخاص كفؤين لممارستها .

كما نتساءل هنا عن الدوافع والقدرة العقلية الصحيح البدن في قبوله الخضوع لاجراء تجربة اكلبية على جسمه ونعتقد ان الموافقة الحرة لا تكفي من المريض لاجراء التي تعتمد على التجربة في تطوره الا ان التجربة يجب ان تكون في حدودها المعقولة ولغاية واضحة هي شفاء المريض على ان تكون مستندة الى اختيارات سابقة على الحيوانات كالارانب والفئران والقروود وغيرها وهو امر مشروع ، اذ لا يخفى ان كثيراً من عمليات نقل وغرس الاعضاء البشرية جرت اولاً في العالم على الحيوانات ثم نقلت الى الجسم البشري بالنسبة للاعضاء البشرية التي ثبتت نجاحها وما تزال التجارب تجري على الحيوانات بالنسبة لبقية الاعضاء .

ان الجمعية الدولية للطب حددت في مؤتمرها المنعقد في هلسنكي عام ١٩٦٤ وفي اعلان صدر عنها عرف ب (اعلان هلسنكي) الشروط التي يجب ان تتوفر في التجربة اكلبية هي :

١- احترام المبادئ الاكلبية والعلمية التي تبرر الابحاث في الطب الانساني على ان تجري التجربة على الانسان بالاستناد الى فحوص مخبرية وتجارب على الحيوانات والى معطيات علمية ثابتة .

٢- تجري التجربة على الانسان بواسطة اشخاص اكفاء علمياً وتحت رقابة طبيب كفوء .

٣- لا يجوز اجراء التجربة الا اذا كانت أهمية الهدف الذي تصبو اليه متناسبة مع المخاطرة التي يتعرض لها من تجري عليه .

٤- قبل القيام بالتجربة يجب اجراء التقييم بعناية للمخاطر والمكاسب الممكنة والتي تلحق بمن تجري عليه وبالآخريين .

٥- يجب ان يكون الطبيب محترزاً بصورة خاصة عندما يكون من شأن الدواء او التقنيات المستعملة تريض شخصية الانسان للمساس (١) . يستنسج من ذلك ان اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري والتي يطلق عليها Experimentation medicale sur I, home .

ترتكز على اساس اخلاقي (٢) واساس علمي واساس قانوني وان هذه الاسس مترابطة فيما بينها من اجل ان تكون التجربة الطبية على الانسان لها أهدافها الانسانية التي تخدم البشرية والعلمية وفقاً لضوابط يسمح بها وينظمها القانون .

وعليه فان الفقه والقضاء الفرنسي يمنح الاطباء من تطبيق اي علاج لا يكون الهدف منه شفاء المريض ، وعليه تتقرر مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية عن اجراء التجربة الطبية اذا كانت بقصد التباهي او الزهو العلمي او الاغراض المادية مثلاً وهذا ما اكدته محكمة (ليون) في حكم لها منذ عام ١٨٥٩ (٣) .

وهذا يعني ايضا ان العبرة بالبائع الدافع في جواز او عدم جواز القيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري وهل بهدف الشفاء والبراءة من المرض والالم واطالة عمر الانسان ام بقصد الشهر العلمية فتكون عملاً غير مشروع .

ومع ذلك فان الفقه المدني والجنائي والاطباء لم يتفقوا على موقف موحد من مسألة اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري لان التجربة هي من الاعمال الطبية التي لها مساس بالحق في الحياة وسلامة الجسد ولا يمكن تجريد هذا العمل من اسمه الاخلاقية والعلمية والقانونية ولهذا يمكن حصر اهم الاتجاهات في هذا الميدان على النحو الاتي :

(١) الدكتور مصطفى العوجي - ص ٥٠٩ - ٥١٠ .

الدكتور عادل عبد ابراهيم - أطروحة دكتوراه بالفرنسية- مشار إليها (فصل التجربة الطبية) .

(٢) لوحظ ان هناك تجارة رائجة للبحث والهيكل العظيمة في الهند وبنغلادش حيث يجري بيعها بل ان هناك حوادث قتل المتسولين من اجل الحصول على هياكلهم العظيمة لبيعها لدول أخرى بالعملة الصعبة لاجراء التجارب الطبية واستخدامها في تعلم طلبة كليات الطب كما ان احيانا كثيرة يتم التعاقد على رؤوس البشر فقط لصالح كليات طب الانسان .

انظر جريدة الجمهورية الصادرة في ٢٢/٤/١٩٨٩ ص ١٥ .

(٣) د . عادل عبد ابراهيم - المرجع السابق .

الاتجاه الاول- الرافضون لاجراء التجربة الطبية على الجسم البشري ويرى انصاره ان اجراء التجربة الطبية (خطأ طبي) موجب للمسؤولية لانها من الاعمال الماسة بسلامة جسم الانسان وان الحق في الحياة والسلامة البدنية حق ثابت ولا يجوز ان يكون الجسم محلاً للتصرفات اذ لا يباح مس السلامة البدنية الا لضرورة فائدة الانسان ذاته ، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة السين الفرنسية ١٩٣٥/٥/١٦ على طبيبين بالعقوبة المقررة في المادة ٣١١ من قانون العقوبات الفرنسي لانهما ارادا ان يعترفنا على مبلغ العدوي في مرض الزهري العارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته الى صبي في المستشفى فأصيب به (١) .

وبهذه المناسبة نشير الى ان الفقه والقضاء في فرنسا مستقر على اقامة المسؤولية على الطبيب اذا لم يكن قصده من العلاج شفاء المريض او تحسين حالته الصحية وانما تحقيق اهداف اخرى حتى ولو كان يرجى منها تقدم العلوم الطبية او كشت علاجات جديدة لامراض خطيرة حتى ولو اجريت بناء على رضا الشخص اذ ان الرضا ليس في محله فهو يتعارض مع النظام العام وسلامة حياة جسم الانسان من النظام العام (٢) . وبالتالي فلا يجوز للطبيب ان يجعل مريضه موضوعاً لتجاربه واختباراته لمجرد الفضول العلمي ومحض الغرام بالفت ولكي يستند على حساب مريضه في دراسته الخاصة وابحائه العلمية (٣) .

كما يضيف الاستاذ (سافاتية Savatier) ان اجراء تجارب طبية دون ضرورة على كائن بشري يكون خرقاً من الطبيب لواجب احترام سلامة جسم الانسان وهذا الواجب مستمد من النظام العام ولا يستطيم الطبيب التحليل منه الا لمصلحة المريض ولهذا لا يباح له اجراء تجارب خطيرة لافائدة منها لصحة المريض وذلك بزعم انها ترمي الى بحث علمي يهدف الى تطوير العلاج والى هذا

(١) د . عادل عبد ابراهيم - المرجع السابق .

(٢) دونيد دوفابر - مشار إليه في اطروحة الدكتور عادل عبد ابراهيم - فصل التجوية الطبية .

ان أهمية الحصول على رضا المريض في العلاج او جراحة أو التجربة الطبية مبدأ مهماً خصوصاً اذا كان العمل الطبي ينطوي على كثير من المخاطر وقد شددت المحاكم الفرنسية من مسؤولية الطبيب الذي حقت المريض بمادة ينطوي استعمالها (يحبس تعليمات الشركة التي تصنعها) على قدر من الخطورة مما يتطلب معه الى الحيلة أخذ رضا المريض بذلك .

د . محمد حسنين منصور - المسؤولية الطبية - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية - ج ٢٤١ ١٩٨٥ ص ٢٩ . ويذكر الدكتور حسنين ايضاً في (ص ٣٥ - ٣٦) حول التزام الطبيب بأعلام المريض في أن يشرح له كل ما يمكن أن تشير له لديه عملية التخدير أو الصدمات الكهربائية طالما ان تلك الطرق من المتعارف علمياً على استخدامها حيث يجوز للطبيب أن يستخدم كل الوسائل الطبية المسلم بها لانها لم تكن محلاً للتجارب حول صلاحيتها الاولى .

(٣) الجوهري - ص ٣٠٢ .

ذهبت محكمة (ليون) في حكم لها منذ عام ١٩٣١^(١). ونعتقد أن تشريع الجثة يهدف تعلم طلبة كلية الطب ليست من التجارب الطبية وان تعلم الطلبة على جسم المريض في الفحص الطبي او الاسهام مع الاستاذ المشرف في المعالجة لا يدخل من مفهوم التجارب الطبية كما ان قيام الطبيب باجراء التجربة على جسم المريض للتأكد من سلامة الجسم من حساسية معينة لدواء معين كالبنسلين يدخل ضمن مرحلة العلاج المناسب للمريض فهو اختبار تضطرب دورتها الشهرية وتحقن بالمحلول الزيتي حيث يعد هذا العمل الطبي من ضمن العلاج بقصد السلامة الجسدية ، الا ان استخدام اسعة (الليزر) الى مناطق عميقة في الجسم لم يصلها مشروط الجراح في علاج امراض القلب والسرطان من التجارب الطبية^(٢).

الاتجاه الثاني - المؤيدون لاجراء التجربة الطبية على الجسم البشري : لعل من ابرز انصار هذا الاتجاه هم الالمان فقد ذهب الفقه والتشريع الالمانيين الى جواز اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري ، ويرى الفقه في المانيا أن من حق الطبيب مباشرة كل الوسائل الطبية التي تهدف الى غاية تقرها الدولة ، لذا فالتجارب الطبية مباحة طالما انها تهدف الى غاية علمية سواء نجحت التجربة على الجسم البشري ام لم تنجح مادامت قد اجريت حسب الاصول الطبية المقررة ولا يستلزم لباحة التجربة ان تكون موجهة الى شفاء المريض وقد ايد المشرع الالمانى هذا الاتجاه الفقهي في المادة ٢٢٦ من قانون العقوبات لسنة ١٩٣٣^(٣).

(١) ويقول الاستاذ سافياتية أنه حتى ولو اجريت الجتوبة الطبية وفقا لاصول العلمية فان مجرد الاقدام عليها يشكل خطأ في حد ذاته . الدكتور عادل عبد ابراهيم- المرجع السابق- فصل التجوية الطبية . وحمك انه اذا كان هدف الطبيب ليس شفاء المريض او تحسين حالته بالرجوع لمذاهب طبية جديدة وانما القيام بتجارب علمية فان عمله هذا يعتبر غير مشروع ويستوجب مسؤوليته المدنية والجنائية حتى ولو كان ذلك بقبول المريض او حتى بطلبه وحتى ولو كان قصده من اجر لها تحقيق غايات علمية . عبد الرحمن عبدالرزاق الطحان- مسؤولية الطبيب المدنية عن اخطائه المهنية- رسالة ماجستير في القانون- غير منشورة ١٩٧٦ص ٣٧٦ .

(٢) نشرت جريدة الثورة في يوم ١٩٨٩/٣/٥ (ص ١١) نقلا عن وكالة رويتر خبراً مفاده ان اشعة الليزر تستخدم حالياً في علاج امراض العيون وازالة النتزات الجديدة والبواسير الى الانسجة الزائدة والاورام وانها قد تستخدم في علاج امراض أخرى كالايدز والجروح علماً ان تاريخ استخدامها يعود لعام ١٩٦٠ وان عدد العمليات التي استخدمت فيها اشعة الليزر عام ١٩٨٧ بلغت مليون عملية في امريكا وحدها حيث يوجد في امريكا حوالي ١٤ الف جهاز ليزر وقد وافقت (ادارة الاغذية والادوية الامريكية) في بداية عام ١٩٨٨ على تجربة طبية لجهاز ليزر جديد لا يولد حرارة يستخدم في جراحات العيون مثل اصلاح القرنية دون اتلاف الانسجة وجرت التجارب الطبية هذه على البشر وحقت نجاحاً كبيراً .

(٣) الدكتور عادل عبد ابراهيم- اطروحة الدكتوراه بالفرنسية- نصل التجربة الطبية .

La Responsabilite medicale en droit penal- etude Compare- Montpellier 1987

وانظر الدكتور حسن زكي الابراشي- ص ٢٩١ . الدكتور محمد فائق الجوهري- ص ٣٠٢ . كما ان القضاء الايطالي يميل الى اباحة التجربة الطبية متى كانت برضاء المريض .

ونعتقد بأنه اذا كان من غير المقبول اجراء التجربة الطبية على شخص سليم البدن حتى وان كان ذلك برضاه وضمن الشروط الاخرى وأن اجراء التجربة يتعارض مع قواعد النظام العام ويوجب المسؤولية القانونية على الطبيب أو القائم بها ، الا أن الأمر يختلف بالنسبة لمريض يعاني من مرض خطير أو لا يرجى شفاؤه فتجرى التجربة الطبية عليه اذا كانت قد روعيت الضوابط المشار اليها ولأن القول بغير ذلك معناه جمود النصوص القانونية وتوقف علم الطب عن التطور من أجل خدمة الانسانية ، فما الذي يمنح من استخدام عقار معين جديد لتخليص المريض من عذاب الاورام السرطانية طالما أن الهدف هو قصد العلاج والبراءة من الآلام ؟ ومن ثم الوقوف على الاثار الجانبية للعقار الجديد لفائدة البشرية ؟ ثم الذي يمنح من استخدام الادوية أو الاجتهاد الطبي لمعالجة العقم اذا كان الزوجان يرغبان في ذرية ولم يرزقهما الله بالاولاد فتخضع الزوجة أو الزوج لتجربة عقار جديد أو طريقة جديدة ؟

كما نعتقد بإمكانية اجراء التجارب الطبية على الاشخاص المحكومين بالاعدام عن جرائم خطيرة ارتكبوها بحق المجتمع على أن يخفف العقاب الى درجة السجن المؤبد ودون أن يكون هناك خطورة من العدوى على سلامة المجتمع وهذا ما ينسجم مع قلناهُ أيضاً هبة الاعضاء البشرية من المحكومين بالاعدام لا سيما بعضاً من الولايات الامريكية مثل (أوهايو) تسمح باجراء التجربة الطبية على جسم الشخص المحكوم بالاعدام . وأن كثيراً من الفقهاء والاطباء يجيزون ذلك ، وأما معارضة القلة فلا نعتقد أنها تقوم على أسباب مقنعة لان الالم مهما كانت درجته فهو اقل مرارة من شبح الموت المخيف .

كما نخلص من كل ما تقدم الى تأييد الاستاذ الدكتور حسن الذنون^(١) . في هذين المبدأين وهما :

المبدأ الأول : يسمح للطبيب باستعمال العلاج الذي يعتقد أنه علاجاً مناسباً لحالة المريض ويضمن له الشفاء وتخفيف الآلام وتحسين الحالة ولا يدخل هذا الامر ضمن مفهوم التجارب الطبية حتى ولو استخدم طريقة جديدة مألوفة أو لا يقرها الكثير من الاطباء ، بل حتى ولو أعطى الطبيب مريضة دواء من صنع الطبيب أو تركيبه أو من الوصفات القديمة التي أخذها الطبيب المعالج عن بعض الكتب الطبية القديمة (كتذكرة الانطاكي مثلا) .

المبدأ الثاني : لا يجوز للطبيب سلوك طريقة غير مضمونة في العلاج من شأنها أن تنطوي على قدر كبير من الخطر والمجازفة ولا يجوز له أن يعتمد الى ابحاث تجريبية على مريضه دون أن

(١) المسؤولية الطبية- محاضرات غير منشورة- ص ٤٨٠ .

يكون مؤهلاً من الناحية العلمية للقيام بها وهو ما أوجبه قواعد هلسنكي لعام ١٩٦٤ سالفة الذكر ، فلو نجم عن هذه التجارب موت المريض أو إصابته بحروق أو جروح فأننا نكون أمام جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات لوجود الخطأ الجنائي ويحق للمتضررين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم .

هذا فوق أن استخدام طريقة الوخز بالابر ليست ضمن التجارب الطبية إذ أنها تستخدم في العديد من الدول كالصين وأن بعضاً من علماء الطب العرب أشار في كتبه الى هذه الطريقة منذ أكثر من ٢٥٠ عاماً ، وقد توصل الطبيب الصيني (وانغ شي روي) الى طريقة فعالة هي الضغط بدلا من الوخز بالابر أي بالضغط بأصبع اليد على نقط الوخز الأبرى بدلا من طريقة الوخز بالابر حيث عالم الطبيب وانغ ٤٠ مريضاً بالطريقة المذكورة وبلغت نسبة فعالية العلاج مئة بالمئة وفقاً لما نقلته وكالة الأنباء الصينية ويستمر الضغط بأصبع الإبهام لمدة دقيقتين أو خمس دقائق لتسكين آلام البطن وتشنج المعدة والأمعاء^(١) .

الفصل الرابع

الجزء القانوني عن إجراء التجربة الطبية

يقصد بالجزء القانوني ، الأثر الذي يترتب القانون على إجراء التجربة الطبية دون مراعاة للضوابط سالفة الذكر ولا يظهر هذا الأثر إلا بقيام المسؤولية حيث تبني المسؤولية الجنائية على أساس الخطأ وتقوم المسؤولية المدنية على أساس وجود الضرر ، هذا الى جانب الجزء الذي تفرضه القوانين والأنظمة الإدارية ذات الطابع العقابي أو التأديبي . وإذا كان الأثر المترتب على قيام المسؤولية الجنائية هو العقوبة فإنه الجزء المدني العام هو التعويض عند قيام المسؤولية المدنية ، بينما تكون للجزاءات التأديبية الإدارية جانب عقابي أو تأديبي على نحو ما سنبينه في مباحث ثلاثة وهي :

- المبحث الأول- الجزء التأديبي .
- المبحث الثاني- الجزء الجنائي .
- المبحث الثالث- الجزء المدني .

المبحث الأول- الجزء التأديبي

لا يقتصر الجزء التأديبي على ميدان العمل الطبي في إجراء التجارب الطبية على الجسد البشري لاكتشاف الآثار الأصلية والجانبية لدواء معين وإنما يمتد ليشمل حتى إجراء التجارب في نطاق نقل وغرس الأعضاء البشرية فقد تعرض العديد من الأطباء في العالم في محاولاتهم الفاشلة في نقل وغرس الأعضاء البشرية الى العقوبات التأديبية من الجامعات التي كانوا يعملون فيها كسحب اللقب العلمي منهم أو حرمانهم من ممارسة مهنة الطب لفترة زمنية لعدم مراعاتهم ضوابط نقل وغرس الأعضاء البشرية وأهمها اغفالهم لرضا الشخص المنقول منه العضو البشري .

وفي العراق فأن قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ المعدل نص على أن تكون قراراته ملزمة (المادة ٥٩/٤) وأن ما يصدر عن المجلس ليست قرارات إدارية يمكن للسلطة الإدارية الأعلى الغائها ، وإنما قرر لها المشرع الطابع القضائي .

كما أن التكييف القانوني لقرارات لجان الانضباط في دوائر الصحة في المحافظات ووزارة الصحة تعد بمثابة (حكم قضائي) وغاية الأمر أن الطعن بقرار لجنة الانضباط يكون أمام مجلس الانضباط العام بدلا من محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز ، لأن الخطأ الطبي الذي يقع هو خطأ وظيفي

(١) جريدة الثورة البغدادية- ٢٤/٢/١٩٨٩ .

١- المخالفات ذات الطابع المهني المحض كالتأخر عن الحضور للعمل أو الإهمال في أداء الواجب بحسن نية أو بسوءها .

٢- المخالفات التأديبية ذات الطابع السياسي .

٣- المخالفات التأديبية ذات الطابع الاخلاقي ، وهي ذنوب تتمثل في خروج الموظف على أخلاق المجتمع على نحو صارخ وبشكل يس سمعة الوظيفة العامة^(١) .

أن الجزاء التأديبي طبقاً لقانون انضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٣٦ المعدل يتمثل في العقوبات الانضباطية التالية :

١- الانذار ، وتتمثل هذه العقوبة بأرسال كتاب الى الموظف يذكر فيه الذنب المرتكب من الموظف ويلفت نظره الى وجوب عدم تكراره وتحسين أعماله في المستقبل .

٢- قطع راتب لمدة لا تتجاوز عشرة أيام .

٣- التوبيخ وتتمثل في ارسال اخطار تحريري الى الموظف يذكر فيه الذنب الذي ارتكبه وأن هناك من الاسباب ما يجعل سلوكه ليس مرضياً بسبب ذلك ويترتب عليها تأخير نيل الموظف زيادة راتبه وترقية درجته مدة سنة اعتباراً من تاريخ اكمال المدة القانونية (المادة ٨ فقرة أ ، ب) .

أما العقوبات التأديبية فتتمثل في انقاص الراتب وتزويد الدرجة (المادة ١٠) والفصل من الوظيفة (المادة ١١/١) ثم العزل ، فيتضح من ذلك أن العقوبات التأديبية أكثر قسوة من العقوبة الانضباطية ، لأن الاولى لاتبلغ حد قطع صلة الموظف بالوظيفة . ولهذا فان الكثير من الحالات التي توجد فيها أخطاء الطبيب مهما كان نوع الخطأ (حتى وان كان عند قيامه بالتجربة دون مراعاة لشروطها) فان العقوبة نادراً ما تبلغ حد العقوبة التأديبية وتتحصر في توجيه الانذار أو التوبيخ^(٢) .

ويلاحظ أنه في حالات الاخطاء الوظيفية الجسيمة من الاطباء فأن قرار الفصل يصدر (بعد اجراء

(١) الدكتور عبدالقادر الشيلخي - المخالفة التأديبية ذات الطابع الاخلاقي مجلة العدالة- العدد الثاني السنة ٦ ١٩٨٠ ص ٢٧٧ .

(٢) انظر مثلا ما نشر في صحيفة الجمهورية يوم ١/٣/١٩٨٩ (ص ١١) حول وفاة مواطنة في المستشفى العام للكوت ومعاينة الدكتورة هدى والدكتور باسم بعقوبة الانذار ومعاينة الدكتورة أميرة بعقوبة التوبيخ واحالة الطبيبة فائزة والدكتورة ماجدة الى لجنة انضباط في دائرة الصحة واحالة السائق عبدالعظيم الى لجنة انضباط واسط لاهماله وتقصيره في الموضوع وفي قضية اخرى توفي فيها شخص في مستشفى الفرات الاوسط في الكوفة لاهمال طبيب جرت معاينته في ٢٥/١/١٩٨١ بعقوبة التوبيخ فقط سناداً لاحكام المادة ١٣ من قانون انضباط موظفي الدولة (قرار رقم ٩) : لصادر عن لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة (غير منشور) . وفي قضية اخرى عوقبت الممرضة سعاد من لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة بعقوبة الانذار فقط عن =

يسير أو جسيم حسب الاحوال كالتبيب الذي يرتكب خطأ طبياً في المعالجة أو في التشخيص أو الممرضة التي ترتكب اهمالاً وتقصيراً فتموت المريضة من جراء ذلك أو تصاب بعاهة بدنية مستديمة أو غيرها . ولعل السبب في اناطة النظر بامر هذه الاخطاء من اللجان الادارية ثم الطعن بها أمام مجلس الانضباط العام هو التخفيف عن كاهل القضاء الاعتيادي ، كما يذهب الى ذلك البعض^(١) .

الا أن هذا الاتجاه أو التبرير غير سليم وليس عادلاً ، اذ غالباً ، وربما دائماً يتعاطف الاطباء (أعضاء اللجنة) مع زميلهم الذي ارتكب الخطأ فيذهب حق المريض هدرًا^(٢) . ثم أن الاتجاه في كثير من الدول اناطة أمر الاخطاء الطبية والمخالفات التي تصيب الغير بالضرر بالمحاكم الاعتيادية التي تستعين بأهل الخبرة للتحقيق ثم الفصل في الدعوى وأن كثرة القضايا أمام القضاء وفكرة التخفيف عنه أمر غير مقنع . هذا فوق أن الادارة تتمتع بوظيفة مزدوجة ، فهي من جهة خصم ، لان مرتكب الفعل الضار تابع لها (وظيفياً أو مهنيًا) كالتبيب أو الصيدلي أو الممرضة ، وهي من جهة ثانية بمثابة الحكم أو القاضي الذي يفصل في النزاع المعروض . ومثل هذا الامر غير جائز ويتنافي مع قواعد العدل والعدالة ، سيما وأن لجان الانضباط المشكلة في المحافظات أو الوزارات أو دوائر الصحة لا تم من بين أعضائها من المختصين بعلم القانون الا في بعض اللجان .

ان الاخطاء الطبية دون مراعاة الشروط التي أوجدها أم في غيرها كالاهمال والتقصير وعدم العلاج أو التأخر فيه أو الاضرار بجسد المريض أثناء العمل الجراحي مثلا تخضع أولاً ضمن القانون الجنائي ان كان الخطأ جسيماً كما لو أحدث العمل الطبي مهما كان شكله (ايجاباً أم سلباً) العاهة المستديمة كالعجز الكلي أو الجزئي أو أن يكون قد أدى الى الوفاة ، كما يخضع للقانون المدني فيلزم الفاعل بالتعويض عن الاضرار المادية والادبية (الضرر المعنوي) الامر الذي يوجب جعل النظر في هذه الاخطاء من اختصاص القضاء الاعتيادي سواء وقع الخطأ في المستشفى الحكومي أو الاهلي أو العيادة الخاصة .

أمام المخالفات الاخرى التي يرتكبها الشخص ولها صلة بالوظيفة العامة ويستحق عنها الموظف العام التأديب فهي :

(١) الدكتور عبدالقادر الشيلخي- المحاكمة الغيابية في الدعوى التأديبية- العدالة العدد الاول- السنة ٦ ١٩٨٠ ص ١٣٦ .

الدكتور عبدالقادر الشيلخي- مشكلة الجزاء المقنع في تاديب الموظف العام- العدالة العدد الثالث- السنة ٥ ١٩٧٩ ص ٨٧٩ .

(٢) انظر على سبيل المثال تأكيداً لما نقول ما نشر في صحيفة الجمهورية عدد ٧١٠٥ في ١/٣/١٩٨٩ حول وفاة مواطنة في مستشفى الكوت العام (١١) .

التحقيقات الاصولية) من مجلس قيادة الثورة^(١) .

أو من وزير الصحة أو مدراء المستشفيات طبقاً لقرار مجلس قيادة الثورة رقم ٦٢٠ في ١٩٨٨/٦/٢٣ المنشور في آب ١٩٨٨ وجاء فيه :

١- يخول وزير الصحة معاقبة أي منتسب من منتسبي الوزارة في حالة ثبوت تقصيره (عدا من صدر مرسوم جمهوري بتعيينه) بأي من العقوبات الآتية :

أ- الفصل لمدة لا تزيد عن ٥ سنوات مع منم من مزاوله المهنة طيلة مدة الفصل .

ب- الاحالة على التقاعد بدرجة أدنى مع منم من مزاوله المهنة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات .

٢- يخول المدراء العامون ومدراء المستشفيات ممارسة الصلاحيات المذكورة في الفقرة (١) أعلاه بالنسبة لموظفي الدرجة الرابعة فما دون العاملين في دوائهم عدا الموظفين من ذوي المهن الطبية) .

المبحث الثاني- الجزء الجنائي

يقوم الجزء الجنائي عند وجود الخطأ الجنائي والذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية ويراد به (مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص) ولهذا فهو أخص من الخطأ المدني وأن الفعل الذي يعد خطأ جنائياً قد يعد في الوقت ذاته خطأ مدنياً وقد لا يكون كذلك^(٢) . وقد نصت المادة ١٠٧ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على مايلي : (لايرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائم التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً) .

= أهمالها وتقصيرها الذي ادى الى وفاة الطضلة (عراق) . (قرار رقم ٧ في ١١/١٦/١٩٨٠) غير منشور . ويلاحظ على هذه القرارات انها تذكر الا حالة للطبيب أو الممرضة وغيره لاجراء محاكمته عن التهمة المنسوبة اليه! وليس هناك أي شخص من أعضاء اللجنة ممن يعلم بالقانون!

وفي قضية أخرى عوقب طبيب بعقوبة الأذكار لأهماله وتقصيره الذي ادى الى وفاة (مواطنة) وصدر القرار في ١٦/١٢/١٩٨٦ علماً أن الطبيب حالياً خارج العراق ، الا ان مجلس الانضباط شدد العقوبة الى (التوبيخ) لأهماله وأخلله بوظيفته لانه ترك المريضة بحالتها الخطرة وذهب الى النوم في دار الاطباء .

(١) أنظر مثلاً قرار رقم ٩٠ في ٢١/١/١٩٨٦ القاضي بفصل (رضية) الطبيبة في مستشفى السماوة من الخدمة ولايعاد استخدامها في أية وظيفة حكومية نشر في الوقائم العراقية المجموعة الشهرية شباط ٩٨٦

(٢) الاستاذ الدكتور سليمان مرتقب- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢- في الالتزامات ط٥- ١٩٨٨ ص٢٧٨ . ويلاحظ مثلاً ان ترك السيارة بدون مصابيح في شارع عام ليلا خطأ جنائياً سلبياً يسأل السائق عن فعله ولا يسأل مدنيا لعدم وجود الضرر بشخص ما يرى الاستاذان حسين عامر وعبدالرحيم عامر- في المسؤولية المدنية ط٢٥ ص٩٧٩ .

(ان في بعض الافعال التي يعاقب عليها القانون الجنائي ولكنها لا تترتب عليها جريمة مدنية وبالتالي لا توجب =

واذا كان الاعتبار في الخطأ الجنائي هو الاضرار بالمجتمع والجزاء فيه العقوبة الجنائية فإن الخطأ المدني ينظر اليه من ناحية الاضرار بالفرد والاخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد والجزاء فيه انما يتأدى في اصلاح ذلك التوازن بما يقضي به من تعوي^(١) .

وقبل بيان الحماية التي يكفها قانون العقوبات للحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري لابد من القول أن أركان الجريمة هي :

الركن الاول- الركن الشرعي . أي نص القانون الذي يجرم الواقعة (المادة ١ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩) .

الركن الثاني- الركن المادي . يتمثل في السلوك الخارجي الايجابي أو السلبي الذي تتحقق به الجريمة (المادة ٢٨ من قانون العقوبات العراقي) .

الركن الثالث- الركن المعنوي . أي توفر أهلية الجاني بقيام الادارة الحرة والاختيار وعندها يكون الفاعل مخطئاً^(٢) . وقد نص قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ على هذا الركن في المواد (٣٣- ٣٨) واعتبر الركن المعنوي يتضمن (القصد الجرمي والخطأ) .

= المسؤولية اذا لم يحدث ضرراً او لم تستكمل العناصر اللازمة لقيام المسؤولية المدنية كما في بعض احوال ؟ وفي جرائم التشرد والتسول وما الى ذلك) . ونحن نعتقد ان هذا غير صحيح على اطلاقه إذ يمكن ان تقوم المسؤولية المدنية حتى في حالة الشرع بالقتل لانه مساس بالتكامل الجسدي للانسان لما يحدث من رهبة وخوف وانفعالات نفسية فيصاب من شرع بقتله بضرر معنوي يستحق التعويض عنه ، لان الخوف والفرع والرهبة اساس بلحق في التكامل الصحي والنفسي للمسند .

(١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المسؤولية المدنية- ص١٥٧ .

(٢) الدكتور حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- ط٢ ج١ ١٩٧٦ ص١٣٠ .

الدكتور على حسين الخلف- الوسيط في شرح قانون العقوبات- النظرية العامة ج١ ط١ ١٩٦٨ ص٢٥٤- ٢٥٥ . الدكتور مصطفى العوجي- المسؤولية الجنائية- ١٩٨٥ ص٣٧ للمادة ٢٨ من قانون العقوبات العراقي لسنة ٩٦٩ على الركن المادي للجريمة حيث جاء فيها : (الركن المادي للجريمة سلوك إجرامي بارتكاب فعل جريمة القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون) .

وفي هذا السياق نشير الى نص المادة ١٤ قانون العقوبات البولوني لسنة ٩٣٢ التي جاء فيها : (أن الجريمة العمدية تعتبر قائمة ليس فقط عندما يرد الجاني ارتكاب وانما عندما يتوقع إمكانية حصول أثرها الجرمي ويقبل باقترافها أياً) . والمادة المذكور تشير الى حالة الطبيب الذي يحقن المريض بأسم لغرض التجربة العلمية فنزهت روحه .

الدكتور حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- ج٣ ١٩٧٦ ص١٠٩ . ويذكر الدكتور العوجي في ص٤٠ . (أن الخطأ الجنائي هو خرق لقاعدة قانونية أمرة أو ناهية مقرنة بعقوبة جزائية . والقاعدة القانونية هنا هي قاعدة جنائية تتضمن موجباً بفرضه قانون على الفرد تحت طائلة الجزاء . هذا الموجب يتطلب اما عملاً ايجابياً معيناً وأما امتناعاً عن عمل . فإذا اخل الفرد بهذا الموجب ولم يحترمه أو لم يتقيده به أو تجاوزه عرض نفسه للعقوبة التي لحظها النص) .

الا ان لكل جريمة أركان خاصة ايضاً ، ففي اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري والتسبب في العاهة البدنية أو الموت يلزم قيام أركان هذه الجريمة وهي :

١- الركن الشرعي ، وقد نصت عليه المواد الخاصة بقانون العقوبات تحت عنوان ص(جرائم الاعتداء على الاشخاص)^(١) .

٢- الركن المادي ، وهو قيام الشخص باجراء تجربة طبية خلافاً للضوابط القانونية فأدي الى العاهة المستديمة أو الموت .

٣- الركن المعنوي ، ويقصد به القصد الجنائي في الجرائم العمدية ، اي نية اذهاق الروح ، أي الاعتداء على جسم الجريمة بانها حياة الانسان بالاعتداء على حقه في الحياة وقد تكون الجريمة غير عمدية عند عدم توفر القصد الجنائي .

ولاشك أن قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل اعتبر عمل الطبيب وان كان ماساً بالجسم البشري من أسباب الاباحة لانه يستعمل حقاً نصت عليه المادة (٤١) في فقرتها الثانية على ما يلي :

١- لا جريمة اذا وقع الفعل استعمال لحق مقرر بمقتضى القانون ويعبر استعمالاً لحق .

٢- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثلة الشرعي أو أجريت بغير رضاء ايهما في الحالات المستعجلة)^(٢) .

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل أن القيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري يعد من اسباب الاباحة ؟ ومتى يكون ذلك ؟ أم أنه يعد من الأفعال المضرة بالحق في الحياة والسلامة البدنية ؟

(١) عالم قانون العقوبات لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية الصادر عام ١٩٧٦ الجرائم الولقمة على الاشخاص على النحو الاتي :

٢- الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم (المواد من ١٢٩ - ١٤٤)

٣- الاعتداء على حرية الانسان وكرامته (المواد من ١٤٥ - ١٦٠)

٣- الجرائم الماسة بالاسرة والصفار (المواد من ١٦١) .

نشر القانون في مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل العراقية- العدد الثالث السنة الثالثة-١٩٧٧ص٥١١ ويذكر الاستاذ الدكتور حميد السعدي في مؤلفة القيم الموسومة ب(شرح قانون العقوبات ج٣ جرائم الاعتداء على الاشخاص بغداد ١٩٧٦ ص٣٣ - ٣٤ .

بان الجرائم الاعتداء على الاشخاص هي (جرائم الضرر البدني) التي تتمثل في اصابة الانسان ببدنه سواء سببت له الموت ام لم تسببه كالقتل والضرب المفضي الى موت الفعل المؤدي الى العاهة الجسدية وغيرها .

(٢) يقابلها المادة ١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني .

والواقع أن الطبيب قد يحار في علاج حالة معروضة عليه فيسلك طريقاً للمعالجة قد يشكل (خطأ طبي) يسأل عنه حسب ظروف كل قضية وحيثياتها ، إلا أن التجربة الطبية التي تجرى على الشخص لا تملئها حالة المريض ، وانما بهدف الوصول الى نتائج عملية أو لاراء شهوة علمية معينة فان هذا الفعل يعد (خطأ جنائياً) موجباً للمسؤولية الجنائية والمدنية ، لان الفعل هنا يعد جريمة عمدية وبصرف النظر عما اذا كان الطبيب أو الجراح قد راعي في عمله الاصول الفنية كما لا يرفع المسؤولية قبول الشخص باجراء التجربة على جسده لان سلامة جسم الانسان لايجوز أن تكون محلاً للتصرفات ولا يباح مسها الا لضرورة فائدة الانسان ذاته^(١) .

ولقد استعمل المشرع الالمانى تعبير الايذاء البدني للدلالة على كل جرائم الاعتداء على سلامة الجسم التي تنص عليها المواد من ٢٢٣ الى ٢٣٣ من قانون العقوبات الايطالي ، حيث وزعت هذه الافعال التي تقوم عليها هذه الجرائم الى نوعين : سوء المعاملة البدنية والاضرار بالصحة والحقت بهما صورة ثالثة هي اعطاء المواد السامة أو الضارة بالصحة ، حيث يجرم الفعل في الحالة الاخيرة ولو لم يترتب عليه حدوث ضرر صحي^(٢) .

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى- مسؤولية الاطباء والجرحين الجنائية- مجلة القانون والاقتصاد مارس ١٩٤٨ص٢٨٩- ٢٩٠ .

نصت المادة (٥) من القانون المدني الايطالي على أن اعمال التصرف التي ترد على الجسم محظورة اذا كانت تسبب انتقلاً جسدياً مستديماً أو كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الاداب الحسنة . ويعتمد الفقه الجنائي النص لتحديد قيمة راء المجني عليم في جرائم الاعتداء على سلامة الجسد .

د . محمود نجيب حسني- الحق في سلامة الجسم- مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٩ العدد ٣ ص٩٥٩ ص٥٥٧ .

وقد جاء في حكم المحكمة السيئ عام ١٩٣٥ (لايجوز بأن يكون الجسم الادمي سلعة تجارية تعرضة في الاسواق وموضوعاً لتجارب خطيرة في ذاتها ولا فائدة منها لمن يتعرض لها) وفي قرار اخر لمحكمة باريس عام ١٩١٣ ان رضاء المريض بان يضع نفسه تحت التجربة يعد باطلا ومخالفاً للادب .

د . مصطفى العوجي- المسؤولية الجنائية- ص٥٠٥ - ٥٠٩ .

ويذكر الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسني ص٥٦٩ بخصوص دور رضاء الشخص في رفع الصفة الجريمة عن الفعل الماسب بسلامة الجسم في انه اتصل رجل بفتاة لاتربطه معها علاقة زواج وازال غشاء البكارة فان هذا الفعل يعد مساساً بسلامة الجسدية لانه عبث بمادة وعدوان على التكامل الجسدي فالرضاء قد يبيح هذا الفعل ولا يعد عدواناً على الجسم في بعض المجتمعات مثل أوربا حيث فرض الزواج قائمة لغير البكرات ولكنه يعد عدواناً على السلامة البدنية في مجتمعات أخرى مثل مصر والعراق لان تقاليد المجتمع تقلل من فرض زواج غير البكرات . كما يذهب بعض الشرايين ان اصابة المعتدي عليها بمرض زهري أو ازالة غشاء البكارة لفتاة فان الجاني يلقب بظروف مشددة لان البكر لها سلامة جسدية أكبر من غير البكر في المجتمع الاردني لانه تشكل بدنية مستديمة . الدكتور محمد صبحي نجم- الجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة في قانون العقوبات الاردني- مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق في الكويت ١٩٨٨ص١٤٦ .

د . محمود نجيب حسني- البحث السابق- ص٥٧٣ .

أن قيام الطبيب أو أي شخص (كشركة أدوية أو صيدلي) بالتجربة الطبية قد يؤدي إلى الجرم (تمزيق لأنسجة الجسم الطبيعية) وهو مساس واضح بالحق في السلامة الجسدية سواء حصل باستخدام مشروط أم بوخزة أبرة أم بغيرها^(١)، سواء ولد ايلا ما لم يسبب أي ألم، فإنه يعد اعتداءً على الحق في سلامة الجسم وفعلاً جرمياً يستحق الفاعل عنه الجزاء الجنائي، لأنه يشكل خطأ جنائياً يوجب قيام المسؤولية الجنائية.

وكذلك الحال بالنسبة للضرب بالضرب على أنسجة الجسم دون تمزيقها سواء باليد أم بالعصا أم بغيرها وسواء وقع من الطبيب أم الممرض أم من هو في حكمه، فالمجبر الفني للكسور وان لم يكن طبيباً وأحياناً على شهادة طبية حكمه حكم الطبيب في أعماله الطبية التي جرى العرف الاجتماعي على قيامها بها، فلو قام بتجربة معينة دون أن تملئها حالة المريض لاصلاح كسر معين أو رض في الجسم فإن الخطأ الجنائي الذي ارتكبه يخضع تحت طائلة قانون العقوبات حسب مدى الضرر الذي لحق بالشخص^(٢). هذا فضلاً عن أن إعطاء المواد الضارة تشكل مساساً بصحة جسم الانسان وخطأ موجباً للمسؤولية القانونية، ونعتقد أن الشخص القائم بالتجربة الطبية مسؤولاً عن فعله بإعطاء المواد الضارة حتى ولو لم تلحق ضرراً بالصحة مباشرة أو تتعطل وظائف الجسد نظراً لاختلاف القدرات البدنية واحتمال حصول الضرر البدني مستقبلاً.

وقد تعد تجربة الطبيب اعتداءً على جسم الانسان توجب المسؤولية القانونية على الفاعل في حالات أو صور أخرى تدخل من مفهوم العنف والتعدي أو سوء المعاملة البدنية أو الأضرار بالصحة أو الإيذاء البدني أو غيرها.

(١) د. محمود نجيب حسني - ص ٥٧٤ - ٥٧٥.

لاشك ان ختان شاب برضاه بعد دخوله في الاسلام لا يعد جرحاً أو اعتداءً موجباً للمسؤولية المدنية لان الشريعة الاسلامية اجازت الختان. الا ان الطبيب قد يسأل عند جريمة الخطأ الطبي لاحداث عاهة بدنية مستديمة حين يقوم بالختان ويرتكب خطأ جسيماً يلحق ضرراً بالشخص.

انظر حكم محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز) الصادر في الكويت حول قضية من هذا النوع للطعن رقم ١٠٠ و ٩٧٩/١٠٨ والمؤلف القيم الذي اعد لمناسبة هذه القضية:

الدكتور أحمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - ١٩٨٦ ص ٢٢١ وما بعدها، ١٣ وما بعدها.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية (نقض جنائي ١١/٣/١٩٧٤) بأن أساس عدم مسؤولية الطبيب أستعمال الحق لقرار بمقتضى القانون، أما من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب فإنه يسأل عما يحدثه بالغير من جرم وما يليها بأعتباره معتدياً (على أساس الفعل العمدي) ولا يعفى من العقاب الا عند قيام حالة الضرورة بشرطها القانونية وأنتهت المحكمة الى مسألة قابلة لاجرائها عملية ختان طفل تخرج عن نطاق الترخيص المعطى لها ولذي ينحصر حقها بمقتضاه في مباشرة مهنة التوليد دون غيرها.

د. محمد حسنين منصور - المسؤولية الطبية ص ٥٣.

نخلص من ذلك أن القائم بالتجربة يكون مسؤولاً من ناحية الجنائية والمدنية عن تجربة، لان فعله لم يكن بقصد شفاء المريض وتخليصه من الامه ولان القائم بالتجربة يكون قد خرج عن الحدود المرسومة له قانوناً فأعتبر فعله (خطأ جنائياً) يوجب الجزاء الجنائي^(٣).

الجزئي الدائم او الى العجز المؤقت^(٤).

المبحث الثالث- الجزاء المدني (التعويض)

من القواعد العامة في المسؤولية المدنية ضرورة توفر ركن الضرر لقيام المسؤولية مع بقية الاركان وعدم وجود سبب أجنبي يدفع المسؤولية. وقد كفل القانون المدني الجزاء العام للاعتداء على حقوق الشخص مهما كان نوعها وألزم دفع التعويض للمتضرر. وفي هذا السياق نشير الى نص المادة (٥٠) من القانون المدني المصري التي نصت على ما يأتي: (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر). ولم نعثر على ما يقابل هذا النص لا في الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ ولا في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وانما كفل المشرع في المادة ٤١ حماية الاسم من الاعتداء. ولهذا جاءت المادة ٦٧ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد سداً للنقص المذكور حين نصت على ما يماثل المادة ٥٠ سالفة الذكر.

ومن الطبيعي أن المقصود بالحقوق اللصيقة أو الملازمة للشخصية هي الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وأت الاعتداء عليهما يوجب جبر الضرر بدفع العويض للمتضرر والتعويض هو الجزاء المدني العام عن قيام المسؤولية المدنية سواء أكان لقيامها منفرداً عن المسؤولية الجنائية أم كات تبعاً لها.

(١) انظر تفصيلاً التجربة الطبية على المرضى وعلى صحيح البدن وعلى المشوهين والمختلفين عقلياً:

د. محمد فائق الجوهري - المسؤولية الطبية - ص ٣٠٥.

وبهذه المناسبة قضت محكمة السيد في سنة ١٩١٠ بأن الابتكر في المسائل الطبية غير ممنوع ولكنه يجب أن يصدر عن ذمة خالصة وأن يقوم على أبحاث علمية جديده وان يكون الفرض الوحيد منه شفاء المريض والطبيب يستطيع في هذه الحدود ان يستعمل العلاج الذي يهديه اليه لقياس وكل علاج جديد.

انظر تفصيلاً: محمد فائق الجوهري - ص ٣٠٧.

رفضت محكمة اكس عام ١٩٠٦ على طبيب بالتعويض لانه جرب على مري علاجاً بالاشعة على خلاف الاصول اتبعت فتسبب بذلك في أصابته بحروق أعجزته مدى الحياة ولو أن الطبيب قد أجرى هذا العلاج بغير أجر.

انظر القرار في مؤلف د. محمد فائق الجوهري - ص ٣٠٧.

(٢) نصت المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ المعدل والمادة ٣١١ من قانون العقوبات الفرنسي على العاهة البدنية المستديمة.

المالي ، وبالتالي فإن الضرر المادي هو الاخلال بحق ذو قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية^(١) .

ومن البديهي أن المتضرر نتيجة اجراء التجربة الطبية على جسده من الفعل الضار غير المشروع الذي قام به القائم بالتجربة يستلزم (حتى يطالب بالتعويض) ثبوت الضرر عليه بدعوى منه ، إذ لا دعوى بلا مصلحة وأن تتوافر خمسة شروط حتى يكون قابلاً للتعويض وهي : أن يكون الضرر مباشراً^(٢) ، فلا يعوز عن الضرر غير المباشر ، لانه ليس نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع فيما عدا القانون اللبناني (المادة ١٣٤) وقانون الالتزامات السويسري (المادة ٩٩) ، وأن يكون الضرر مؤكداً أي حل بالمجرب عليه بصورة فعلية ويقول الاستاذ (بوريس ستارك) بجواز طلب التعويض حتى عن الضرر المستقبلي طالما أن وقوعه مؤكداً في المستقبل^(٣) .

كما يلزم أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب بتعويضه ، لان التجربة الطبية اذا أجريت على جسد الانسان ولم تسبب له الوفاة فإنه يستحق التعويض عن الضرر المادي المضرور شخصياً ومن يعيهم وارثاً كان أم غير وارث اذا كانت قدرته الكسبية قد تناقصت واذا كانت التجربة مميتة فان من حرما من الاعالة لهم دعوى شخصية ضد الفاعل للمطالبة بالتعويض . كما أن التجربة الطبية تلحق بالمصاب والمعالين ضرراً في حقوقهم ومصالحهم المشروعة . ومن الغريب ان لا تعوض الخليفة عن الاضرار المادية والمعنوية لوفاة خطيبها الذي اجريت عليه التجربة الطبية ، في حين يحق للعشيقة عند بعض الفقهاء الفرنسيين أن تطلب التعويض عن الضرر المادي الجسدي لوفاة عشيقها ، وأن القضاء الفرنسي أجاز التعويض للخليفة اذا كانت علاقتها تحمل طابع الاستمرار

(1) Dalloz- repertoire de droit eivil- Paris 1975 no140 P12

الاستاذ السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج١ص٥٦٨- ٨٥٤ أنظر المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي في عناصر الضرر المادي . Code eivil-1987-Paris art. 1147. وقارن مع نص المادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني والمادة ٢٠٧ مدني عراقي وانظر المادة ٤٢٧ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد .

الدكتور توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام الدار الجامعية ١٩٨٨ ص ٣٩٠. الدكتور احمد شرف الدين- عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص آخر غير المضرور- مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد ١ السنة ٢٢ ص٣٥ وما بعدها . باسم محمد رشدي- الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية- رسالة ماجستير في القانون الخاص شباط ١٩٨٩ وقد جرت مناقشتها يوم ١٥/٣/٩٨٩ وكانت تحت اشرافنا العلمي .

(2) Rene savatier- traite de Ia responsabilite civil en drait franvais- Paris 1951 p. 87. Rene savatier-op.cit.p.88

(3) Boris starck- droit civil- obligations- responsabilite Delictuelle- Paris 1987.p.55.

كما تبين أن المشرع المدني الكويتي لم ينص على ما يقابل المادة (٥٠) من القانون المدني المصري والمادة (٦٧) من مشروع القانون المدني العراقي ولعل السبب في ذلك هو كفاية نص المادة ١/٢٢٧ من القانون المدني الكويتي التي أوردت نصاً عاماً للفعل الضار (المسؤولية عن العمل غير المشروع) وقد جاء فيها ما يأتي : (كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرر بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء أكان في احداثه الضرر مباشراً أو متسبباً^(١) .

أما المشرع الاردني فلم بغفل النص على الحقوق الملازمة للشخصية فنص في المادة (٤٨) من القانون المدني عليها وأورد المادة (٤٩) منه للحق في الاسم واللقب وهو بذلك يكون قد سار على نهج المشرع المصري وبقية القوانين المدنية الوضعية .

أن القائم بالتجربة الطبية الذي تتقرر مسؤولية المدنية يلزم بدفع التعويض سواء نهضت مسؤوليته الجنائية عن الوفاة أو الجرح أو اعطاء مواد ضارة أو العجز أو العاهة ، أي في حالتها الاصابة البدنية المميتة أم في الضرر الجسدي غير المميت ، أم لقيام مسؤولية الفاعل المدنية فقط ووجوب دفع التعويض^(٢) .

أولاً- التعويض عن الضرر المادي الجسدي .

ثانياً- التعويض عن الضرر المعنوي .

أولاً- التعويض عن الضرر المادي الجسدي :

يقصد بالضرر المادي الجسدي ، الاذى يقع على جسم الانسان يؤدي الى تعطيل كل وظائف الجسد أو بعضها وتفاوت منفعة الاعضاء وبالتأكيد فإن المضرور ستتأثر ذمته المالية من خلال نفقات العلاج والدواء والاقامة في المستشفى وغيرها ويتعطل عن العمل فيفوت عليه الكسب

١- اوضحت المذكرة الايضاحية للقانون تفسيراً لهذا النص جاء فيه :

(وقد حرص المشروع على ان يصرح بوجود توافر الخطأ لقيام المسؤولية عن عمل النفس سواء اءأ أحداث الضرر بطريق المباشرة أو التسبب ، بمفهوم الفقة الاسلامي لكل من هذين الاصلاحيين . ذلك لان المجال هنا هو مجال المسؤولية عن الضرر وليس مجال ضمانه . والخطأ هنا واجب الاثبات فعلي من يدعيه ان يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة) .

ثم اردفت المذكرة الايضاحية فذكرت ان الفقرة ١ من المادة ٢٢٧ جاءت بنص عام يشمل العمل غير المشروع الواقع على النفس أم المالك (في الاتلاف والفسب) ولم يشأ المشروع تعريف الخطأ تاركاً ذلك للفكر والاجتهاد القانوني .

الذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي - ص٢١٨ - ٢١٩ .

١- شروط أو اركان قيام المسؤولية المدنية بوجه عام انظر مثلاً :

Pierre raynaud et marguerite vanel- (Dalloz)

Rerertoire de droit civil- Tome vi Paris 1975 pp. 1-7

الجدى في الحياة غير الشريعة في قرار له صدر في ٢٧/٢/١٩٧٠^(١). ولا يجوز وتعويض المضرور مرتين عن فعل ضار واحد، أي أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه.

أن الإصابة الجسدية تمس الكيان البدني والصحي للانسان وقد تكون مميتة أو غير مميتة فتلحق ضرراً يشكل عاهة مستديمة كفقدان عضو أو نقص في القدرة البدنية بفعل التجربة الطبية مما ينعكس على تناقص القدرة في الكسب أو عدم امكانية العمل واستغلال الجهد البدني وانقطاع الدخل^(٢). ولاشك ان من حق المتضرر اختيار المستشفى الذي يتعالج فيه مهما كانت التكاليف باهظة بهدف الشفاء من المرض الذي مس بدنه أو صحته من التجربة الطبية.

ويذكر الاساتذة (مازو MAZETUD) أن جسم الانسان لا يتم اصلاحه كما في الاشياء، لان المتضرر يتعرض دائماً لخطر عدم الشفاء الناقص مما يستوجب معالجته حتى بأعلى الاجور^(٣). ويرى الاستاذ (ماكس لروا) ترك الامر للسلطة التقديرية للقاضي^(٤). وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية ذهبت فيه الى ما يلي: (أن اختيار المستشفى الذي تتم فيه المعالجة يعود للمصاب مادام يجد فيه حماية أكثر لنفسه وصحته ولا يجبر على البقاء في المستشفى الحكومي مادام المستشفى الاهلي الذي عولج فيه كان مجاراً وبإشراف أطباء أخصائيين ولا ينقص ذلك حقه في التعويض)^(٥).

وإذا ترتب على العمل الطبي قيام المسؤوليتين الجنائية والمدنية في أن واحد فيمكن للمتضرر رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة الجنائية كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجنائية^(٦). ونشير الى نص المادة (٢٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بهذه المناسبة التي نصت: (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة الثبات...).

والتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الجسدي الناتج عن اجراء التجربة الطبية على الجسم

(1) Jean carbonnier. les obligations "4" Paris 1982-p.89 P.357.

(2) Boris starck- ap Cit.p. Cit. p. 53.

(3) Max le roy- levaluation de prejudice corporel-paris Paris 1974 p. 23

(4) Max le roy- op. cit. p. 23

(٥) رقم القرار ١٨١/١٠٨١م-٩٧٨- مجموعة الاحكام العدلية . العدد ٣ اسنة ٩٧٨٩ ص٢١

(٦) د . سلمان مرتقب- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢- ص٥٨٥- ٥٩٧ حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المسؤولية المدنية ص٥ .

الدكتور مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية- ص٢١-٤٢٢ .

Franrois chabas- responsabilite civil et responsabilite Penale- Paris 1975 pp17-20

البشري يشمل المصاب وغير المصاب حتى الدرجة الثانية سواء أكانت الإصابة البدنية مميتة أم غير مميتة وهو أنجاه سبق أن نادينا به في أكثر من مناسبة .

أن التعويض المدني ليس عقوبة، وإنما إزالة للضرر أو التخفيف منه، ولا يمكن تصور التعويض العيني هنا بأعادة المضرور الى الحالة الصحية التي كان عليها قبل ارتكاب الفاعل للفعل الضار الا في بعض الحالات^(١). وكذلك الغالب عدم امكان حصول التعويض العيني في الإصابة الجسدية غير المميتة كقطع الطرف المتورم والذي أصيب بالتسمم من التجربة الطبية، إذ أن الطرف الاصطناعي لا يمكن أن يؤدي نفس وظائف العضو الطبيعي.

والاصل أن يصار الى التعويض النقدي الذي لحق بالمتضرر حسب المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي بأدخال قيمة مالية في ذمة المضرور موازية للقيمة التي حرم منها وقد يصار الى دفعه جملة واحدة أو بأقساط دورية أو مرتب مدى الحياة حسب ظروف الحال وطبقاً لطلب المدعي بالضرر، والى هذا ذهبت المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد). بينما لم تجز التعويض الفقرة الثانية من المادة (٢) من قانون التأمين الالزامي لسنة ١٩٨٠ الا في صورة دفعة واحدة وهو اتجاه غير سليم لانه يتعارض مع قواعد العدل والعدالة .

ونشير الى أن هناك عوامل مؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار بجسد المجرى عليه منها ما تخص المسؤول كجسامة الخطأ المرتكب من الفاعل ومركزه المالي والتأمين من المسؤولية أن كان موجوداً ومنها تخص المجرى عليه كخطأ الذي ارتكبه وحالته الصحية ووضع الاجتماعى ونوع المهنة والوضع المالي^(٢). كما يجب أن يكون تعويض المتضرر صحيح البدن أكبر من تعويض المتضرر عليه الجسم لاختلاف مدى الضرر على كل واحد منهما .

= انظر القرار الصادر عن الفرقة الجنائية ١٧ في ١٧/٤/٩٨٦ بفرنسا (محكمة النقص) حيث جاء فيه (ان للقضاء

الجنائي حجية الشيء المقضي فيه على القضاء المدني ولا يمكن للقاضي المدني أن يتجاهل ما يحكم به القاضي الجنائي كثبوت الخطأ على الفاعل). انظر القرار كامل وتعليق الاستاذ (F. chabas) في المجلة العربية للفقهاء والقضاء تصدرها الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب العدد الخامس ١٩٨٧ ص٥٠٩ .

وانظر بحثاً حديثاً عن الفقه الفرنسي حول (مبدأ وحدة الخطاين) وعكس هذا ينادي البعض فيقولون أن الخطأ المدني والخطأ الجنائي ليس من الطبيعة نفسها .

البحث منشور في المجلة المشار اليها- ص٥٠١ .

(1) Savatier- Responsabiliti civil- ap- ut. P. 170

(٢) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ص١٧١ ص٩٧١

Nour- Eddine terki-les obligations- responarilite civile- alger 1980 p. 187.

انظر نص المادة (٤٣٩) من مشروع القانون المدني العراقي حول العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار .

أما عن مدى الضرر فيقدر بطرق متعددة ولكن الرأي السائد قضاء في العراق الاستعانة بالخبير وغالبا ما يكون طبيباً شرعياً في الاصابات المميطة أو غير المميطة ، أذ أن للمحكمة أن تستعين بالخبير حسب المادة (١٤٠) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ . وأن تقدير التعويض عن الضرر يكون يوم صدور الحكم لا يوم وقوع الضرر دون اغفال لارتفاع وانخفاض القوة الشرائية النقدية ، وأن من حق المتضرر إعادة النظر في تقدير التعويض اذا تفاقم الضرر كما لو كانت الاصابة غير مميطة ثم حصل تطور صحي سيء فإدى الفعل الضار الى الوفاة فيحق للمتضررين المطالبة بالتعويض عن الوضع الجديد .

ثانياً- التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن التجربة الطبية على الجسد البشري

ابتداءً لا بد من القول أن الضرر الجسدي الناشئ عن التجربة الطبية لا ينحصر في الاضرار المالية فقط ، وإنما يمتد ليشمل الضرر المعنوي الذي نصت عليه المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري والمادة (٢٣١) من القانون المدني الكويتي والمادة (٢٦٧) من القانون المدني الاردني والمادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد .

والضرر المعنوي Le dommage moral هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله ، وإنما يصيب مصلحة غير مالية وهو إما أن ينشأ عن الآلام والتشوية الجسدي بفعل الجروح أو الايذاء على جسد الانسان أو ينشأ عن أسباب وحالات أخرى^(١) .

أن الضرر المعنوي قد يصيب المتضررون بالآلام والشعور بالحزن والمساس بالعاطفة نتيجة الجرح أو الايذاء أو غير ذلك ، وعندها يستحق من وقع الاعتداء على حقوقه أو مصلحة المشروعة من القائم بالتجربة الطبية (طبيباً كان أم غيره) التعويض المدني وعلى القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار كذلك جميع الظروف والملابسة كاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض وجسامه الآلم

(١) أنظر : الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ج ١٩٥٢ ص ٨٦٤- ٨٦٥ . الدكتور محمد أبراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر- مطابع رمسيس بالاسكندرية- بدون سنة نشر- ص ٤٦٤- ٤٦٥ .

الدكتور سليمان مرقتب- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- القسم الاول- ١٩٧١ ص ١٢٧ وما بعدها .

وانظر : ابراهيم محمد شريف- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- رسالة ماجستير في القانون الخاص- ١٩٨٩ وقد اعدت تحت إشرافنا العلمي ونزقت يوم ٩/١٦/٩٨٩ في بغداد .

Dr. Hassan abo el Naga- la transmissibilite aux Heritiers du droit
Aredaration du pretium doloris journal law- Kuwait N.I vo.11. 1987 p.3

ومدة الدعوى وغيرها سواء في حالات العجز الكلي الدائم بفعل التجربة الطبية أم في حالة العجز الجزئي الدائم (كفقدان العين أو شكل اليد أو تورم الساق أو الحروق في الجسد) أم في حالة العجز المؤقت .

ونعتقد بصواب ما اتجه اليه المشروع المدني العراقي الجديد في المادة (٤٣١/ثانياً) حيث أجاز لأول مرة للمستحقين عن تعويض الضرر حتى الدرجة الثانية في حالتها العجز الدائم للمصاب . فلم الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي في الاصابة الجسدية غير المميطة على المصاب وحده ، وإنما شمل بذلك غير المصاب وبذلك يكون قد ساير المشروع اتجاه الفقه المدني الحديث^(١) .

أما اذا كانت الاصابة الجسدية مميطة للشخص الذي أجريت عليه التجربة الطبية فلا بد من التمييز بين حالتين :

أولاً- أن يكون هناك اتفاق سابق لمقدار التعويض مع الفاعل أو طالب به المضرور قبل وفاته (طبقاً للقانون المصري والجزائري والمشروع المدني الجديد) أو صدر حكم نهائي وفقاً للقانون المدني العراقي ، وهو اتجاه من المشرع العراقي غير سليم^(٢) .

والمقصود بذلك أن تتحدد قيمة التعويض عن الضرر المعنوي قبل الوفاة ويصبح المبلغ حقاً ثانياً للمضرور^(٣) ، قبل الوفاة ليدخل ضمن موجودات التركة فيوزع ضمن التركة للمستحقين وفق القسام الشرعي الذي حدد الانصبة والسهام . وقبل تحديد التعويض اتفاقاً أو قضاءً لا يمكن

(١) نصت المادة ٤٣١/ثانياً من مشروع القانون المدني العراقي الجديد ما يأتي :

(ثانياً- يجوز ان يقضي للأشخاص المشمولين بحكم الفقرة (أولاً) من هذه المادة ، بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب اذا كان هؤلاء يعيشون معه) .

ولا يخفى أن هذا النص جاء مرناً وغامضاً في عبارته الاخيرة ثم أن أولاد المصاب من المتزوجين وغير المتزوجين لا يعيشون معه لظروف تخص عملهم فكيف يحرمون من حقهم الثابت في التعويض معه ؟ كما أن النص المذكور لم يضمن أو يذكر حق المالك من غير الورثة في ذلك .

(٢) أنظر بحثنا الموسوم (البرر المعنوي في المسؤولية المدنية)- مجلة العلوم القانونية والسياسية- المجلد/٦/١٩٨٧ ص ٢٩١ (النتائج والتوصيات) .

(٣) وبعد تحديد مقداره يمكن أن تجري عليه حوالة الحق وذلك لتعيين مقداره وثبوته ويمكن اقامة الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق المدين) .

أذا أهمل الورثة المدينون في المطالبة به .

حول التفصيلات الخاصة بالحوالة الحق في التعويض عن الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص اخر غير المضرور- مجلة ادارة قضايا الحكومة- العدد ٤/١٩٨٧ ص ٨٠ وما بعدها . (بحث الاستاذ الدكتور احمد شرف الدين) .

القول بوجود حق للضرر في التعويض عن الضرر المعنوي من القائم بالفعل الضار لهذه التجربة الطبية .

ثانياً- أن وفاة المجرى عليه حصلت مباشرة ، وهنا ينشأ (حق شخصي مباشر) للمستحقين عن التعويض لضرر اصاب مورثهم . وفي رأينا أن تحديد درجة المستحقين للتعويض تكون حتى الدرجة الثانية فيكون للزوج والاب والام والاخوة والاخوات والابناء الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي الذي انعكس (ارتد) عليهم نتيجة الفعل الضار الواقع على المجرى عليه متى تقرررت مسؤولية الفاعل القائم بالتجربة الطبية . وقد تتقرر مسؤولية الفاعل كالتبيب بالتبعية اذا كان تابعاً لمستشفى حكومي وأجرى لنجره فيها وفقاً لما نصت عليه المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي وللمتبوم أن يرجع على التابع حسب المادة (٢٢٠) من القانون المذكور .

والاصل في التعويض عن الضرر المعنوي ان يكون نقدياً ، لان للنقود وظيفة تقويم واصلاح للضرر مهما كان نوعه ، الا أنه لا يمنع ذلك من أن يكون التعويض غير نقدي كان تأمر المحكمة بأداء امر معين على سبيل التعويض كنشر اعتذار القائم بالتجربة الطبية في صحيفة أو أمام المحكمة أو أن تتعمد المستشفى بمعالجة المجرى عليه على نفقتها داخل العراق أو خارجه أو أن تقدم له هداية عينية ترضية له . علماً أن المشرع السوفيتي وان لم يجز التعويض النقدي في نطاق التعويض عن الضرر المعنوي ، الا انه اجاز التعويض غير النقدي^(١) .

النتائج العلمية

١- نقترح النص في الدستور العراقي على منم اجراء التجربة الطبية على الجسم البشري ونقترح النص الآتي الذي يلزم وضعه في الدستور الدائم الجديد :

(لايجوز اجراء أية تجربة طبية أو علمية على أي انسان بغير رضاه الحر ودون مراعاة لشروطها المحددة) .

٢- أغفل القانون المدني العراقي النص على حقوق الانسان المدنية فلم ينص الا على حماية الاسم في المادة (٤١) . والحال يقتضي ايراد نص ضمن أحكام الشخص الطبيعي في القانون المدني يمنم بموجبه الاعتداء على حق الانسان في الحياة وحقه في سلامة كيانه البدني ومنم التجربة الطبية عليه أو استئصال عضو أو جزء من جسده الا وفقاً لما يقره القانون . ونقترح الاستفادة

(١) مللين- القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي- دار التقدم موسكو ١٩٨٨ ص١١٦-١١٨ .

من نص المادة (٥٠) من القانون المدني المصري وتعديل نص المادة (٦٧) من المشروع المدني العراقي الجديد في ضوء الملاحظات المذكورة .

٣- أن تعليمات السلوك المهني لعام ١٩٨٥ الصادرة عن مجلس نقابة الاطباء ببغداد جاءت منقضة لقواعد هلسنكي لعام ١٩٦٤ الخاصة باجراء التجربة الطبية على الجسم البشري ، حيث أوجبت هذه القواعد اجراء التجربة في مراكز بحث علمي على الحيوان ثم الانسان ولم تجز اجراء التجربة الطبية على الانسان صحيح البدن لأول مره . بينما ساوت تعليمات السلوك المهني في التجربة الطبية بين الانسان والحيوان .

٤- أن تعليمات السلوك المهني لم تبين حكم اجراء التجربة الطبية على الاشخاص المحكومين بالاعدام وحكم التجربة على المرضى المصابين بأمر لا يرجى الشفاء منها كالسرطان الخبيث والايذر .

٥- لوحظ أن كثيراً من الأدوية المستوردة والعراقية يجري تسويقها للمواطنين دون وجود النشرة الاعلامية العلاجية وهو نقص كبير قد يكون عاملاً مهما اثبات الخطأ على المنتج لها ، لان الاعلام العلاجي للدواء وما يتضمنه من فاعلية وتأثيرات جانبية وتحذيرات من المسائل الضرورية لتجنب الاضرار وبيان الاستخدام الامثل للعلاج . علماً أن هذه الملاحظات لاتظهر الا بفعل التجربة على الجسم البشري أو كانت الادوية قد خضعت للضوابط القانونية لاجراء التجربة الطبية .

٦- نقترح اناطة أمر الفصل في الدعاوى المقامة على الاطباء والكادر الطبي عن أخطائهم لدى المحاكم الاعتيادية ومنم لجان الانضباط ومجلس الانضباط العام من النظر في هذه الاخطاء حفاظاً على حق المتضرر بالتعويض . وأن الجزاء الاداري يلزم أن يكون لاحقاً لقيام المسؤولية الجنائية أو المدنية وليس العكس .

٧- أن التجربة الطبية على الجسم البشري تتماثل من حيث اسسها مع الاعمال الطبية في نقل وغرس الاعضاء البشرية فللك أساس أخلاقي واساس علمي يلزم اتباعه مع الاساس القانوني ، لان هذه الاعمال الطبية جميعها تمس الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وهي من الحقوق الاساسية التي كفلها القانون بالحماية الجنائية والمدنية والتشريعات الاخرى .

٨- تبيين أن هناك نقصاً في القانون المدني الكويتي ، حيث لايقر فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في الضرر الجسدي غير الميت فلو اصاب شخص بضرر جسدي لاجراء تجربة طبية على بدنية ونجم عنه عجز كلي أو جزئي دائم بنسبة ١٠٠٪ كالشكل أو عجز بنسبة ٧٥٪ أو ٥٠٪ كفقدان العين أو تورم وتسمم في أحد الاطراف أو غيرها فلا يحكم بالتعويض للزوج والوالدين

مراجعات البحث

اولا- باللغة العربية

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- الدكتور سليمان مرقس- الوافي شرح القانون المدني- ج٢ في الالتزامات مجلة٢/ في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ط٥٩٨٨ .
- ٣- نظام الدين عبد الحميد- جناية القتل العمد- بغداد- ٩٧٥ .
- ٤- الدكتور رشدي محمد عرسان عليا- العقول عند الشيعة الامامية- دار السلام- بغداد- ط١٩٧٣ .
- ٥- الاستاذ عبد الباقي البكري- المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ج١- بغداد ١٩٧٣ .
- ٦- الدكتور رمضان ابو السعود- الوسيط في شرح القانون المدني- النظرية العامة للحق- ١٩٨٣ .
- ٧- الدكتور محمود نجيب حسني- الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفها له قانون العقوبات . مجلة القانون والاقتصاد السنة- ٢٩ العدد ٣ ٩٥٩ .
- ٨- الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال النظرية العامة للقانون- الدار الجامعية ١٩٨٧ .
- ٩- الدكتور محمود محمود مصطفى- مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية مجلة القانون والاقتصاد- العدد الاول السنة ١٨ ص ١٤٨ .
- ١٠- الدكتور حسن علي الذنون- المسؤولية الطبية- محاضرات على طلبية الدراسات العليا غير منشورة ١٩٨٧ .
- ١١- الدكتور حسن زكي الابراشي- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- بدون سنة نشر .
- ١٢- الدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري- نقل وزراعة الاعضاء ادمية من منظور اسلامي- ط١٩٨٨ .
- ١٣- الدكتور هاشم جميل عبد الله- زراعة الاعضاء والتداوي بالمرمرات في ضوء الشريعة الاسلامية- مجلة الرسالة الاسلامية شباط ١٩٨٨ .
- ١٤- الدكتور راجي عباس التكريتي- السلوك المهني للاطباء- بغداد ١٩٧٠ .
- ١٥- الدكتور حسام الدين الاهواني- المشاكل القانونية التي تشيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية- ١٩٧٥ .
- ١٦- كتاب بيان للناس من الازهر الشريف- ج٢ بدون سنة نشر (التلقيح الاصطناعي)
- ١٧- الدكتور عبد الوهاب حومد- المسؤولية الطبية الجزائية- مجلة الحقوق والشريعة- الكويت- ١٩٨١ .
- ١٨- الدكتور صالح العبيدي- المنازعات الدولية بغداد ١٩٨٧ .
- ١٩- الدكتور محمد عبدالعزيز سخيلة- حقوق الانسان- الكويت ٩٨٥ .
- ٢٠- الدكتور مصطفى العوجي- المسؤولية الجماعية- مؤسسة نوفل ٩٨٥ .
- ٢١- الدكتور محمد حسنين منصور- المسؤولية المدنية لكل من الاطباء والجراحين وأطباء الاسنان والصيدالة والمستشفيات العامة والخاصة والمرضى والممرضات- موسوعة القضاء والفقه ج١- ٢٤١ ١٩٨٥ .
- ٢٢- عمر فاروق فحل (حقوق الانسان في التشريعات المقارنة) مجلة العدالة ابو ظبي ١٩٨٠ .
- ٢٣- عبد الرحمن عبد الرزاق الطحات- مسؤولية الطبيب البدنية عن أخطائه المهنية- رسالة ماجستير في القانون (غير منشورة) بغداد ١٩٧٦ .

والاولاد والاخوة عن الضرر المعنوي جراء الاصابة غير المميته ، أنما يقتصر حقه في التعويض عن الضرر المادي والادبي للمصاب فقط وهو ما لا تقره قواعد العدالة .

٩- نقتزم تنظيم المسؤولية الطبية في القانون المدني من حيث مدى الالتزام ونوع العناية ومقدارها والاحكام العامة للمسؤولية أو في قانون خاص بجمع التشريعات واللوائح الطبية هو (القانون الطبي) .

١٠- أن التجربة الطبية على الجسم البشري يلزم أن تركز على قاعدة أخلاقية ولا تخلق للبشر مشكلات يحاز في حلها . فيلزم من المشرع العراقي والكويتي والادني الخليج وغيرها من الاقطار تنظيم حالات الاستنساخ البشري و (الاخصاب الصناعي) ومنع الاطباء من القيام بغرس الجنين في رحم الأم الكاذبة (الام المستعارة) مهما كانت دواعي الزرع وأياً كانت صورته القانونية (أعارة أو وديعة أو أجارقة...) لان العراق والكويت والاردن ودول الخليج وغيرها من الاقطار العربية المهتمة بالانساب وتدين بالاسلام وتحرص على أحكامه . ثم أن العمل الطبي المذكور يخالف هذه الاحكام ، فالاخصاب الصناعي (عمل بايولوجي) وليس اتصال جنسياً وأن التجريم للاعمال الطبية لا ينحصر في الاتصالات الجنسية غير المشروعة ، وانما حتى بعض الاعمال البايولوجية التي تسيء للكرامة البشرية والقيم الاخلاقية .

- ٢٤- الدكتور عبدالقادر الشبخلي- المحاكمة الغيابية في الدعوى التأديبية مجلة العدالة- تصدرها وزارة العدل العراقية العدد الاول السنة ٦ . ٩٨٠ .
- ٢٥- الدكتور عبدالقادر الشبخلي- مشكلة الجزاء المقنم في تاديب الموظف العام مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل العراقية- العدد ٣ السنة ٥ ١٩٧٩ .
- ٢٦- الدكتور عبدالقادر الشبخلي- المخالفة التأديبية ذات الطابع الاخلاقي- مجلة العدالة- العدد الثاني- السنة ٦ . ١٩٨٠ .
- ٢٧- حسين عامر وعبد الرحيم عامر- المسؤولية المدنية- ٢٦ ١٩٧٩ .
- ٢٨- الدكتور جمعة السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- ج ٣ ١٩٧٦ .
- ٢٩- الدكتور حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- ج ١ ١٩٧٦ .
- ٣٠- الدكتور علي حسين الخلف- الوسيط في شرح قانون العقوبات- النظرية العامة ج ١ ط ١ ١٩٦٨ .
- ٣١- الدكتور محمد فائق الجوهرى- والمسؤولية الطبية- ١٩٥١ .
- ٣٢- الدكتور محمد صبحي نجم- الجرائم التخلية بالاخلاق والاداب العامة في قانون العقوبات الاردني- مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق في الكويت- ١٩٨٨ .
- ٣٣- الدكتور احمد شريف الدين- مسؤولية الطبيب- مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة ١٩٨٦ .
- ٣٤- الدكتور احمد شرف الدين- عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص اخر غير المضرر- مجلة ادارة قايا الحكومة العدد ١ السنة ٢٢ ، ١٩٧٨ .
- ٣٥- الدكتور احمد شرف الدين- عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص اخر غير المضرر- مجلة ادارة قايا الحكومة العدد ١ السنة ٤ ، ١٩٧٨ .
- ٣٦- الدكتور عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القاعدة المدني- ١٦ مصادر الالتزام ١٩٥٢ .
- ٣٧- الدكتور محمد ابراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر مطابع رمسيس بالاسكندرية- بدون سنة نشر .
- ٣٨- الدكتور سليمان مرتقس- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- القسم الاول ١٩٧١ .
- ٣٩- الدكتور منذر الفضل- الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- مجلة العلوم القانونية والسياسية- المجلد ٦/ ١٩٨٧ .
- ٤٠- مالين- القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي- دار التقدم- موسكو ١٩٨٨ .
- ٤١- هاشم فارس الجبوري- حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون- أطروحة ماجستير في الدين- كلية الشريعة بغداد- ١٩٨٧ .
- ٤٢- رياض الخاني- المظاهر القانونية للتلقيم الاصطناعي- مجلة المحامون السورية عدد ٦ ١٩٦٩ .
- ٤٣- قانون العقوبات المصري .
- ٤٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ٩٦٩ المعدل .
- ٤٥- الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ .
- ٤٦- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ .

- ٤٧- القانون المدني المصري لعام ٩٤٩ .
- ٤٨- القانون المدني الكويتي لعام ١٩٨٠ .
- ٤٩- القانون المدني الاردني لعام ٩٧٦ .
- ٥٠- قانون العقوبات لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية ١٩٧٦ .
- ٥١- مشروع القانون المدني العراقي الجديد (١٩٨٦) .

القرارات القضائية غير المنشورة :

- ٥٢- رقم القرار ٣٦٧/منقول/٨٧-٨٨ في ٧/١١/١٩٨٨ (محكمة تمييز العراق)
- ٥٣- قرار رقم ٧ في ١٦/١١/١٩٨٠ مجلس الانضباط العام- بغداد .
- ٥٤- قرار رقم ٩ في ٢٥/١/١٩٨٠ مجلس الانضباط العام- بغداد .

ثانيا- باللغتين الفرنسية والانجليزية

- 55- Jean carbonnier- droit civil- introduction Prsonnes-Paris 1982.
- 56- Jean carbonnier- droit civil-les abligutions4- paris 1982.
- 57- Bernard teyssie- droit civil (les personnes) paris-1981.
- 58- Mazeaud (H. L. J)- lesons de draït civil obligations paris 1966.
- 59- Problemes politiques et socialix- les droit de la persnne devant la vie et la mort No 122 1985
- 60- Gerard memeteau- le draït medical-4- paris 1985.
- 61- Adiel Abid Abraham- la responsabilitè medicial en draït penal- etude campare Montpellier-1987
- 62- Code civil 1987 Paris.
Mise a jour 1988 du code civil 1987-Paris.
- 63- Rene savatier- Traite de la responsiabilite civil en draït Francais- Paris 1951
- 64- Boris starck- droit civil- obligations- responsabilitè Delictuelle- Paris 1987
- 65- Max le ray- Levaluation de prejudice corporel- Paris 1974
- 66- Francois chabas- Responsabilite civil et responsabilitè Penal- Paris 1975
- 67- Nour- Eddine- (terki)- Les obligations responsabilitè civil- Alger 1980
- 68- Dr- Hassan ado naga- La transmissibilitè aux heritiers Du draït aperation du pretium doloris- journal law Kuwait noi. Vol. 11. 1987
- 69- Fundamentalas of civil Iegeslation of the U.S.S.R. and the union republics first printing- Progress and the union republics first printing- Progress Publishes Moscow- 1968
- 70- Pierre raynaud et marguerite vanel- (Dalloz) reper- toire de droit civil- tome vi- Paris 1975
- 71- Pierre raynaud et marguerite vanel- (Dalloz)-Repertoire de droit civil- tome 11- Paris. 1971.

ويذكر البعض تعريفا للجراحة بأنها الاعمال التي تعني بعلاج الامراض التي لا يمكن شفاؤها الا بالتدخل الجراحي ويكون الشفاء فيها ملحوظا .

ثانيا : الاعمال الطبية التجميلية (جراحة الترف) او جراحة الشكل Chirurgie plastique وقد ذهب الى تعريفها البعض قائلًا بأنها : (وهي التي لا يكون الغرض منها علاج مريض عن طريق التدخل الجراحي ، بل ازالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب او خلقي او وظيفي)^(١) . فلالاعمال الطبية التجميلية لا يقصد منها المعالجة دائما وانما ازالة تشويه في الجسم ظاهر او خفي لغرض علاجي او جمالي بحث ومن هذه الاعمال الطبية التجميلية رفع الشعر من الوجه لشابة تريد الزواج او ازالة تشويه عن فتاة تعاني من تضخم في الثديين او بتر اصبع زائد او تعديل انف او ازالة التجاعيد والفضون عن وجه فنانة وغيرها .

ومن الطبيعي ان ما يدخل ضمن هذه الاعمال ازالة العيوب البدنية باصل الخلقة اي منذ الولادة والعيوب الطارئة لاي سبب كان وسواء اكانت لاغراض علاجية كخيطة العجان بعد الولادة ام لاجل الظهور بمظهر اجمل .

بناء عليه ذهب الدكتور لويس دارتيج Louis Dartigue الى تعريف الجراحة التجميلية الى انها : (مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية او مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية او الاجتماعية للفرد)^(٢) .

ويذكر جانب من الفقه المدني بان الناس ، وبالاخص النساء ، لا يرضون بما قسم الله لهم فالعجز تريد ان تعود شابة والسمينة تريد ان تصبح هيفاء ممشوقة القوام وتود القصيرة لو طالت والطويلة لو قصرت والسمراء لو ابيضت والبيضاء لو لفتحها الشمس وهكذا^(٣) . بل يمكن القول ان فنون النساء كثيرة من اجل القوام والوجه الجميل سواء بالاعمال الطبية ام بغيرها من اجل جذب الجنس الاخر او لتحقيق غايات معينة مختلفة .

ان العيوب التي تبدو على الجسم البشري قد تكون ظاهرة كعيوب الوجه واليدين والرأس حيث تلاحظ من الناس في الحياة الاعتيادية العامة او قد تكون غير ظاهرة كضمور او تضخم الاعضاء التناسلية او الحروق على البطن او الظهر او التشوهات على الساقين . وهي عيوب ، مهما كان

(١) سمير اورفلي- بحث سابق- ص ٣٠ .

(٢) يعد لويس دارتيج من المؤسسين لجراحة التجميل وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل .

د . محمد فائق الجوهري- المسؤولية الطبية- ص ٣٢٩ .

سمير اورفلي- بحث سابق- ص ٣٠ .

(٣) حسن زكي الابراشي- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن اطروحة دكتوراه بدون سنة نشر- ص ٢٩٢ .

القسم الثاني

المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية

تمهيد

اولا : في التعريف بجراحة التجميل

يصعد تاريخ المسؤولية الطبية بوجه عام الى فجر التاريخ اي منذ عرفت البشرية الاعمال الطبية والجراحية ، واذا كانت بعض الشرائع تترك مزاولة التطبيب والعلاج حرة دون قيد او شرط الا انها تتشدد في المسؤولية الطبية عن النتائج الضارة التي تنشأ مما يباشرانه من علاج ، ومن جهة اخرى كانت بعض الشرائع تحصر مزاولة هذه المهنة في اشخاص معينين او تشترط في مزاولتهم للمهنة شروطا محددة ولم تر داعيا لمثل هذا التشدد وانما الى مراعاة جانب الاطباء والجراحيين تقديرا لسمو مهنتهم^(١) .

والاصل ان الاعمال الطبية على الجسم البشري توزع على نوعين وهما :

اولا : الاعمال الطبية للجراحة العلاجية Chirurgie therapeutique التي تخص معالجة المريض وتخليصه من الالام واطالة امد الحياة وتحقيق او محاولة الوصول الى غرض جوهري في صالح الشخص وهو شفاءه من المرض . ومن هذه الاعمال معالجة الحروق والجروح واستئصال الزائدة الدودية ورفع الاورام السرطانية وازالتها وقسطرة القلب وغيرها .

(١) لاحظ هذه التفاصيل وغيرها في التطور التاريخي المراجع التالية :

الدكتور سليمان مرقتب- الوافي في شرح المدني- ج ٢- في الالتزامات- مجلد ٢/ ط ١٩٨٨ ص ٣٧٦- ٣٧٧ والمراجع التي يشير اليها .

الدكتور حسن علي الذنون- المسؤولية الطبية- محاضرات غير منشورة- ٩٨٧ ص ١ للدكتور عبدالسلام التونجي- المسؤولية المدنية للطبيب- ١٩٦٦ ص ٣٩٦

الدكتور محمد فائق الجوهري- المسؤولية الطبية في قانون العقوبات- دار الجوهري للطبع والنشر ٩٥١- ص ٧ وما بعدها .

سمير اورفلي- مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية- مجلة رابطة القضاة- السنة ٢٠ ، ١٩٨٤ ، ص ٣٠- ٣١ .

مصدرها ، لا تبدو للعيان الا في مناسبات خاصة كمشاهدة الحروق اثناء السباحة او ظهور التشوهات اثناء الالعاب الرياضية او غيرها .

ومهما كان نوع هذه العيوب الجسدية ، وسواء اكانت ظاهرة للناس ام خفية ، لا تخرج عن ان تكون ناشئة بفعل اصل الخلقة كالتشوهات الولادية كما في وجود زوائد لحمية في الرقبة او اصبع سادس في الكف او غيرها . وان تكون هذه العيوب جاءت بصورة لا حقة لولادة الانسان اي مكتسبة بفعل الكوارث الطبيعية او الحروب او الحوادث البدنية كالحروق والاصابات البدنية بفعل السيارات او الجرائم الواقعة على الجسم من ضرب او ايذاء يسبب عاهة بدنية مستديمة تترك اثرا واضحا على الكيان الجسدي وربما تؤثر في القدرة الجسمانية اذا احدثت عجزا بدنيا دائما كليا او مؤقتا .

وفي هذا السياق يمكننا القول ان (علم الجراحة التجميلية) ظهر بصورة واضحة بعد الحربين العالميتين الاولى والثانية في اوربا وامريكا وتطور جنباً الى جنب مع علم الجراحة العلاجية حتى انتشرت الان في كثير من البلدان فكرة جراحة الشكل لتحسين ومعالجة جمال الانسان نحو ما هو مرغوب اجتماعيا حتى ولو كانت هذه الاعمال الطبية بسيطة في حد ذاتها عند تفكير بعض الناس لاختلاف المقاييس والمعتقدات والانفكار بين البشر . وقد بلغ من تقدم هذا النوع من الجراحة ان اصبح يمكن جمع حتى عظام الفك المتناثر وان يعوض الانسان عن اي جزء يفقده من جسده على رأي البعض^(١) .

لذلك كان لابد للدول في جميع انحاء العالم من وضع ضوابط او تشريعات وقوانين تجيز فيها جراحة التجميل وتعتبرها فرعاً من فروع الجراحة العامة^(٢) . وهو ما سنفصل الكلام عنه .

يضاف الى ما تقدم ان الاعمال الطبية التجميلية ذات صلة وثيقة بعلم النفس اذ ان كثيراً من

(١) د . محمد فائق الجوهرى - المرجع السابق - ص ٣١٩

د . حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص ٢٩٢ .

وفي هذا الخصوص نقول ان هذا الكلام غير صحيح على اطلاقه لان فقدان الانسان لعضو من اعضاءه البشرية كاليد او الرئتيت مثلا لا يمكن تعويضه بسهولة نظرا لمخاطر العمل الطبي المذكور بل حتى الاعضاء الاخرى كالانف الذي لا يمكن علاجه من الناحية الجمالية لنفس وضعة السابق او المطلوب من المريض اذا فقد قسما منه لاي سبب كان .

ونشير بهذه المناسبة ان من المفرد حقا ان نقرأ الانجازات الطبية الجديدة ومنها ما نشرته جريدة السياسة الكويتية في ٤/١١/١٩٨٩ من تحقيق انجاز طبي كويتي على مستوى عالمي حيث نشرت خيرا مفاده ان مركز حامد العيسب للكلية وزرع الاعضاء اجري يوم ٢٠/١٠/١٩٨٩ عملية ناجحة لزرع جزء من بنكرياس من شقيق لشقيقه مصاب بالسكري فاستغرقت العملية ٦ ساعات وبهذا استفنى المريض نهائيا عن استعمال الانسولين الذي كان يحتاج اليه قبل العملية .

(٢) سمير اورفلي - المرجع السابق - ص ٣٠ .

الامراض النفسية كالكآبة والانطواء والقنوط والشعور بالحزن او الاحباط والعزلة الاجتماعية وغيرها يعود سببها الى قبح الشكل الذي قد يدغم الانسان الى الانتحار اذا توافرت عوامل اخرى . فلكل انسان صورة لشكله في عقله وقد تتشوه هذه الصورة بسبب مرض او حادثة او عملية بتر لاحد اطراف واعضاء جسمه وقد تكون الصورة الجديدة لشكله غير مقبولة لديه حتى ولو كانت مقبولة عند الاخرين فيكرها او يتنكر لها بالاهمال والتجاهل او ايذاء الجسد او يسعى الى محاولة اصلاحها بعملية تجميل وربما العكس فيبقى اسيرا لظروف معينة تقوده الى انهاء حياته لعدم استطاعته العيش مع الحالة الجديدة لنفسه وكثيرا ما تكون هذه العاهات سببا في الاكتئاب والانزاع والشعور بالنقص وقد تبين ان ٢٩٪ من المنتحرين في لندن بعد الحرب العالمية الثانية كانوا مصابين بمرض جسدي عام^(١) .

كما ان من الجدير بالذكر ان الاعمال الطبية التي تمس الجسم البشري تدخل ضمن اسباب الاباحة^(٢) ، والترخيص القانوني لان الهدف منها شفاء المريض من مرض عضوي او نفسي فهل يا ترى ان جراحة التجميل على شكل الانسان عملا طبيا يهدف للمعالجة والشفاء ؟ وما هي الحدود

(١) الدكتور فخري الدباغ - الموت اختيارا - بيروت ١٩٨٦ ص ٦٩ - ٧٠ .

ويذكر ان من اسباب الانتحار عدم قدرة المنتحرين على تحمل المواقف المؤلمة التي آلت اليها حياتهم فقد انتحروا طفلا عمره ٨ سنوات بسبب عاهة التأتاة المصاب بها وسخرية اقاربه منه كما اعترف طبيب واستاذ عراقي بأنه حاول الانتحار مرة بالاقتراف المنومة من شدة الام المفاصل .

وانظر في العلاقة بين علم النفس والامراض الجسمية والعاهات البدنية :

سمير اورفلي - البحث السابق - ص ٣٢ وهو يشير في هامش (٩) الى مؤلف Peytel في المسؤولية الطبية وغيره من الفقهاء .

ويلاحظ ان وسائل الانتحار عديدة ، واذا كانت بعض الدساتير تضمن حرية الفرد ومنها حريته في الانتحار ، الا ان كثيرا من التشريعات والفقهاء والاطباء ذهبوا الى ان المتطوع لتجري عليه تجربة دواء جديد هو في موقف المنتحرا تماما ولهذا يلزم ان تكون هناك قوانين لحماية المتطوع لتجري عليه التجارب الطبية .

جريدة القبس الكويتية - يوم ١٧/١٢/١٩٨٩ .

(٢) طبقا لقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل فان اسباب الاباحة هي :

١- اداء الواجب (المادتان ٣٩ و ٤٠)

٢- استعمال الحق (المادة ٤١) كتأديب الزوج لزوجته وعمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضائهما في الحالات العاجلة وغيرها من الحالات المقررة قانونا .

ويطلق على اسباب الاباحة تسمية (اسباب التبرير) حيث تنتفي المسؤولية الجنائية لانتضاء الصفة الجرمية عن الفعل .

راجم : الدكتور مصطفى العوجي - القانون الجنائي العام ج٢ (المسؤولية الجنائية) مؤسسة نوفل - ط ١ بيروت ١٩٨٥ ص ٤٠٣ وما بعدها .

القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن الجراحة التجميلية؟ ثم ما نوع التزام الطبيب في العمل الجراحي التجميلي؟ وكيف يمكن اثبات الخطأ الطبي؟ وما أسلوب دفع المسؤولية المدنية؟

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات، لابد من القول ان جانبا من الفقه المدني يرى بان من الصعب وضع الحدود الفنية الفاصلة بين الاعمال الطبية الجراحية التي يقصد منها الشفاء وبين الاعمال الطبية التجميلية التي قد لا يراد في جميع الحالات شفاء المريض وانما مجرد تحسين الشكل الجمالي للانسان، لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول- للتمييز بين هذين النوعين- بان الجراحة العلاجية هدفها علاج عيب اصلي كالتشوهات الولادية وان الجراحة التجميلية تهدف الى علاج عيبي مكتسب حاصل بفعل الحرب او الكوارث او حوادث السيارات او الحروق او غيرها، غير ان هذا الرأي لم يجد قبولا لدى كثيرين مما دفع اخرون الى القول ان الجراحة العلاجية تهدف الى اصلاح العيوب الاصلية او المكتسبة الحاصلة بفعل الحوادث او الامراض وان الجراحة التجميلية تأتي طبيعيا مع تقدم الانسان في العمر كالفوضون او تهدل الفك، الا ان هذا الرأي لم يلق قبولا ايضا لان الفتاة التي تعاني من تضخم الثديين بشكل ليس اعتياديا لا يمكن ان يكون العمل الطبي لمعالجة التضخم عملا علاجيا فقط^(١).

ثانيا : جراحة التجميل في الفقه الاسلامي

يذهب- بحق- جانب من الفقه المدني العربي^(١)، الى القول بان الفقه الاسلامي عرف المسؤولية الطبية واحكم قواعدها الدقيقة الى الحد الذي جعل تنظيمها اقرب ما يكون الى احداث ما وصلت اليه ارض الشرائع في العصر الحديث .

فالامام السرخسي مثلا ذكر ان التزام الحجام والختان والطبيب التزام بوسيلة لا يضمن الا حسن القيام بالعمل الذي تعهد القيام به ولا عليه بعد ذلك ما قد يحدث من عمله هذا من مضاعفات قد تؤدي الى الموت^(٢).

وهذا يعني ان التزام القائم بالعمل الطبي من طبيب او ممارس للطب ومن في حكمه لا يسأل عن وفاة الشخص اذا كان سلوكه معتادا وهو لا يضمن حصول النتيجة وهو الشفاء، على اساس ان المرض والشفاء هما من الخالق سبحانه وتعالى .

كما نشير بان الاصل في هذا المجال، ان الطبيب مثلا اذا قام بعمل طبي لا علاقة له بمقتضيات العلاج والشفاء وكان ذلك عمدا فانه يكون مسؤولا عن فعله الضار العمدي ويقتص منه ان كان القصاص ممكنا، وعند الاحناف لا يسأل الطبيب اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد للعلاج، فالطبيب ليس مسؤولا عن جهله بقدرة جسم المريض على تحمل الالم واحتمال العلاج^(٣).

الا ان هذا الامر لم يعد مقبولا في الوقت الحاضر لتطور العلوم الطبية ووجود الامكانيات العلمية التي تكشف عن مدى تحمل الالم واحتمال العلاج تبعا للوضع او الحالة الصحية للمريض . ويترتب على ذلك قيام مسؤولية الطبيب والجراح متى اجروا جراحة او وضعوا علاجا لا يتحملة جسم المريض او وضعه الصحي^(٤).

ومن الطبيعى ان هكذا الكلام يشمل ميدان الاعمال الطبية الجراحية والعلاجية والتي يلزم فيها الحصول على موافقة صريحة او ضمنية لرضاء المريض او من ينوب عنه كالولي او الوصي او من هو في حكمه .

اما في ميدان التجميل فان رضا المريض او وليه ضروري كذلك قبل المباشرة بالعمل الطبي

(١) الدكتور وديم فرج- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- مجلة القانون والاقتصاد- العددان الرابع والخامس- ص ٣١٣ .

الدكتور حسن الذنون- المسؤولية الطبية- ص ١- ٢ .

(٢) المبسوط للسرخسي- ج ١٦ .

(٣) د . احمد ابراهيم- مسؤولية الاطباء- مجلة الازهر المجلد ٢٠، ١٣٦٨، ص ٤٦- ٤٧ .

(٤) د . احمد ابراهيم- البحث السابق- ص ٤٧ .

(١) تفصيل هذه الآراء انظر : الجوهري- المرجع السابق- ص ٢٢٠

ولاحظ ان الاتجاه الفهمي المستقر يذهب الى عدم الاستطاعة في وضع معيار او ضابط للفرقة بين الجراحة التجميلية والجراحة العلاجية للصعوبات التي تواجه الشراح و الفقهاء بين ما هو علاجي وتجميلي .

سمير اورفلي- البحث السابق- ص ٣٥- ٣٦

كما نضيف ان ما يعتبر في نظر بعض الناس قد لا يعد كذلك عند آخرين . فافكار الناس حيال الاعمال الطبية ما اذا كانت علاجية او تجميلية مسألة نسبية لا يحكمها ضابط واضح . ونشير بهذه المناسبة الى وقائع القضية المنشورة بصحيفة الوطن الكويتية يوم الثلاثاء ١٤/٦/١٩٨٨ في العدد ٤٧٨٣ وخلصتها تعرض فتاة في مقتبل العمر لحادث سيارة (ضرر جسدي غير مميت) اصيبت بعجز كلي اجريت لها العديد من العمليات الجراحية العلاجية والتجميلية في الكويت وخارجها (المانيا الغربية) حيث اجريت لها عملية تجميل جراحية بسبب انفتاح اللحم الالية الخلفية ولم يلتئم الجرح .

فهذه العملية لا يمكن اعتبارها عملا طبيا تجميلا فقط لان العمل الطبي سالف الذكر له ابعاده العلاجية والتجميلية الامر الذي يؤكد القول بصعوبة وضع الحدود الفاصلة بين العمليتين المذكورتين .

وانظر ما نشرته جريدة الثورة البغدادية يوم ٢٤/١١/١٩٨٩ تحت عنوان (الذيك الذي تحول الى ارجل) حيث اجريت زراعة مئانة لطفلة حديثة الولادة مع عملية جراحية تجميلية لفصل الساقين المتلاصقتين ولعملية تجميل اخرى لانها تفتقر الى الاصابع فالعمليات الطبية الجراحية (العلاجية والتجميلية) التي اجريت لها لا يمكن وضع الحدود الفاصلة بينهما .

التجميلي . فعند الشافية انه اذا كان على راس بالغ عاقل وربما اراد الشخص اجراء عملية جراحية لتجميل الراس . فعندهم لا يجوز قطع الورم بغير اذنه فان قطعه الطبيب بدون اذنه ومات وجب عليه القصاص لانه تعدى بالقطع ، الا ان الشخص غير العاقل لعاهة في عقله كالمجنون او بفعل السن كعديم التمييز لا تجوز عليه مثل هذه الاعمال الطبية التجميلية لانه جرم لا يؤمن مع الهلاك ، اي ان الموازنة بين المخاطر والمنافع ليست متوازنة ، فان قطعت فمات ، نُظرت :

فان كان القاطع لا ولاية له عليه وجب عليه القَوْدُ لانه جناية تعدى بها وان كان ابا او جدا وجبت عليه الدية وان كان وليا غيرهما فيه قولان عند الشافعية : احدهما انه يجب عليه القود لانه قطع منه ما لا يجوز قطعه ، وثانيهما انه لا يجب القود لانه لم يقصد القتل ، وانما قصد المصلحة فعلى هذا يجب دية مغلظة لانه عمد الخطأ^(١) .

وذهب الامام (ابو حنيفة) الى عدم جواز الحجر على الانسان الحر العاقل البالغ لان في الحجر اهدار لادميته عدا (الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس)^(٢) .

فالطبيب الجاهل في عمله الجراحي او التجميلي لا يجوز له ممارسة العمل الطبي بنوعه رغم عدم وجود حدود فاصلة بين النوعين المذكورين من الاعمال الطبية في الفقه الاسلامي . والسبب في هذا المنع هو الحفاظ على حياة وابدان الناس من الضرر .

(١) الدكتور احمد ابراهيم- ص ٤٨ .

ومن الجدير بالذكر ان في القتل الخطا يلزم تعويض اسرة المجني عليه بالدية مع تحرير رقبة مؤمنة .

محمد ابو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي- الجريمة- دار الفكر بدون سنة نشر ص ١١٣ .

وان جرائم القصاص التي يسميها الفقهاء بالجنايات هي الجرائم التي تقابل جرائم الحدود والجرائم التعزيرية فيعرفون الجناية بانها التي تكون فيها اعتداء على النفس او الاطراف والتي تكون عقوبتها قصاصا او دية . ويراد بالقصاص المساواة وفي الشريعة المساواة بين الجريمة والعقوبة والقصاص مقدرته ثبت اصلها بالكتاب وثبت تفصيلها بالسنة واما التعزير فهي العقوبات التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها وترك تقديرها لولي الامر او القاض المجتهد .

محمد ابو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي- العقوبة- دار الفكر ص ٨٠ ص ٣٨٠ ص ٨٤ .

ويراد بحديث (العمد قود) اي ان الجريمة تقود الى العقوبة وان الفاعل يقاد الى العقوبة .

(٢) لم يجز الامام (ابو حنيفة) الحجر (المنع من التصرف) الا على المجنون والصبي والرقيق وابي توقيعه على الحر العاقل البالغ باستثناء المغني الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس الذي اجاز ايقاع الحجر عليهم ومنعهم من مزاوله مهنهم دفعا للضرر عن الناس لما قد يرتكبه من اخطاء تقود الى الضرر ، والضرر الذي يلحق بالناس اكبر مما ولد اجيز هؤلاء بمزاوله العمل .

لسان العرب لابن منظور- مجلد ٤/ لبنان داو صادر بيروت ٩٥٥ ص ٦٦٧

احمد علي الخطيب- الحجر على المدين لحق الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المقارن رسالة مقدمة لجامعة القاهرة لنيل دة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية- القاهرة ١٩٦٤ ص ١٧ ، ٦٩ .

ولعل قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم اوضح صورة في مجال المسؤولية الطبية حين قال صلى الله عليه وسلم : «من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن» . وعدم المعرفة بالطب هو الجمل به والجاهل بالاعمال الطبية اما يمارس العمل الطبي بسوء نية (الغش) فيرتكب الاخطاء العمدية او التعدي العمدي ، اوان يرتكب الاخطاء الجسمية باهمال كبير منه ، وهو في الحالتين يلزم بضمان الضرر اي (التعويض) .

كما يلاحظ من حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ان المزاوله للمهن ومنها مزاوله الاعمال الطبية كانت تجري حسب ضوابط وليست متروكة بحرية لكل شخص . هذا فضلا عن وجود ما شبهه التخصص في الاعمال الطبية ، كالختان غير الحجام والطبيب يختلف عمله عن كل واحد من هؤلاء ، الا انهم يزاولون عملا له صلة بحياة الانسان او جسده من اجل الشفاء او العلاج او التجميل او غيره .

ويتضح من ذلك ان جراحة التجميل مباحة لدى جمهور فقهاء الشريعة الاسلامي ما دام اساس الاعفاء من المسؤولية هو رضاه الشخص المعالج فضلا عن اذن الشرع بالمعالجة والتداوي^(١) .

ولعل اوضح دليل على ما تقدم ما ذكره الماوردي في الاحكام السلطانية^(٢) ، حيث ان وجود بعض العيوب الظاهرة للناس في الشكل او الخلقة تمنع من انعقاد الامامة وقيادة الناس كما لو كانت شفته العليا مفتوحة ا وان اصبعا زائدا في كفه ا وان في وجهه شيء ملحوظ او نحو ذلك ، مما يلزم المعالجة عند الماوردي او اسناد الامامة لغيره من ذوي الابدان السليمة .

ان الفقه الاسلامي وان كان لا يوجب هذه الازالة واصلاح عيوب الخلقة الالهية الا انه لا يحرم العمل الطبي من اجل تحسين جمال شكل الانسان فهذا العمل الطبي ليس للزينة المجردة .

بناء عليه ، فان سلامة النفس والبدن من العيوب من الشروط الضرورية للقيادة العسكرية والمدنية ولصلاحية الامام والقاضي في ممارسته لعمله في الامامة والقضاء لما لهذه السلامة الجسدية من اثر كبير على الناس او الخصوم لقبول الاحكام واحترامها وخضوعهم للقائد والامام بفعل الهيبة التي يلزم ان يتمتع بها هؤلاء وان جمال شكل الانسان احد هذه العوامل المؤثرة في الناس واقناعهم . لذلك يذكر البعض قائلا ما يلي : (وليس القول بجواز ازالة العيب الخلقي مخالفا لاحكام الشريعة بل على العكس فانها ان لم تكفي توجبه فهي لا تحرمه ، فقد ذهب بعض الفقهاء

(١) الدكتور احمد ابراهيم- مسؤولية الاطباء- مجلة الازهر- ج ٩ مجلد ١٩/ ١٣٦٧ ص ٩٠٦ .

(٢) الاحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي- مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة- ١٩٦٠ ص ١٨ .

وهو يذكر ان ما يمنح انعقاد الامامة ما شان وما قبح كجذم الانف وسمل احدى العينين والسلامة هنا تكون شرطا معبرا في عقد الامامة ليسلم ولاة الملة من شين يعاب ونقص يزري فتقل به الهيبة .

الى ان بعض العيوب الخلقية تمنع من انعقاد الامامة وهذا يوحي بان الواجب ازالة هذه العيوب متى كان ذلك ممكناً^(١) . ومع ذلك فان المسؤولية الطبية لا تنهض في الفقه الاسلامي على القائمين بالاعمال الطبية في حالتين وهما :

الحالة الاولى : ان الطبيب ومن هو في حكمه لا يضمن ما ينشأ عن عمله العلاجي او التجميلي من ضرر اذا قام بواجبه على الوجه الاكمل باتباع قواعد العمل الطبي في معالجة المريض مهما كانت نتيجة العلاج سواء مات المريض تحت العلاج او بعده ام شفي من المرض .

الحالة الثانية : لا يسأل الطبيب عن الخطأ اليسير وتنهض مسؤوليته في حالة الخطأ الناشئ عن الجهل بالعمل الطبي او الخطأ الفاحش وهنا تكون المسؤولية غير عمدية^(٢) . وعندها تجب الدية . فالخطأ اليسير هو الخطأ الذي يتسامح فيه ويمكن ان يقع فيه اي طبيب او ممارس للعمل الطبي يسلك سلوكا معتادا وهو لا يلحق بالمريض اي ضرر جوهري في شكله او جسده وبالتالي فلا مسؤولية عنه ، ما لم يوجد اتفاقات على تشديد المسؤولية الطبية حتى عن الخطأ اليسير .

ويرى جانب من الشراح ان الجراحة التجميلية في الفقه الاسلامي على نوعين وهما : جراحة تجميلية بهدف التداوي وعلاج تجميلي بهدف الزينة^(٣) .

فالنوع الاول يقوم على ضرورة التداوي والمعالجة وهو امر مشروع في الفقه الاسلامي وعنده ايضا ان الجراحة التجميلية بهدف التداوي تتوزع على نوعين ايضا هما :

اولا : التداوي الضروري ويسميه اطباء ب (التجميل)^(٤) . ومثاله بناء المثانة وهو سائغ لان اصل التجميل قائم على هدف الشفاء .

ثانيا : حاجة الانسان الى التداوي بما لا يبلغ حاجة الضرورة كما في حالة علاج الشفة المفتوحة بجراحة تجميلية سواء جاءت عن عيب منذ الولادة ام لسبب عارض ، ولما كان الطب كالشرع وضع لمصلحة الناس فان العمل الطبي التجميلي صحيح وجائز شرعا في الحالتين ما دام لاجل التداوي وقد جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله : ((ان الله انزل الداء والدواء وجعل لك داء دواء فتداوا ولا تتداوا بحرام)) وفي حديث اخر قوله صلى الله عليه وسلم : ((... نعم يا عباد الله تداوا فان الله لم يرضع داء الا وضع له شفاء))^(٥) .

(١) الدكتور احمد ابراهيم- البحث السابق- ص ٩٠٧ .

(٢) د . احمد محمد ابراهيم- مسؤولية اطباء- ج ٩ / مجلد ١٩ ص ٩٠٩ .

(٣) د . عبدالسلام عبدالرحيم السكري- نقل وزراعة الاعضاء الادمية من منظور اسلامي- ط ١ ، ١٩٨٨ ص ٢٢٣ وما بعدها .

(٤) السكري- المرجع السابق- ص ٢٣٣ .

(٥) د . عبدالسلام السكري- ص ٢٣٩ .

اما النوع الثاني فهو العلاج التجميلي ليس بعدف المعالجة وانما بغرض الزينة لاضهار المحاسن كمحاولة العجز من النساء والكحول من الرجال العودة الى الشباب بازالة اسباب الصلع او رفع تجاعيد الوجه زو تلك العلاجات التي يقصد منها التدليس على الناس مثل ما تفعله بعض النساء من وصل شعورهن بالشعور الدمية التي يؤدي بها اما عن طريق البيع من بعض النساء او من قبور الموتى او نحوه لتستجلب الخاطب او غير ذلك كصبغ الشعر وتكبير او تصغير الثديين وغيرهما وهي اعمال غير مشروعة^(١) .

ويضيف قائلا بان من الخطورة استخدام الوسائل الطبية غير المشروعة لتغيير خلق الله بتغيير البصمة فقد خلق الله الانسان الاعضاء متناسبا القوام بل سيجمع الله عظامه مرة اخرى عند القيامة اذ قال تعالى في كتابه الكريم : (ايحسب الانسان ان لن نجعم عظامه بلى قادرين على ان نسوي بنانه)^(٢) .

ثم ان تغيير الخلقة بما يعدم التمييز بين الشر او بهدف التدليس عملا ليس مشروعاً^(٣) ، بجملته من الادلة منها ان الجراحة التجميلية بهدف الزينة طريق للسعادة الموهومة ولذة كاذبة من اعمال الشيطان ويسوق (السكري)^(٤) ، دليلا اخر على رايه هو ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من كلام في اللعان على الواصلة والمستوصلة والواشحات والمستوشحات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله تعالى .

ونحن لا نتفق مع الاستاذ المذكور فيما ذهب اليه في تمييزه بين الاعمال الطبية والتجميلية ، ونعتقد ان كثيرا من الاعمال التجميلية تحمل دلالات العلاج كتقويم الانسان وتنظيمها وخطاة الشفة المفتوحة وبتر الاصبع الزائد وزرع الجلد بدلا من الجلد المحروق وغيرها .

فمهما كانت الاعمال الطبية التجميلية سواء لمجرد الزينة البحت ام لاجل العلاج فانها جائزة لان فيها اصلاح وعلاج روحي او جسدي ، وفي المعالجة لفرض تحسين الشكل من عيب حتى ولو كان

(١) المرجع السابق- ص ٢٤٠ .

(٢) سورة القيامة : الايات ٣ و٤ وجاء في تفسير الجلالين تفسيرهما على قدرة الخالق في اعادة الاصابع الصغيرة كما كانت فكيف بالعظام الكبيرة وهي دلالة على مقدرته على البعث والاحياء .

(٣) نشير هنا الى ان بعض الانجازات الطبية التي تحققت للسعادة للبشر يرفقها راي الدكتور عبدالرحيم السكري الذي ضيق من اعمال الجميل الى حد كبير . فقد نشرت صحيفة العرب يوم ١١/١١/٩٨٩ خبرا تحت عنوان (ثورة في جراحة التجميل) ص ٨ مفاده ان اطباء في بريطانيا نجحوا في التغلب على اثار الحروق او الحوادث على الوجه الانساني فيما تم بنجاح انقاذ فتاة في الثانية من عمرها اصبحت بحروق بسبب استعال النيران بملابسها فاجريت لها عملية جراحية تجميلية متطورة لزراعة جلد الوجه من احد المتطوعين مع شبكة نسجية من جلد الفتاة وقال هؤلاء انه اصبح بالامكان زراعة جلد وجه انسان ميت بكامله لوجه انسان حي في حال احتراقه .

(٤) المرجع السابق- ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

طفيفا انما هو اصلاح للعضو والنفس سيما وان كثيرا من الامراض مشتركة بينهما وهي الامراض (النفسجمية) .

ثم ان العيب الطفيف امر نسبي يختلف حسب تفكير الناس وجنسهم ومهنتهم وميولهم ومعتقداتهم ، هذا فوق ان التمييز بين هذين النوعين من الاعمال الطبية ليس سهلا بل يتعذر الفصل بين عمل طبي علاجي بحت واخر لمجرد تحسين الشكل او بهدف الجمال . كما لم نعتز في الفقه الاسلامي ما يشير الى التمييز بين هذين النوعين .

واذا كانت بعض الاعمال التجميلية على الجسد الانساني غير جائزة وقت الرسول صلى الله عليه وسلم لما فيها من معنى التدليس لاستخدام الشعر المستعار او غيره لاعتبارات معينة ولان بعض هذه الاعمال فيها مساس بالخيرين ، الا ان هذه الاعمال ليست طبية وانما هي اعمال عادية تحمل معاني الغش او خدام الغير كالتحاييل على الخاطب الذي يريد الزواج باخفاء عيوب من يراة الزواج منها .

اما وقد تطور عمل الاطباء من جراحيين وغيرهم وتنوعت المهن وتشعبت مجالات الحياة وكثرت الحوادث التي تلحق الضرر بالجسم البشري فان الضرورة تقضي جواز اجراء جراحة التجميل لظهور خلقت الله بالمظهر الحسن بازالة القبح او التخلف منه .

هذا فوق ان الفقه الاسلامي اجاز معالجة العيوب في الشكل ومعالجتها هو تجميل للجسم وهو علاج طبي ايضا لتأدية الاعضاء ووظائفها في الابصار او الحركة او رفع العلة من النفس .

والسؤال الذي يطرح هنا عن حكم العمل الطبي في تحويل الجنس فهل هو من الاعمال الطبية التجميلية ام العلاجية وما موقف الفقه منها ؟ ومتى يعد الشخص خنثى عند الفقهاء المسلمين ؟ .

حكم العمل الطبي في تحويل الجنس للخنثى (المشكل)

تعتبر العمليات في تحويل الجنس من الاعمال التجميلية سواء اكان التحويل من ذكر الى انثى او بالعكس^(١) ، والخنثى هو من لم تتكامل اعضاءه التناسلية من الناحية التشريحية والفسلجية او النفسية اما لتغلب صفة الانوثة او العكس^(٢) .

وقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني في كتاب الخنثى ما يلي :

(فالخنثى من له آلة كالرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكرا او انثى حقيقة فاما ان يكون ذكرا واما ان يكون انثى . واما بيان ما يعرف به انه ذكر او انثى فانما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة

(١) الدكتور عصام العمري اجابات خطية .

(٢) الدكتور راجي التكريتي- السلوك المهني للاطباء- بغداد ١٩٧٠ ص ٢٧١ .

الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية وامكان الوصول للنساء وعلامة الانوثة في الكبر نهود الثديين كثندي المرأة ونزول اللبث في ثدييه والحبك وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة . فالخنثى من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو انثى وان كان يبول منهما جميعا يحكم السبق لان سبق البول من احدهما يدل على انه هو المخرج الاصلي^(١) .

وفي المغني لابن قدامه ان (الخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من ان يكون ذكرا او انثى حيث قال تعالى : (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) ثم قال تعالى (وبث منهما رجالا كثيرا ونساء) فليس ثم خلق ثالث فلا يخلو الخنثى من ان يكون مشكلا او غير مشكل ، فان لم يكن مشكلا بان تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له احكام الرجال او تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له احكامهن وان كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فاختلف اصابنا في نكاحه^(٢) . ومن الطبيعى ان الامكانيات العلمية انذاك ليست على ذات الدرجة في الوقت الحاضر من حيث تحويل الجنس ولهذا انحصر الكلام بين الفقهاء على الجانب الشرعي للشخص الذي غلبت عليه صفة الرجولة والذي الحق بالرجال او صفات الانوثة فيخضع لاحكامهن والا فان الشخص المشكل له احكامه المستقلة في هذا الجانب ، كما لم نعتز على حالة في كتب الفقه جرى فيها تحويل الجنس^(٣) .

اما دار الافتاء المصرية فقد اجابت يوم ٢٧/٦/١٩٨١ حول الموضوع : (ان الاسلام اجاز التداوي بل امر به كما ثبتت بالاحاديث التي رواها احمد وابو داود وابن ماجه ، وكذلك اجراء العمليات الجراحية كما ثبتت في صحيح مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل طبيبا الى ابي بن كعب فقطع عرقا وكواه وما ثبت في حديث الترمذي من امر الانبي صلى الله عليه وسلم عرفجه الذي قطع انفه في الجاهلية فاتخذ انفا من فضه فاننت عليه ان يتخذ انفا من ذهب^(٤) .

وهذا يعني ان عمليات التجميل جائزة حتى بالفضة والذهب لاكمال عيب طارئ على الجسم بسبب الحرب او حادث او غيره وما امر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا لا دليل قاطع على اصلاح العيب وتجميل الشكل .

(١) بدائع الصنائع للكاساني- ج ٧ ط ١٠٠١٩١٠ ص ٢٢٧ .

(٢) المغني لابن قدامه- ج ٦ ، ط ٣ ، ١٣٦٧ هـ ص ٦٧٧ .

(٣) تعد هذه العملية في الوقت الحاضر من العمليات الاعتيادية في العراق والدول الاخرى انظر ما نشرته جريدة

الثورة يوم ٩/١٠/٩٨٩ حول عملية تحويل ساهرة الى علاء وما نشرته جريدة الجمهورية يوم ١٩/١٠/٩٨٩

تحت عنوان فتاة تتحول الى فتى جرت العملية الطبية في الاردن .

(٤) كتاب بيان للناس من الازهر الشريف ج ٢ فقرة رقم (١١) .

وقد جاء عن المفتي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق^(١) ، ان الاحاديث الشريفة جاءت تحت على التداوي واجراء جراحة يتحول فيها الرجل الى امرأة او المرأة الى رجل متى انتهى رأي الطبيب الثقة الى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الانوثة المصمورة او علامات الرجولة المغمورة تداويا في علة جسدية لا تزال الابهذه الجراحة (وهي جراحة تجميلية تخضع لقواعد المسؤولية الطبية في الاعمال الجراحية الاخرى) .

ومما يركي هذا ما اشار اليه القسطلاني والعسقلاني في شرحيهما لحديث المخنث من ان عليه ان يتكلف ازالة مظاهر الانوثة وهذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية والجراحة هنا علاج بل لعله انجم علاج . الا ان هذه الاعمال الطبية الجراحية لا تجوز لمجرد الرغبة في التغيير دون دواعي جسدية صريحة غالبية والا دخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري عن انس قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء ، وقال : اخرجوهم من بيوتكم فاخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا واخرج عمر فلانا^(٢) .

وهذا يعني ان حكم العمل الطبي في تحويل الجنس لغير عله جسدية يترتب المسؤولية الدينية في الشرع لانه عمل مخالف لاحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وان العمل الطبي له اساس اخلاقي وشرعي وعلمي يلزم ان لا يحيد عنها . كما قد يترتب المسؤولية القانونية على الطبيب القائم بعملية التحويل المذكورة اذا كانت الدوافع غير اخلاقية وغير طبية كان يهدف الى مساعدة الفاعل على الهرب من وجه العدالة او التخلص من الخدمة العسكرية^(*) .

والخلاصة ان المسؤولية الطبية لا تقوم في الفقه الاسلامي عن الاعمال الجراحية والتجميلية اذا

(١) الفتاوى الاسلامية- مجلد ١٠ ص ٣٥٠- كتاب بيان للناس من الازهر الشريف ج٢ فقرة رقم ١١ .

(٢) كتاب بيان للناس من الازهر الشريف- فقرة ١١ .

(*) يذكر الاستاذ الدكتور رياض الخاني في بحثه القيم الموسوم (المبادئ الاخلاقية التي يجب ان يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية)- منشور في مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها جامعة الامارات العربية المتحدة- العدد الثاني ١٩٨٨ ص ١٤٠- ١٤١ ، بان القيام بعملية تغيير الجنس من ذكر الى مؤنث وبالعكس او تغيير انسان ما من ذكر الى انثى وبالعكس وبهدف غير طبي من الجرائم الطبية الناتجة عن استخدام الاساليب الانثوية الطبية الحديثة . وهو يذكر ان حالات تغيير جنس الانسان Transsexualism تنبت لها بعض الدول فاصدرت تشريعات خاصة حفظت بها للانسان الذي يضطر لاجراء عملية يغير بها جنسه عددا من الحقوق اهمها حقه في تعديل اسمه وحقه في الارث ومثاله القانون رقم ١٦٤ الصادر في ايطاليا في ١٩٨٦/٤/١٤ .

واعتقد ان مسالة تحويل الجنس يتعلق بحق الانسان في الخصوصية وحقه في تعديل اسمه وحماية حياته الخاصة الا ان هذا التبدل يجب ان يكون لدواعي طبية ملحة وليس بهدف الحصول على نصيب اكبر في الميراث او لتضليل اجهزة الشرطة او القضاء او المساعدة على الهرب من وجه العدالة ، فلو ثبت ان الدافع على تحويل الجنس ليس بهدف تخليص الانسان من الالام الفيزيولوجية والنفسية والاجتماعية فان المسؤولية القانونية تنهض على القائمين بالعمل الطبي .

جرى العمل الطبي برضا الشخص او من ينوب عنه وبإذن الشارع (ادلة الاحكام الشرعية) ولتوفر هدف واضح هو الشفاء وان لا يقع خطأ من الطبيب او من هو في حكمه وقد جمعها ابن القيم الجوزية في قوله :

(اما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقا اذا اذن له المريض بعلاج واعطى الصنعة حقها ولم تجت يده اذا تولد من فعله الماذون من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف النفس او العضو او ذهاب صفة)^(١) .

ومن البديهي ان طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الاسلامي عند قيامها لا تنهض على اساس عقدي او تقصيري كما هو معروف في التشريعات المدنية الحديثة وانما لها احكامها المستقلة وجزء قيامها يختلف حسب نوع الفعل الطبي ما اذا كان عمديا ام ليس عمديا ووفقا لنوع الخطا المرتكب والقائم بالعمل ما اذا كان طبيبا او من هو في حكمه او هو جاهل باصول الطب .

واذا كنا قد انتهينا من هذا التمهيدي الذي تضمن فكرة اولية عن الجراحة التجميلية وموقف الفقه الاسلامي منها ، فان استكمال دراسة الموضوع يوجب علينا بيان الموقف الفقهي واتجاهاته وطبيعة المسؤولية في جراحة التجميل ثم التعرض للتنظيم القانوني لهذه الجراحة في القانون المدني وقانون العقوبات واخيرا بيان احكام القضاء الاجنبي والعربي من الجراحة التجميلية .

(١) زاد المعاد لابن القيم الجوزية- ج٢ مطبعة البابي الحلبي- مصر ص ١٤٥ .

الفصل الاول

الموقف الفقهي من جراحة التجميل وطبيعة المسؤولية فيها

لم تكن كلمة الفقه المدني موحدة في مجال جراحة الشكل فقد توزعت اراؤهم على اتجاهات متعددة كان لكل فريق حججه وقد تركت بعض هذه الاراء اثارها على الموقف القضائي - كما سنرى - الذي يتحدد السياقات العام لاحكام المسؤولية الطبية عن جراحة التجميل في صورة واضحة متحددة ، خصوصا في نطاق القضاء الاجنبي والمصري .

ثم ان هذا الموضوع يوجب تحديد طبيعة المسؤولية ومعرفة نوع الالتزام ومقدار العناية المبذولة من القائم بالعمل الطبي وبيان مدى جواز الجمم والخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

لذلك وزعنا هذا الفصل على النحو الاتي :

المبحث الاول : الاتجاهات الفقهية في الجراحة التجميلية .

اولا : الرافضون لجراحة التجميل .

ثانيا : الراي الوسط .

ثالثا : الموسعون لاجراء العمليات الطبية التجميلية .

المبحث الثاني : طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية .

اولا : تحديد طبيعة المسؤولية .

ثانيا : نوع الالتزام المدني .

ثالثا : الجمم والخيرة بين المسؤوليتين في الجراحة التجميلية .

المبحث الاول

الاتجاهات الفقهية من الجراحة التجميلية

لما كانت الاعمال الطبية التجميلية تتعلق بالحق في السلامة الجسدية وتخضع الناحية الجمالية للجسم البشري في كثير من حالات هذه الاعمال ويهدف تحسين الوضع الصحي احيانا وانها ليست خطيرة دائما وتقع برضا الشخص لاصلاح عيوب الجسم ، فان الفقه الانجليزي اجاز جراحة التجميل اخذا بالمبدأ المعتمد عندهم من ان رضاء المجني عليه يبرر كل ما لم يكن محرما قانونا او كان يؤدي الى خطر شديد بغير موجب على الحياة او الاعضاء او الصحة^(١) .

كما ان الفقه الالمانى الغربي اجاز اجراء عمليات التجميل وذهب الى ان اباحة عمليات التجميل جائزة ما لم تمنع من اداء واجب اجتماعي او يكون الغرض منها كسب المال ولهذا لم يجز الفقه المذكور للزوجة التي تنتظر حملها ان تستاصل بعض ثدييها لتعديل قوامها فتعطل بذلك وظيفة الارضاع لديها ولا للشباب ان ينتزعم بعض غدده ليلقم بها عجوزا لقاء مبلغ من المال^(٢) .

وقد ايد الفقه البلجيكي ما ذهبت اليه المحاكم البلجيكية في قضية فتاة في الخامسة عشرة من عمرها اصببت بتضخم في ثدييها بلغت زنتها معه اثني عشر كيلو غراما واستمر التضخم في الازدياد فلجات اسرتها الى طبيب لاستئصال هذا التضخم وجرى الطبيب جميع الاحتياطات التي توجبها المهنة ففحص قلبها ورئتيها وحل دمها ونجحت العملية ولكن ترتب حدوث ندوب في الجسم واثار مشوهة فرفعت اسرتها الدعوى على الطبيب تطلب التعويض وانتدبت المحكمة خبيرا قرر انه لم يحصل من جانب الطبيب خطأ ما فقضت المحكمة برفض دعوى اهل المريضة وقضت عليهم بالتعويض للطبيب^(٣) .

ويبدو من هذه القضية ان الدعوى المرفوعة كانت كيدية اساءت للطبيب الذي لم يثبت خطأ الطبي فيف جانبه وما التعويض المحكوم له به الاجزاء من الاضرار التي اصابته وهي الاضرار المادية والمعنوية .

(١) سمير اورفلي - المبحث السابق - ص ٣١ .

(٢) محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٢١

حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص ٣٠٣

وقد ذهب (فون لست) ان جراحة التجميل تنطوي تحت الانظمة التي وضعتها الدولة ففيما يتعلق بالصحة واستعدادتها .

سمير اورفلي - المبحث السابق - ص ٣١ .

(٣) الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٢١ .

الابراشي - المرجع السابق - ص ٣٠٣ .

ثم ان هذا العمل الطبي في القضية سالفة الذكر قد يبدو عاجيا الا انه اقرب للجراحة التجميلية لان الحالة التي كانت تشكو منها الفتاة ليس لها من تاثير على صحتها ولا على حياتها^(١) .

اما اذا كانت الحالة النفسية للمريضة سيئة بسبب التشوه والعيوب الجسدية مما يؤثر على صحة البدن فان اجراء العملية من الطبيب وفق قواعد العمل الجراحي وبرضا الشخص المعالج يعفيه من المسؤولية عن الاضرار الحاصلة مهما كانت النتائج بل يمكن ان يشترط اعفائه من المسؤولية في هذه الحالة . لان شرط الاعفاء من المسؤولية في العقد الطبي جائز في غير حالتي الغش (الخطأ العمدي) او (سوء النية) والخطأ الجسيم .

ويرى الاستاذ (هنري لالو) انه اذا قام الطبيب باجراء عملية خطيرة لانقاذ حياة مريض فانه يجب في هذه الحالة الاقرار بصحة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية ويستدل على صحة رايه بما قضت به محكمة السين الفرنسية في ٢٥/٢/٩٢٩ في قضية خلاصتها ان احدى السيدات كانت ترغب بالزواج فطلبت من طبيب جراح اجراء عملية تجميل خطيرة لتتمكن من تحقيق رغبتها في الزواج الا ان الطبيب رفض ذلك لخطورة العملية التي قد تفضي الى الموت لكنها اصرت على طلبها وقبلت بالمخاطرة بل هددت بالانتحار اذا لم يستجب لطلبها وتعمدت بان تتحمل وحدها مسؤولية نتائج العملية كاملة وتخلي الطبيب مما قد يترتب على هذه العملية من مضاعفات واضرار فقام الطبيب باجرائها وادت الى الوفاة وهي على سرير العملية ، وعند عرض الامر على المحكمة قضت بعدم مسؤولية الطبيب ، وهنا يرى الاستاذ الدكتور الذنون وقائم القضية التي يريد الاستشهاد بها الاستاذ (لالو) لا علاقة لها بالفكرة التي ذكرها في تعديل احكام المسؤولية وانما الاعفاء من المسؤولية كان بسبب تخلف ركن من اركان المسؤولية وهو الخطأ الذي لم يقارفه الطبيب^(٢) .

وفي نطاق موقف الفقه المدني من تعديل احكام المسؤولية العقدية بوجه عام سواء في العقود الطبية ام في المعاملات المالية ، فان جانبا كبيرا من الفقه الفرنسي ذهب الى بطلان دفع المسؤولية العقدية وبالتالي ، لا يجوز للعائد ان يضمن العقد بندا يخلي فيه مسؤوليته عن اخلاله

(١) الجوهري- ص ٣٢١ هامش ٤

الابراشي- ص ٣٠٣ .

(٢) د . حسن علي الذنون- تعديل المسؤولية- محاضرات غير مطبوعة ص ١٤ .

ذهبت محكمة تولوز في فرنسا يوم ٢٣/١٠/١٩٣٤ الى ان الاتفاقات الخاصة بما يلحق جسم الانسان من ضرر تعتبر مخالفة للنظام العام . وقضت محكمة (ليون) في ٢٧/٦/١٩١٣ بانه لا اثر لما يتفق عليه المريض من استبعاد مسؤولية الطبيب او الجراح ولو كان العلاج بناء على الطلب الصريح من ذلك المريض . انظر :

حسين عامر وعبد الرحيم عامر- المسؤولية المدنية- ط ٢ ، ١٩٧٩ ، ص ٥٧٠ هامش رقم (١) و٥٧٢ هامش رقم (٢) .

بالتزام ناشيء عنه ، والا كان البند باطلا وظل رغم وجوده مسؤولا عن هذا الاخلال ، ملتزما في حدود القواعد العامة بتعويض الضرر الذي تترتب عليه واستندوا في تقرير هذا البطلان على فكرة النظام العام لان المدين سيتهاون مقدما في تنفيذ التزامه^(١) .

ومن جهة اخرى فان الفقه المدني لم يستقر على موقف موحد بشأن الاعمال الطبية التجميلية فتوزعت اراؤهم على اتجاهات متعددة يمكن حصرها على النحو الاتي :

اولا : الرافضون لجراحة التجميل

لعل من ابرز الفقهاء الذين ذهبوا الى رفض اجراء الاعمال الطبية التجميلية (جارسون) الذي عبر عن ارائه في مقال له نشر عام ١٩٣١ في النشرة الطبية الشرعية والذي لم يجز فيه جراحة التجميل اطلاقا على اعتبار ان القواعد العامة تقضي ان يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق غرض علاجي اي (الجراحة العلاجية) ، الا انه لم يستطيع ان يتمش مع منطقة الى النهاية فاضطر الى ايراد استثناءات تدخل بطبيعتها في دائرة الاعمال التجميلية^(٢) .

ولم يكن اعتراض الفقيه (جارسون) حاسما لانه لم يثبت فعلا ان جراحة التجميل لا تباشر لاغراض علاجية اذ ان للتشوهات في البدن اثرها على نفسية الانسان ومن ثم على صحته فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالالم في حياته الاجتماعية بينما نبه له التدخل لشفائه من اي الم جسماني مهما كان تافها خاصة بعد اتسام مهمة الطبيب التي لم تعد قاصرة على معالجة الاعتلال الجسماني وانما اصبح من واجبه ان يعالج المريض وكل حالة نفسية قد يكون لها انعكاس على صحته او سلامة اعضائه وهو ما استقر عليه جانب كبير من الفقه في فرنسا^(٣) .

(١) انظر : د . محمود جمال الدين زكي- اتفاقات المسؤولية- القاهرة- ١٩٦١ ص ٣٥-٣٦ ص ٤١ . وحول اتفاقات

المسؤولية LES CONVENTIONS DE RESPONSABILIE في الفقه الفرنسي تفصيلا راجع :

MAZEAUD (H. L. J)-LECONS DE DROIT CIVIL- TOME DEUXIEME- PARIS 1966 P.P.

610-613.

(٢) الجوهري- المرجع السابق ص ٣٢٢

الابراشي- المرجع السابق- ص ٢٩٨ هامش رقم ١

سمير اورفلي- المبحث السابق- ص ٣١ .

ومن الكتاب العرب الذين رفضوا جراحة التجميل انظر :

الدكتور عبدالرحيم السكري- المرجع السابق- ص ٢٤ .

(٣) تفصيل ذلك راجع : الابراشي- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- ص ٢٩٨ .

تخضع لها وان اول هذه القواعد العامة ان توجد الملائمة بين درجة العيب والخطر الذي يتعرض له المريض فاذا كان التشويه شديدا بحيث يوصل امام صاحبه ابواب الزواج او الرزق او يجعله محلا للسخرية او الاستهزاء بما يعرضه للاضطرابات العصبية والنفسية ويجعل حياته عبئا قد يدفعه الى طلب التخلص منها بالانتحار فان الجراحة التجميلية ترقى هنا الى مقام الجراحة العلاجية^(١) .

اما اذا كان العيب بسيطا واثره هينا على نفسية المصاب به وكان يمكن اصلاحه بوسائل غير خطيرة لا يباغ للطبيب ان يعرض مريضه للخطر في سبيل ازالته والا نهضت مسؤوليته المدنية عن الضرر الذي ينجم عن العمل الجراحي حتى ولو كان قد اجراه بناء على رضا الشخص المعالج او رجائه او طبقا لقواعد الفن الطبي^(٢) . ويرى البعض ان جراحة التجميل لا تمارس من حيث المبدأ لاهداف علاجية ومن ثم يجب ان تتناسب الاضرار والمخاطر المحتملة من وراءها من الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها ، هذا بالإضافة الى انها تجري في ظروف متأنية فليس هناك ما يبرر العجلة او التسرع او ضعف الامكانيات ، ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه وتبينه لجوانب العملية الطبية المرجوة^(٣) .

ونحن نعتقد ان اتجاه اغلب الفقه الفرنسي في توسيم جراحة التجميل هو الصواب كما لا نؤيد فكرة التمييز بين العيوب الجوهريّة والعيوب البسيطة في شكل الانسان لان مسألة تجديد هذه العيوب في كونها بسيطة ام جوهريّة هي مسألة تحديد هذه العيوب في كونها بسيطة ام جوهريّة هي مسألة نسبية لا تخضع لضابط محدد واضح فما يعتبره شخص عيبا بسيطا (كوجود الشعر في ذقت شابة) قد لا يعد كذلك بالنسبة لآخرى .

ثم ان اجراء العمل الطبي التجميلي برضا الشخص وباذن الشارع وحسب قواعد واصول الفن الطبي لا يوجب ابدان تنهض المسؤولية الطبية حتى وان حصلت بعض الاضرار الجانبية (الثانوية) كان تترك العملية ندبا على الجسم . لان هناك من الاعمال الطبية ما تحمل المخاطرة والمغامرة الضرورية بدلا من الاستسلام لليأس^(٤) .

(١) انظر سمير اورفلي - البحث السابق - ص ٣٢٠ .

(٢) الابراشي - ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

(٣) الدكتور محمد حسنين منصور - المسؤولية الطبية - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية - ١٩٨٥ ص ١٦٢ .
وقارن كذلك مع الابراشي - المرجع السابق - ص ٣٠١ - ٣٠٢ .

(٤) انظر قضية الطفلة (تيفاني) التي ولدت بدون مائة وبساقين متلاصقتين وبدون اصابع وكانت الوقائع الطبية والعلمية المثبتة في الكتب تؤكد استحالة اجراء عمليات ناجمة لها غير ان ما شجع الاطباء على القيام بالعمليات هي سلامة العظام فاجريت لها ونجحت العمليات واصبحت حالتها الصحية جيدة فاثبتت الحالة عكس ما هو ثابت في الكتب العلمية الطبية . صحيفة الثورة يوم ٢٤ / ١١ / ١٩٨٩ .

ويرى انصاره تأييد فكرة الاعمال الطبية التجميلية ولكن بصورة محدودة ، اي جواز اجراء الطب التجميلي على شكل وبدن الانسان في مجال العيوب البسيطة التي لا تحمل خطرا كاستئصال اللحميات والعظام البارزة في الجسم والتجاعيد في الوجه وخلص الاسنان المعوجة وتكميل الانف الناقص وغيرها منعا من ان تجعل صاحبها محلا للسخرية بين الناس في المجتمع^(١) . اما العيوب غير البسيطة (الجوهريّة) والتي فيها مخاطر على حياة الشخص او جسده فهي غير جائزة ولا مبرر لها .

ولعل السبب الذي دفع انصار هذا الاتجاه الى تضييق فكرة جراحة التجميل في نطاق العيوب البسيطة فقط هو عدم التناسب بين المخاطر والفائدة من العمل الطبي وللحد من جراحة الترف . وهو اتجاه لم يلق تاييدا واسعا بين فقهاء وشراح القانون المدني ، خاصة وان هناك صعوبات في التمييز بين العيب البسيط عن العيب الجوهري .

ثالثا : الموسعون لاجراء العمليات الطبية التجميلية

يرى انصار هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي انه يجب التوسيم فيما يباغ من جراحة التجميل على اعتبار ان هذه الاعمال من مجددات الشباب ومن العلاج تبعا لذلك او على الاقل وسيلة من وسائل الكفاح ضد المرض ، بل ان التجميل يعطي للانسان المسرة والسعادة وهما من شروط صحة الانسان^(٢) .

هذا فوق ان الاعمال الطبية التجميلية تذلل العقبات التي قد تعترض الشخص في اكتساب رزقه في الحياة الاجتماعية وان من الناحية المعنوية تخفف ما قد يشعر به الشخص من الم جراء ما به من تشويه^(٣) .

ومن جهة اخرى فان فكرة المرض لم تعد قاصرة على الامراض العضوية في الجسد البشري وانما شملت الاصول النفسية كما يقول الاساتذة (مازو) و (نيجر) و (لاكاس) و (بيرو) فذهب اغلب الفقه الفرنسي الى ان جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة العامة تخضع لنفس القواعد التي

(١) انظر تفصيل هذا الاتجاه من مؤيديه وحججهم :

الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٢٢

سمير اورفلي - البحث السابق - ص ٣٦٠ .

(٢) الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٢٢ وهو رأي العلامة (مازو) و (لاكاس) ولويس داريتيم وغيرهم .

(٣) انظر رأي (بليندو) في مؤلف الدكتور الابراشي - ص ٣٠٠ هامش رقم (٣) .

المبحث الثاني

طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية

المسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب امرا يستوجب المؤاخظة^(١). وفي نطاق المسؤولية المدنية يكون الشخص قد اخل بالتزام مقرر ف ذمته وترتب على هذا الاخلال ضرر اصاب الاغير فيصبح مسؤولا قبل المضرور وملتزمًا بتعويضه عما اصابه من ضرر ولهذا فان المسؤولية المدنية اوسع من دائرة الامسؤولية الجنائية لان الثانية محصورة بحالات الاخلال باوامر او نواه منصوص عليها صراحة بينما يكفي لقيام المسؤولية المدنية الاخلال باي واجب قانوني^(٢).

والسؤال الذي يطرح في هذا الميدان هل ان مسؤولية الطبيب او الجراح في العلاج التجميلي هي مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية؟ اي ما هي طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية؟

للإجابة عن ذلك ، نقول ان الفقه المدني لم يتفق على رأي موحد في هذا الشأن بين نظريتي المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وقد رجح فيه الرأي القائل بان مسؤولية الطبيب تكون عقدية اذا وجد العقد الصحيح بين الطرفين وان الضرر ينشأ عن الاخلال بالعقد الطبي وان هذه المسؤولية تنهض سواء وجد الاجرام كانت المعالجة على سبيل المجان بسبب الزمالة او المجاملة وهو رأي الاستاذ سافاتييه وغيره^(٣).

ومن البديهي ان هذه الرابطة العقدية تكون موجودة بين طبيب التجميل والمريض في حالة انشاء العلاقة وتكوينها في الاعياد الخاصة حتى ولو اجريت العملية في مستشفى حكومي او خاص

(١) د . سليمان مرقس- الوافي- المرجع السابق- ص١

MAZEAUD (HLJ)-LECONS DE DROIT CIVIL- Op.Cet. P. 301.
NOUR- EDDINE TERKI- LES OBLIGATIONS- ALGER 1982 P.17
DALLOZ- Repertoire de Droit civil- Tome VI Paris 1975 P. 1.

(٢) د . سليمان مرقس- الوافي- ص٥

الدكتور مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية ١٩٨٧ ص٣٤١- ٣٤٢
الدكتور توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام- الدار الجامعية-١٩٨٨ ص٣٥٩- ٣٦٠ .
حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المسؤولية المدنية- ط٢٩٧٩ ص٣- ٤

DALLOZ- Repertoire de Droit civil Op. Cit. P. 2.

(٣) د . سليمان مرقس- الوافي- المرجع السابق- ص٣٨٢- ٣٨٣

وانظر في الخطأ الطبي :

GERARD MEMETEAU- LU DROIT MEDICAL- (4) PARIS- 1985 P. 411.

ولاحظ الاختلافات في طبيعة المسؤولية الطبية :

سمير اورفلي- البحث السابق ص٣٧- ٣٩ .

مادام انشاء العقد حصل اصلا بايجاب في عيادة الطبيب الخاصة ، كما تكون الرابطة التعاقدية موجودة اذا تكون العقد الطبي في مستشفى خاص . فالطبيب انما يمثل وضعه حال الايجاب البات وهو الفعل الاول في التعبير عن الارادة وان المريض يعبر عن ارادته بالقبول ويعلن عنها بطرق التعبير المنصوص عليها في القانون المدني العراقي (المادتان ٧٧ و٨١) .

وهذا يعني ان العلاقة التي تتكون بين الطرفين في مستشفى حكومي لا تكون عقدية وانما تخضع للوائح والانظمة وقبل هذا لنص القانون ، فاي خلل في الرابطة المذكورة تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية وهي اما ان تكون مسؤولية تقصيرية عن الخطأ الشخصي او مسؤولية تقصيرية عن خطأ الغير كمسؤولية المتبوم عن الخطأ التابع ،

ويذهب البعض قائلًا : (ولكي تعتبر مسؤولية الطبيب عقدية يجب ان تتوافر عدة شروط ان تخلف احدهما اعتبرت المسؤولية تقصيرية وهذه الشروط هي :

اولا- يجب ان يكون المجني عليه هو المريض .

ثانيا- يجب ان يكون هناك عقد .

ثالثا- يجب ان يكون العقد صحيحا .

رابعا- يجب ان يكون الخطأ المنسوب الى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشيء عن عقد العلاج) .

خامسا- يجب ان يكون المدعي صاحب حق في الاستناد الى العقد^(١) .

على ان هذه الشروط اذا كانت صحيحة وضرورية لقيام المسؤولية العقدية ، الا انها جاءت غير دقيقة . ولهذا تختلف مع الباحث في الشرطين الرابع والخامس .

فبالنسبة للشرط الرابع ، نقول ان الخطأ العقدي لا ينهض فقط في حالة عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي وانما توجد حالات او صور اخرى تشكل (خطأ عقدي) سواء في نطاق العقود الطبية ام في العقود الاخرى كالبيع والمقاوله والايجار والفندقية وفي هذه الحالات : التاخر في تنفيذ الالتزام العقدي الطبي والتنفيذ المعيب للالتزام العقدي الطبي والتنفيذ الجزئي للالتزام العقدي الطبي .

وفيما يخص الشرط الخامس فان المدعي قد لا يكون بالضرورة صاحب حق يستند للرابطة العقدية وانما ربما يكون صاحب مصلحة مشروعة كالخطيبة لان الخطبة هي وعد بالزواج ولها مصلحة مشروعة في ابرام عقد الزواج وكالمعال من غير الورثة كالخالة وابن الاخت وابن العمه او

(١) سمير اورفلي- البحث السابق- ص٤٢ .

بنت الخالة الذين قد تضرر مصالحهم في حالة اصابة المريض بضرر في جسده بخطأ طبي وهؤلاء لهم مصلحة ليست مخالفة للنظام العام والاداب العامة وان لم ترتف الى مرتبة الحق .

ومثال ذلك لو ان بنت الخالة المعالة من المريض المتضرر انقطعت نفقتها او قلت بسبب الاصابة الجسدية المميته او غير المميته (العجز الكلي او الجزئي الدائم) الحاصلة بخطا من الطبيب الذي سبب الضرر وترتب عليه فقدان المورد المعاش او تناقص القدرة الكسبية بسبب ذلك ، فاننا نعتقد ان المصلحة المشروعة لها تضررت ويحق لها المطالبة بالتعويض بشرط ان تكون التفقة اثناء الحياة ليست على سبيل الاحسان وانما دائمة لاعتبارات عائلية اي انها نفقة مستقرة وثابتة . نضيف الى ما تقدم تساؤلا اخر عن نوع الالتزام في مجال المسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية فهل ان التزام طبيب التجميل هو مجرد التزام بتحقيق نتيجة ام هو التزام ببذل عناية ؟

ثانيا : نوع الالتزام المدني

يثار السؤال عن نوع التزام طبيب التجميل لمناسبة بحث اثبات الخطأ الطبي ، ففي هذا المجال يقيم على المريض عبء اثبات هذا الخطأ لأنه هو المدعي واذا اثبت المريض صحة ادعائه كالاهمال الواقع من ا لطبيب كما لو قدم الدليل ان الترقيع الذي اجراه له جرم الاتجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر في جسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للاصول الطبية المستقرة فان المريض يكون بذلك قد اقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء اثبات بمقتضاها الى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرء المسؤولية عن نفسه ان يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت اجراء الترقيع والتي من شأنها ان تنفي عنه وصف الاهمال^(١) .

(١) نقض مدني ٩٦٩/٦/٢٦ (مجموعة احكام محكمة النقض المصرية) مشار اليه في مؤلف الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢ ص٤٠٥ وكذلك ص ٦٣ . وحول علاقة السببية La causalite وفكرتها وخصائصها وانقطاعها بالسبب الاجنبي او بنفي الخطا عن الطبيب انظر :

JEANCARPONNIER- DROIT CIVIL- (4)- LES OBLIGATIONS-PARIS- 1982-PP. 364-366. MAZEAUD (H.L.J)- OP. CIT. P501, P. 523.

ولاحظ فكرة نفي الخطا باثبات السبب الاجنبي في الالتزام بتحقيق نتيجة وفي الالتزام ببذل عناية : د . اسماعيل غانم- النظرية العام للالتزام- ص ٥٠- ٥٦ وانظر الدكتور جورج سيوفي (النظرية العام للموجبات والعقود)- ج١ = بيروت ١٩٦٠ ص ٤١٤ حيث يطلق عبارة زوال المسؤولية على حالات السبب الاجنبي .

اما الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور فيذهب الى انه السبب الاجنبي فينفي رابطة السببية لانه اذا انتفى الخطا لا محل للكلام عن السببية وجودا ونفيا . (المصادر غير الارادية للالتزام- ٨٠- ٩٨١ محاضرات في كلية الحقوق جامعة الكويت) ص ٤٠ .

ومن المعروف ان نوعي الالتزام في كتب الفقه المدني هما : الالتزام بعناية والالتزام بغاية ، ففي النوع الاول الذي يطلق عليه الالتزام بوسيلة ، كالتزام الطبيب بالقيام بعمله وفقا لاصول المهنة ، يثبت المريض (الدائن) باعتباره هو المدعي وجود العقد الخطا العقدي او الخطا التقصيري والاضرار التي اصابته مع علاقة السببية ، ما لم يدفع الطبيب المسؤولية عنه بوجود السبب الاجنبي (القوة القاهرة او خطأ الغير او خطأ المتضرر) .

وليست جميع الالتزامات في المجال الطبي من هذا النوع ، واذا كان الاستاذ الجليل السنهوري يذكر بان (التزام الاطبيب بعلاج المريض ليس التزاما بتحقيق غاية هي شفاء المريض بل هو التزام ببذل العناية الواجبة في علاج المريض وفقا لاصول صنعة الطبيب)^(١) ، فان هذا الكلام صحيح في كثير من الاعمال الطبية الا انه ليس صحيحا في اعمال اخرى حيث يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة (الالتزام بغاية) نظرا لتطور علم الطب كما في عمليات نقل الدم وتحديد الفصيلة لنوع دم المريض . اذ على الطبيب ان يتأكد جيدا من خلو الدم المنقول من اي مرض وصلاحيته ونوع الفصيلة التي ينتمي اليها والا نهضت مسؤوليته وهو اتجاه جانب كبير من الفقه المدني العربي والاجنبي .

اما في الالتزام بغاية (تحقيق نتيجة) وهو النوع الثاني من انواع الالتزامات فان الشخص لا يستطيع ان يتخلص من التزامه الا اذا اثبت السبب الاجنبي الذي حال دون تحقيق النتيجة المطلوبة منه والا فان الخطا في جانبه كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع والتزام المؤجر والمستاجر في عقد الايجار .

وفي نطاق جراحة اتجميل فان نوع الالتزام لم يتفق عليه من الناحية الفقهية ، فقد ذهب جانب من الفقه المدني الفرنسي الى القول بان التزام جراح التقويم والتجميل هو (التزام بتحقيق نتيجة) بحيث يسأل الجراح عن فشل العملية وهي نظرة يعتبرها (الابراشي) ، مجرد خفقات اخيرة لتلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على جراحة التجميل ، لان التطور اقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة الى تحقيق الغايات السامية التي تهدف اليها حتى بات الانسان مدينا بسعادته اليها بقدر ما هو مدين بحياته الى الجراحة العادية واذا كانت جراحة التجميل قد اصبحت من فروع الجراحة لها تعاليمها واصولها فليس ثمة ما يبرر اخراجها من حكم القواعد العامة^(٢) .

(١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٦٦١ هامش ١ ومن المؤيدين لهذا الاتجاه ايضا :

سمير اورقلي- البحث السابق- ص ٤٣ .

الدكتور هشام القاسم- المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية- مجلة الحقوق والشريعة- الكويت العدد ٢ ١١٩٨١ ص ٨٢ .

(٢) د . حسن زكي الابراشي- المرجع السابق- ص ٢٩٧ .

وإذا كان القضاء الفرنسي يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي وفي التزام الطبيب باعلام المريض والحصول على رضائه من جهة اخرى الا ان القضاء المذكور مجمع على ان التزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل ما زال حتى عام ١٩٦٨ (التزام ببذل عناية) وليس التزاما بتحقيق نتيجة^(١).

الا اننا نعتقد ان ما يحدد نوم التزام الطبيب والجراح في الاعمال الطبية التجميلية والعلاجية الاخرى هي مستوى تقدم العمل الطبي ونتائجه الاكيدة والمستقرة لا الاحتمالية فان كانت كذلك عد العمل او الالتزام بغاية ولا يكون طبيب التجميل او غيره موفيا بالتزامه الا اذا حقق النتيجة كالتزام الختان والالتزام بنقل الدم والتزام المختبر في التحليلات المرضية ، وان كانت النتائج محتملة اعتبر العمل او الالتزام بوسية (بذل عناية) ومنها التزام الطبيب والجراح في الطب التجميلي . ومع ذلك فان في الجراحة التجميلية بوجه عام قد يتضمن العمل الطبي نوعين من الالتزامات ، منها ما يلزم فيها تحقيق نتيجة واخرى يكفي بذل العناية .

يبقى لدينا السؤال عن مقدار العناية المطلوبة فهل هي عناية الشخص المعتاد ام عناية الشخص المريض ؟ وهل ان ذات المعيار يسرى في القرية والعاصمة ؟ كما انه يسري على الطبيب الممارس والطبيب الاختصاص ؟ ام ان لكل حالة حكمها وظروفها ؟

للإجابة على ذلك ، نقول ان من غير الصائب النظر لجميع هذه الحالات بمقياس واحد فلكل حالة ظروفها وملابساتها ومقدار العناية المطلوبة ونوع او درجة العناية .

فالتبيب الاختصاصي في جراحة التجميل في مستشفى متخصص مزود بأحدث الاجهزة الطبية يلزم ان يبذل من العناية والحرص اكبر من الطبيب في مستشفى عام في محافظة ما تفتقر لوجود بعض الاجهزة الحديثة في هذا الميدان وهكذا . هذا فوق ان شخصية الطبيب الاول دائما تكون محل اعتبار من المريض .

ومن البديهي ان بإمكان الطبيب ان يدفع عنه المسؤولية بأثبات السبب الاجنبي (المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي) و(المادة ١٦٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني . كأثبات الطبيب ان الخطأ من المتضرر هو السبب في حصول الضرر لان المريض لم يتبع تعليمات الطبيب او ان الضرر ينسب الى قوة القاهرة او خطأ الغير (طبيب اخر) كما لو كان المريض قد راجع طبيبا اخر ارتكب خطأ مما ينبغي ان ينسب الطبيب الثاني لا الاول .

وفي هذا السياق ذهب القضاء المصري الى القول بأنه كما يلزم الطبيب بان يبذل قصارى الجهد في معالجة المريض فانه يجب على المريض ان يلزم من جانبه اتبام ما يشير به الطبيب وما

(١) د . محمد حسنين منصور - المرجع السابق - ص ٧٤ .

امره وكما يتطلب المريض من الطبيب الا يقصر في حقه يلزم على المريض الا يقصر في حق نفسه فلو طلب الطبيب من المريض ان يعرض نفسه عليه من اوقات محددة وخالف المريض ذلك وترتب على ذلك ان احدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب في المواعيد التي حددها فلا مسؤولية على الطبيب^(١) . لوجود خطأ المتضرر الذي دفع المسؤولية عن الطبيب . اما اذا تأخر الطبيب او الكادر الطبي في المستشفى عن تقديم الاسعافات الطبية اللازمة وادى الى وفاة المريض فان الخطأ الجسيم ثابت وتنهض المسؤولية الجنائية والمدنية^(*) .

ثالثا : الجمع والخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجراحة التجميلية : ابتداء لا بد من القول بجمع بين قواعد المسؤوليةين غير جائزة حتى ولو توفر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية كان يتفق المريض مع الطبيب التجميل في عيارته الخاصة ويجري العملية الجراحية في مستشفى حكومي . فالضرر لا يجوز التويض عنه الا مرة واحدة والا حصل اثره بلا سبب على حساب المدين وهو ما لا تقره قواعد العدالة فالتعويض يلزم ان يتناسب مع مدى الضرر .

كما لا يجوز للدائن الجمع بين خصائص المسؤولية العقدية التقصيرية فينتقي ما يناسبه للحصول على حقه . وهو امر غير مستساغ^(٢) .

ولا يجوز للمريض ان يرفع دعوى المسؤولية العقدية فان خسرها يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية او بالعكس . لان الفقه - على عكس القضاء الفرنسي - مجمع على ان قوة الشيء المقضي فيه يحول دون ذلك^(٣) .

(١) تاريخ القرار ١٣/١٠/١٩٤٤ (المحكمة الابتدائية) منشور في مؤلف الاستاذ سليمان مرقس - الوافي - ج ٢ - ج ٤٠٦ - ٤٠٧ .

(*) ان هذه المسؤولية تنهض طبقا لاحكام القانون الجنائي واحكام القانون المدني (المسؤولية عن الخطأ الشخصي او المسؤولية عن خطأ الغير) سواء في نطاق العمل الطبي التجميلي ام في غيرها من الاعمال الطبية . ونشير الى ما ذكرته جريدة الجمهورية يوم ١١/١١/١٩٩٠ من حالة (اهمال) طبية ادت الى وفاة المريضة واكتفي باحالة الاوراق الخطية لمعاينة الطبيبة عن ذلك بعقوبة انضباطية!!
وخلاصة القضية او زوجة المدعي (ع) تعاني من ارتفاع ضغط الدم اثناء عملية الولادة (التي يلزم ان تقم بعملية قيصرية) ولسبب تأخر الطبيبة المولدة وانشغالها في عيادتها الخاصة لم تجر لها عملية الولادة في وقتها المحدد وبعد اجراء العملية التوليد مات المولود واهملت الام بعد الولادة بدون عناية حيث لوحظ عليها علامات الازرقاق ونها تعرضت للمصرم ثلاث مرات ولم يحصل التدخل الطبي . وبعد اجراء التحقيقات في مستشفى صدام العام في الكوت تبين ان الطبيبة (احلام) مقصرة في ذلك وان لجنة الانضباط ستصدر بحقها العقوبة المناسبة!!

(٢) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٧٥٧ .

(٣) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٧٥٧ - ٧٥٨ .

الفصل الثاني

التنظيم القانونية للمسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية

يتضمن هذا الفصل معرفة القواعد العامة في القانون المدني لهذه المسؤولية ثم حكم اجتماع المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية سيما وأن النوع الاول من المسؤولية اوسع في دائرته من النوع الثاني .

فالقانون الجنائي خصص أحكاماً مستقلة لجرائم الاعتداء على حياة وابدان الناس ووضع العقوبات على فاعليها . ثم إن جراحة التجميل قد تنظم في تعليمات أو لوائح كما في تعليمات السلوك المهني في العراق التي يصار اليها كقواعد عامة في المجال الطبي .

لذلك سنقسم هذا الفصل حسب الخطة التالية :

المبحث الاول- تنظيم المسؤولية في التشريعات المدنية .

المبحث الثاني- المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية .

المبحث الثالث- حكم الجراحة التجميلية في تعليمات السلوك المهني لسنة ١٩٨٥

المبحث الأول

تنظيم المسؤولية في التشريعات المدنية

لم ينص القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون ١٨٠٤) ولا تعديلاته المتفرقة^(١) ، ولا القانون المدني المصري أو القوانين العربية الأخرى (كالقانون الجزائري والكويتي والاردني) ، ولا القانون المدني العراقي أو المشروع المدني الجديد على أي نص خاص بمسؤولية الأطباء المدنية .

على أن هذا لا يعني أعفاء هؤلاء من المسؤولية المدنية وإنما جرى مؤاخذة الأطباء والجراحين ومن هم في حكمهم بناء على نص المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ما يلي :

(كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه)^(٢) .

(١) راجع هذه التعديلات في :

د . سليمان مرتقب- الوافي- ج٢ - ص ١١٣- ١٢٥ .

ولاحظ احدث تعديل جرى تطبيقه منذ شهر اكتوبر ١٩٨٨ على كثير من النصوص

MISE A JOUR 1988 DU CODE CIVIL 1987 PARIS.

(2) CODE CIVIL-1987-ART. 1982.

اما بالنسبة للخبرة بين قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية فان الفقه والقضاء منقسم الى فرقتين : الاول يرى ان للدائن ان يختار بين الدعوتين والثاني يذهب الى عدم جواز الخبرة لان قواعد المسؤولية العقدية تجب قواعد المسؤولية التقصيرية^(١) .

ولقد ذهب الاستاذ الجليل السنهوري في (هوجز نظرية الالتزام فقرة ٣٠١) الى جواز الخبرة بين المسؤولين ، الا انه تراجع عن رايه في الوسيط (ج١ ص ٧٦١) وذهب مع القائلين الى عدم جوازها قائلاً :

(فنحن نأخذ بالرأي الذي يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له الادعى المسؤولية العقدية)

ومع احترامنا وتقديرنا لرأي المرحوم السنهوري ، نقول ان موضوع الخبرة في المسؤولية في ميدان العقد الطبي تختلف عما توصل اليه ، واذا كانت الخبرة لا تكون الا في التزام يفرضه العقد والقانون معا ، فانه يلزم التمييز بين حالتين :

الحالة الاولى : اذا تكون العقد الطبي ابتداء وانتهاء في مستشفى حكومي فان الاخلال الواقع يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية .

الحالة الثانية : اذا تكون العقد الطبي في العيادة الخاصة او المستشفى الخاص ونفذت العملية في مستشفى حكومي او نشأت العلاقة بين الطبيب والمريض في مستشفى حكومي وانجز العمل الطبي في العيادة الخاصة او المستشفى الخاص ، فان الخبرة تظهر هنا واضحة امام الدائن (المريض) في اللجوء الى قواعد المسؤولية العقدية او قواعد المسؤولية التقصيرية ويجوز له الخبرة بينهما .

اما دليلنا على ما نقول فان الكثرة في احكام القضاء المصري والفقه المدني المصري والقضاء الفرنسي تجيز الخبرة^(٢) كما ان قواعد العدالة توجب فتم الابواب امام المضرور للحصول على حقه عن الاخلال بالعقد او بالالتزام المفروض بنص القانون لجبر الضرر .

(٣) انظر تفصيل ذلك : الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٧٥٨ ، ولاحظ الاحتلاف في المواقف الفقهية والقضائية في مصر وفرنسا شأن الموضوع- وتحديد موقف محكمة النقض التي لم تبث في موقفها- ص ٧٦٠- ٧٦١ هامش رقم ١ .

وانظر الدكتور سليمان مرتقب- الوافي- ج٢ ص ٧١ فقرة ٧٣ .

(١) مصطفى مرعي- المسؤول المدنية في القانون المصري- ط٢ القاهرة ١٩٤٤ فقرة ٢٨ .

الدكتور سليمان مرتقب- الوافي- ج٢ فقرة ٣٨ ص ٧٧ وهو يقول بأنه كان من اول القائلين بعدم الخبرة وان محكمة النقض المصرية استقر موقفها واخذت صراحة بهذا الاتجاه الا انه يستدرك فيقول في ص ٧٨ (غير انه اذا كون الاخلال بالتزام العقدي جريمة جنائية او كان راجعاً الى غش من المدين ، كان للدائن ان يختار بين المسؤولين) . وهو ما اتجهت اليه محكمة النقض المصرية ايضا فيما بعد .

وإذا كان العمل فيه جانب الإهمال أو عدم التبصر فقد نصت المادة (١٣٨٣) المعدلة عام ١٩٨٧ . والتي طُبقت تعديلها في أكتوبر عام ١٩٨٨ على ما يلي : (كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا يفعله فحسب بل ايأ باهمال أو بعدم تبصره)^(١) .

وجاءت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري صريحة في هذا المجال إذ جاء فيها بأن : (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) . وعلى ذات النهج نصت المادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها مايلي : (كل عمل أيأ كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض وطبقاً لنص المادة (١/٢٢٧) من القانون المدني الكويتي . فإن كل شخص أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه . سواء أكان في أحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً^(٢) .

كما ذهب المشرع لاردني في المادة (٢٥٦) إلى إيراد المبدأ العام في المسؤولية عن العمل غير المشروع على النحو الآتي :

(كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) ولم يأخذ بما ذهب اليه القوانين الأجنبية وبمع القوانين المدنية العربية الأخرى بما ساقته من مبدأ عام إنما تأثر المشرع الاردني بأحكام الفقه الاسلامي حيث ذكر في المادة (٢٥٧) والمادة (٢٥٨) التمييز بين المباشر والمتسبب في أحداث الضرر ولو اجتمع في فعل واحد مباشر ومتسبب ، يضاف الفعل الى المباشر .

ولعل أول ما يلاحظ على الحكم المقرر في القانون الكويتي والاردني والعراقي المادة (١٩١) في مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار هو يبني ما اتجه عليه الاحناف والشافعية والحنبلة ، أما المالكية فثمة خلاف بينهم^(٣) .

(1) CODE CIVIL-1987-ART. 1983.

MISE A JOUR 1988 DU CODE CIVIL 1987ART

(٢) هذا هو المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي سواء وقع الضرر على النفس أو البدن أو المال ، كالاتلاف والغصب ، وهو مسلك سليم لانه لم يتطرق إلى حالات جزئية .

والعمل الضار المباشر هو الاعتداء بلا واسطة ومن غير أن يتدخل فعل الفاعل أي عمل آخر ، كالقتل والضرب والغصب والاتلاف المباشر للعالم وهكذا بينما يراد بالعمل الضار تسبباً العمل الذي يقع على شيء فيفضي إلى ضرر . فممنوع حجراً في طريق عام أدى على الاصطدام أو انقلاب السيارة ، فإنما يكون تسبباً ومن حفر بئراً لغرض الأضرار بماشية جاره وسقطت بها كان متلفاً لها تسبباً والحكم على ذلك أن المباشر ضامن وأن لم يتعد بينما المتسبب ضامن إذا كان متعمداً أو متعمداً فإن لم يكن كذلك لا يضمن الضرر .

د . محمود سعد الدين الشريف- القانون المدني العراقي- ج١ مصادر الالتزام ١٩٥٥ ، ص٤١٥٥ .

(٣) المذكور الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص٢٢٠ .

أما في ضوء القانون المدني العراقي ، فإن المادة (٢٠٢) نصت على الاعمال غير المشروعة التي تقع على نفس على نحو التالي :

(كل فعل ارتكبه من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع يخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر) . وذكرت المادة (٢٠٣) التعويض في حالة القتل أو الوفاة لمن حرم من الاعالة (الضرر المرتد) .

ثم جاءت المادة (٢٠٤) بحكم مشترك للاعمال غير المشروعة على النحو التالي :

(كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض) .

ولم يشأ مشروع القانون المدني الجديد أن يسير على النهج ذاته الذي سار عليه القانون المدني العراقيين وانما أورد في المادة (٤٠٦) أولاً) مبدأ عاماً جاء فيه مايلي :

(أولاً : كل خطأ ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) .

ونعتقد أن الاتجاه السليم في مجال تقرير المسؤولية عن العمل الشخصي الضار عدم إيراد حالات جزئية موزعة ، بعضها يخص الضرر الجسدي وأخرى تخص الضرر المالي ، وإنما يلزم من المشرع صوغ القواعد العامة وترك الحالات التفصيلية للفقه والقاء . ففي هذا مرونة أكبر للنص القانوني يحول دون جموده وعدم استيعابه لما قد يستجد من أخطاء تسبب الأضرار للغير .

بناءً عليه فإن الفقه المدني الفرنسي والعربي الراجح يخضع مسؤولية الطبيب والجراح عموماً لقواعد المسؤولية المدنية العامة . سواء عند وجود العقد أو عند عدم وجوده ، حيث يخضع العمل الطبي للمبدأ العام في المسؤولية لتقصيرية^(١) ، أما الرأي الآخر الذي ينادي بإعفاء الأطباء من المسؤولية (سواء في المؤلفات أم في المؤتمرات الطبية) فلم يكن انصاره غلاماً من الأطباء انفسهم^(٢) .

وغذاً كنا قد اوضحنا حالات المسؤولية العقدية والتقصيرية الطبيب والجراح في العمل الطبي التجليلي والعلاجي (الاعمال الجراحية) وصور الخطأ العقدي في العلاج الطبي . فإن خطأ الطبيب غالباً ما يقود إلى اضرار تمس الروح أو الجسم ، فيؤلف من هذه الزاوية جرماً جزائياً (جريمة) فتخضع الحالة التي ينتج عنها الضرر عن جريمة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وتتوسم دائرة

(١) من الفقه الفرنسي (مازو) و (بيرسون) و (دي فيلية) ومن الفقه العربي الاستاذ (وديع فرج) و (فائق الجوهري) والدكتور سليمان مرتقب :

د . سليمان مرتقب- الوافي في شرح القانون المدني ج٢ ، ص٣٨١ .

الدكتور عاطف النقيب- النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، ط١ ، ١٩٨٣ .

(٢) د . سليمان مرتقب- الوافي- ج٢ ، ص٣٨١ .

التعويض حتى وإن قامت بين الطبيب والمري علاقة عقدية ، رغم أن ما توصلنا عليه هو جواز الخيرة في القواعد العامة للمسؤولين العقديّة والتقصيرية^(١) .

والتشريعات المدنية سالفه الذكر لا تعفي الطبيب والجراح في الطب التجميلي من المسؤولية حتى ولو قام بالعمل برضا الشخص إذا لم تكن الموازنة بين الفوائد والمخاطر متناسبة وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً^(٢) . لأن الرضا لوحده لا يكفي كسبب لإباحة الفعل كما ليس للطبيب أن يعتمد مسبقاً إلى الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية عن اضرار جسدية قد تحل بالمرض^(٣) .

كما نشير هنا أن الضرر الذي قم على مريض من الطبيب أو الجراح في مجال التجميل على النحو الآتي .

أولاً- الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية^(٤) . ويراد به الضرر الذي يصيب الذمة المالية

(١) انظر رأي عاطف النقيب- النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، ص ٢٤٤ .

ونعتقد أن في حالة وجود الأهمال (خطأ الجسيم) أو (الغش) أي سوء النية أو الخطأ العمدي فإن هناك جناية أو جنحة من الطبيب على المرض حسب مدئ الضرر ما غذا كان الفعل افضى الى الموت أم إلى العاهة البدنية ، وبذلك نخالف مسلك محكمة تمييز العراق الموقرة في قرار لها صدر ببراءة طبيب من تهمة استتدت اليه وثبت عليه ، تشكل اهمالاً كبيراً افضى إلى العاهة البدنية المؤقتة وكان قرارها البراءة من الناحية الجنائية . إلا أن هذا لايعني عدم المسألة من الناحية المدنية لأن الخطأ الطبي ثابت بدليل قيام وزارة الصحة بتوجيه عقوبة الانذار للطبيب د . (محسن) لأنه ترك قطعة القطن في المثابة أثناء اجراء عملية البروستات .

بهذا كان من المفروض المؤخذة على فعل الطبيب من الناحيتين الجنائية والمدنية والادارية .

لاحظ ما نشرته صحيفة الثورة يوم ٢٥/١١/١٩٨٩ بشأن وقائم القضية .

كما نشير بهذه المناسبة الى حكم محكمة استئناف باريس يوم ٢٠/٦/١٩٦٠ وتعليق الاستاذ (بورتييس) في المجلة الفصلية المدنية لعام ١٩٦٠ الذي قال :

(إن القوانين تهتم بخير المجتمع السياسي اكثر مما تهتم بتحسين مستوى الانسان الخلفي) .

ويخص الحكم قضية راقصة اجري لها الطبيب عملية تجميل تركت ندبة في اسفل بطنها .

فجاء في الحكم بأن الراقصة التي تقوم بتعريه جسدها امام جمهور من الناس لايمكنها أن جرم تجميل بعمله وضرر بحجة انالعملية تركت ندبة في بطنها لا تتام الفرضة عادة لاطهارها في الحياة العادية . غير ان هذا الحكم جاء خلافاً لما ذهب اليه المحاكم الفرنسية التي اعتبرت أن الندبة هذه قللت من اقبال الجمهور على مشاهدة جسدها العادي .

د .يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات- مصادر الموجبات- القانون والجرم وشبه الجرم- ط٦ ، ١٩٨١ ، ص٦٦٣ ، نبذة ٤٥٠ .

(٢) انظر مثلاً قرار محكمة استئناف باريس في ١٣/١/١٩٥٩ منشور في مؤلف عاطف النقيب ، ص ٢٥٢ .

(٣) د . عاطف النقيب- ص٢٥٢ .

(٤) انظر اطروحة باسم محمد رشدي- الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية- اطروحة ماجستير نوقشت على قاعة الشهيد في كلية القانون يوم ١٥/٣/١٩٨٩ .

بفعل الاصابة البدنية الامر الذي يستوجب تعويضه . وتعويض الضرر المادي الناتج عن الصابة الجسدية كالندبة أو التشوية أو الحروق يكون حسب عنصرين نصت عليها المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي للمتضرر وهما :

العنصر الاول- ما لحق المتضرر من خسارة مالية كنفقات العلاج والدواء والاشعة والاقامة في المستشفى واجور التحليلات وغيرها .

العنصر الثاني- ما فات على المتضرر من كسب مالي لتعطله عن العمل كما لو كان المضرور مضيعة جوية أو مذيعة أو فنانة تعتمد على جمالها في اداء عملها مما يلزم أخذ الموضوع المذكور بنظر الاعتبار للحكم بالتعويض بصورة أكثر من التعويض المحكوم لعام محطة بنزين أو بائع ادوات احتياطية للسيارات أو لاعب ورياضي مشهور لذلك فإن الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية من طبيب التجميل هو اخلال بحق ذو قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية^(١) .

(١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ط١ ، ٨٥٦- ٨٥٨ .

وانظر المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي في عناصر الضرر المادي

CODE CIVIL- 1978- ART. 1147.

DALLOZ REPERTOIRE DE DEVOIT CIVIL- PARIS 1970. 12.

وقارن مع نص المادة (٢٢٦) من القانون المدني الاردني والمادة (٤٢٧) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد .

ولاحظ تفصيلاً ايضاً :

د . احمد شرف الدين- عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق من التعويض عنها على شخص اخر غير المضرور- مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ١ ، السنة ٢٢ ، ٩٧٨ ، ص٣٥ وما بعدها .

من الحقوق الثابتة الحق في السلامة الجسدية للنساء وغيرها . وعلى سبيل المثال نصت المادة ٢٠٣ مدني عراقي على حق الشخص المعال في التعويض لوفاة المصاب أو عن قتله (الصابة المميطة) ، وهو ما نصت عليه المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي .

ولهذا لا يكفي الحكم بالتعويض أن يكون مرتكب الفعل الضار قد اخل بمصلحة مالية للمضرور بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة Legitime وهو شرط ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية غير محمية قانوناً . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ما لبثت أن تراجعته عن هذا الاتجاه فيما بعد مستندة الى نص المادة ١٣٨٢ ، مدني فرنسي التي لم تنص على مثل هذه التفرقة وإنما اقرت مبدأ عاماً يجبر كل ضرر ، إلا انها اشترطت أن لا تكون العلاقة عابرة أو عارضة وانما تحمل طابع الاستقرار والجدية كما اجيز التعويض للاولاد الطبيعيين .

د . ادور غالي الذهبي- مجموعة بحوث قانونية- ط١ دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ٦٣٠- ٦٣١ .

وفي العراق فان الخليل أو الخليلية ووسيط الفحشاء لا يمكنهم المطالبة بالتعويض لأن المصلحة ليست مشروعة ومخالفة للنظام العام والاداب العامة .

فالراقصة التي تجري لها عملية تجميل تترك اثرأ مشوهاً عن جسدها لا تفسم المجال لصاحب المهلي الليلي أن يطالب بالتعويض عن الضرر لعدم وجود مصلحة مشروعة .

الشكل السليم والبدن الصحيح ، والضرر في الشكل كالندب والتشوهات ستقلل حتماً فرص التعيين أو تحد من فرص المنافسة للحصول على الاعمال .

ونعتقد أن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي بفعل خطأ طبيب أو جراح التجميل لا تنحصر على المتضرر شخصياً حتى وإن لم تكن الإصابة حتمية ، فمن أصيب بضرر مادي جسدي غير مميت ومن يعيهم من اصحاب الحقوق كالورثة ولأصحاب المصالح المشروعة من غير الورثة ، الحق في طلب التعويض من الفاعل إذا تضررت حقوقهم أو مصالحهم المشروعة ، كما لو كانت الإصابة الجسدية غير الميئة قد ادت الى انعدام أو تقليد القدرة الكسبية للمتضرر مما اثر على حقوق ومصالح الغير .

وإذا كانت الإصابة قد ادت الى الضرر الجسدي المميت (تعطيل جميع وظائف الجسد) ، فهناك دعوى شخصية لأصحاب الحقوق والمصالح المشروعة^(١) ، وقد يكون لهما دعوى وراثية مع دعوى شخصية غذا كان المتضرر قد ثبت له الحق في التعويض عن الضرر المادي ودخل ذمته ثم مات جراء الإصابة ، وهنا يجري التوزيع حسب القسم الشرعي (أي وفقاً للأنصبة أو السهام المقررة) .

إن جسم الانسان الذي تضرر من جراء خطأ طبي تجميلي لا يمكن اصلاحه كلياً كما في اصلاح الاشياء ، فالمتضرر يتعرض دائماً لمخاطر عدم الشفاء أو الشفاء الناقص ، الامر الذي يوجب معالجته حتى بأعلى الاجور^(٢) ، وله أن يختار المستشفى الذي يتعالج فيه مادام يجد فيه حماية أكثر لنفسه وصحته ولا يجوز اجباره على البقاء في مستشفى حكومي أو فرض المعالجة في مستشفى معين أو طبيب محدد^(٣) .

ونضيف أن المادة (٢٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية نصت : (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي اسست عليه الدعوى المدنية درجة الثبات) . كما أن المادة (١٠٧) من قانون الاثبات نصت على ما يلي : (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً) .

والتعويض المدني ليس عقاباً على الفاعل ، وانما هو جبر للضرر بازالته أو التخفيف منه ولا

(١) اجاز القضاء الفرنسي التعويض للخليفة ، إذا كانت علاقتها مع عشيقته تحمل طابع الاستمرار الجدي في الحياة غير الشريعة في قرار صدر يوم ٢٧/٢/١٩٧٠ علماً أن الفقه الفرنسي لم يتوحد موقفه من تعويض الاولاد الطبيعيين .

JEAN CARBONNIER- LES OBLIGATIONS-489

(2) MAX LE ROY- LEVALUATION DE PREJUDICE CORPOREL- PARIS 1974 P.23.

(٣) قرار محكمة التمييز ١٩٧٨/١م/٥٨١ - مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٣ ، ١٩٧٨ ، ص ٢١ .

وفي هذا السياق نذكر أن المتضرر من جراحة التجميل يستلزم (لكي يطالب بالتعويض) ثبوت الضرر على جسده وقيامه برفع الدعوى غذا لا دعوى بلا مصلحة وأن تتوافر جملة من الشروط العامة الاساسية حتى يكون الضرر قابلاً للتعويض عنه^(١) .

ولعل من المناسب أن نؤكد هنا موقفتنا قائلين بجواز التعويض عن الضرر غير المباشر ، إذا كان على واضحة مع الخطأ والامر في ذلك متروك لظروف القضايا ولسلطة القاضي التقديرية وبهذا نوسم من دائرة المسؤولية والتعويض .

على أن هذا الرأي ليس غريباً عن الوسط القانوني والاتجاه التشريعي إذ قد يكون الضرر غير المباشر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، وقد ذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ في المادة (٤/١٣٤) ، وكذلك المادة (٩٩) من قانون الالتزامات السويسري إلى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر غير المباشر . ومثال ذلك ، وفاة الام بالسكتة القلبية عن الضرر الواقع على وجه ابنتها بفعل العملية التجميلية بشرط ثبوت العلاقة .

ونؤيد ما ذهب اليه الاستاذ (بوريس ستارك) بجواز طلب التعويض حتى عن الضرر المستقبلي ما دام أن وقوعه مؤكداً^(٢) .

والضرر المستقبلي ، ضرر تحقق سببه وتراخت أثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل كإصابة شخص بعاهة أو تشوه في شكله تعجزه عن الكسب فإن الإصابة ذاتها محققة ولكن الخسارة المالية تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب ، وهي تشمل كل ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته ، يعتبر أكثرها ضرراً مستقبلاً ، والضرر المستقبلي هنا يعد في حكم الضرر المحقق ويستوجب قيام المسؤولية والتعويض^(٣) ، هذا فوق أن كثيراً من المهن والوظائف تعتمد على

(1) RENE SAVTIER- uaité de la responsabilité. Civil et droit Français- paris 1951. P. 87.

لم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على تعداد هذه الشروط فمن قائل أنها على شرطين ومن قائل أنها ثلاثة وبعضهم يرى أنها أربعة شروط ومن قائل أنها خمسة شروط انظر :

د . توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام ، ص ٣٨٣ - ٣٨٤ .

الاستاذ السنهوري- الوسيط ج١ ، ص ٨٥٥ .

وأنظر المادة (٤٢١) من المشروع المدني العراقي الجديد .

الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢ - ص ٣٨٨ ز

MAZEAUD (H. L. J)- Op. Cil. P. 335.

(2) Boris starck droit civil- Obligation Responsabilite paris 1987 p55

(٣) الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢ ، ص ١٣٩ .

وانظر ما أتجهت اليه النقض المصرية بجواز المطالبة بالتعويض عن ضرر المستقبل (نقض مدني ٨/شباط/١٩٧٧)

يمكن تصور التعويض العيني عن الخطأ الطبي في جراحة التجميل إلا في حالات نادرة^(١) .

لهذا فالاصل أن يصار إلى التعويض النقدي ، لما في النقود من وسيلة جيدة لتقويم واصلاح الاضرار وعلى هذا التعويض نصت المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي بادخال قيمة مالية في ذمة المضرور موازية للقيمة التي حرم منها وقد يصار إلى دفعه جملة واحدة أو على شكل اقساط دورية أو في صورة مرتب مدى الحياة حسب ظروف الحال وطبقاً لطلبات المدعي ، وعلى هذا ذهب المشروع المدني الجديد في المادة (٤٢٥) .

وأياً كان التعويض ، فإن هناك جملة من الاعتبارات التي تؤثر في تقدير التعويض للمتضرر^(٢) ، وغالباً ما يستعين القاضي برأي الخبرة في تقدير الضرر وبيان عليه المادة (١٤٠) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي جاء فيها :
(أولاً- المحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها...).

ثانياً : الضرر المعنوي الناتج عن الاصابة الجسدية .

من واضح أن الضرر الجسدي الناتج عن الاصابة الواقعة على الجسد بفعل الخطأ الطبي التجميلي لا ينعصر في الاضرار المالية فقط ، وانما يمتد ليشمل الضرر الادبي (المعنوي) ايضاً . والضرر المعنوي Le dommage morale هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله ، وانما يصيب مصلحة غير مالية وقد ينتج عن اصابة أو تشوية في الجسم أو ينهض لوحده مستقلاً لاسباب متعددة^(٣) .

(1) SAVATIER- RESPONSABILITE- CIVIL- OPCITP170

وانظر المادة (٤٣٩) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد .

ومن صور الضرر المعنوي ما يمب اعتبار الشخص امام الناس إذ ان ما يؤذي السمعة ان يذام عن شخص انه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية ما يلي : (إن الامراض من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة ، فإذا عتمها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكر اسماءهم ، وبالاخص بالنسبة للفتيات لأنه يضم العراقي في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خط يستوجب التعويض) السنهوري- الوسيط ، ط ١ ، ص ٨٦٥ هامش رقم ١ .

(2) NOUR- EDPINE- TERKI- LES OBLIGATIONS- OP. CIT. P. 187.

(٣) انظر في الضرر المعنوي واحكامه مفضلاً : الدكتور سنهوري- الوسيط- ج ١ ، ص ٨٦٤-٨٦٥ .

الدكتور محمد ابراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر- مطابع رمسيس بالاسكندرية- بدون سنة نشر- ص ٤٦٤-٤٦٥ . الدكتور سليمان مرقس- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - لقسم الاول - ١٩٧١ . ص ١٢٧ وما بعدها . ابراهيم محمد شريف- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- رسالة ماجستير نوقشت يوم ١٤/١٠/١٩٨٩ .

DR. HASSAN ABOEL NAGA- LA TRANSMISSIBILITE AUX HERITIERS DU DR OIT AREPARATION DU PRETIUM DOLORIS- JOURNAL OF LAW- VOL 11, NO. 1, 1987. P3

ومن ناحية التشريعية ، فإن القانون المدني العراقي نص في المادة (٢٠٥) على الضرر المعنوي فجاه فيها يلي :

١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض .

٢- ويجوز أن يقضي بالتعويض للازواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من رر ادبي بسبب موت المصاب .

٣- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي على الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقضى اتفاق أو حكم نهائي^(١) .

غير أن هذه المادة وردت عليها ملاحظات متعددة ، سواء لمناسبة المسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية ، أم لمناسبات أخرى ، وعلى سبيل المثال لا الحصر ، يبدو جلياً أن الضرر المعنوي غير ممكن تعويضه حتى ولو نشأ عن اصابة جسدية في حالة وجود عقد العلاج الطبي .

لأن المادة المذكورة حصرت حق المطالبة في التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق الفعل الضار وهو مسلك يصعد بجذوره لاسباب عديدة منها تبني المشرع مبدأ التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن نتائجها الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في الثانية دون الاولى وهو ما يخالف قواعد العدالة .

ثم أن الفقرة الثانية لم تحدد مفهوم الاقربين من الاسرة مما اوقم القضاء العراقي في حيرة من امره ، فاوجد قرارات متناقضة في قضايا متماثلة .

هذا فوق أن الضرر المعنوي للاقربين من الاسرة والازواج محصور في الاصابات المميته دون الضرر الجسدي غير المميته وهو مسلك منتقد^(٢) ، ثم إن قرارى مجلس قيادة الثورة المرقمين

(١) قارن مع ما نصت عليه المواد (٢٢٢) من القانون المدني المصري والمادة (٢٣١) من القانون المدني الكويتي والمادة (٢٦٧) من القانون المدني الاردني والمادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد .

(٢) للدليل على صحة ما نقول في انتقاد النص المدني العراقي الذي لم يجز التعويض عن الضرر المعنوي إلا للمصاب شخصياً في الاصابة غير المميته نتساءل كيف لايرتد الضرر مادياً ومعنوياً على الاب الذي سينفك العالي والنفيس فضلاً عن حزنه والالم المعنوي إذا وقع اعتداء على جسد ابنه أو ابنته ؟ .

ففي قضية نشرت يوم ٢١/١/١٩٩٠ في صحيفة الثورة خلاصتها شخصاً (طالب دكتوراه) كان يجب شابة رفضت الزواج منه لكلف شخصاً آخر لتشويه جسدها بالتيزاب (مادة ماء النار) فارتكبت الجريمة واصيبت بضرر جسدي غير مميت بلغت نسبته ١٠٪ في وقت كان الاب يدافع عن الوطن حيث يؤدي خدمة الاحتياط بالجيش . اصدرت محكمة جنايات الكراهه ببغداد قرارها بالعقوبة حسب (٤١٢) من قانون العقوبات العراقي =

٨١٥ لسنة ١٩٨٢ و ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ لا يعدلان المادة (٢/٢٠٥) مخالفين بذلك مسلك القضاء العراقي (محكمة التمييز في قراراتها الصادرة بالاكثرية) . لان القرارين يخصان حوادث السيارات فقط .

والضرر المعنوي يقدر واحدة وليس كالضرر المادي يتحلك الى عنصريين ، الا ان هذا التقرير بالنقود الوطنية لان العملة الوطنية هي اداة وفاء وهي الواجبة في التعامل قانوناً في العراق بين الاشخاص .

ويلاحظ ان خطأ في جراحة التجميل قد ينجم عنه الضرر المعنوي فيصب المضرور شخصياً بالحزن والمساس بشعوره وعاطفته وغير ذلك بفعل التشوي او الندب او الحروق او خياطة الجروح الرديئة او المعيبة فيستحق المتضرر التعويض حسب مكان الضرر ومدى الالام وطبيعة العمل والاعتبارات الاخرى ويستحق اصحاب الحقوق والمصالح المشروم هذا التعويض اذا كانوا يعيشون معه في حياة مشتركة .

لهذا نعتقد بصواب مسلك المدعي العراقي الجديد في الفقرة ثانياً من المادة (٤٣١) الذي لم يقصر الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي في الاصابة الجسدية غير المميته على المضرور وحده وانما شمل بذلك غير المصاب مسائراً بذلك اتجاه الفقه المدني الحديث .

و اذا كانت الاصابة الجسدية من جراح التجميل مميته التمييز بين حالين وهما :

الحال الاول : ان يكون هناك اتفاق سابق لمقدار التعويض مع الطبيب او الجراح او طالب به المضرور قبل وفاته (طبقاً للقانون المصري والجزائري والمشروع (٣/٢٠٥) وهو مسلك ليس سليماً من المشرع .

والمقصود بذلك ان تصبم مبلغاً مستقراً داخلاً في الذمة وعندها يوزم ضمن موجودات التركة حسب انصبة السهام المحددة في القسام الشرعي (الدعوى الوراثية من اصحاب الحقوق) .

الحال الثاني : ان المريض لم يتمكن من الاتفاق مع الطبيب على مقدار التعويض ولم يصدر الحكم النهائي ، كأن يكون قد توفي مباشرة بعد العمل الطبي .

ففي هذه الحالة ينشأ حق شخصي مباشر قبل الطبيب (دعوى شخصية) عن ضرر اصابهم شخصياً من ضرر وقع على مورثهم وسببه خطأ الطبيب الشخصي .

= مع الزام المدنين بالتضامن بدفع تعويض للمتضرر فقط بلغ قدره (٥٠٠٠٠) خمسون الف دينار) .

ومن جهة أخرى فإن هذا المبلغ هو اعلى تعويض عثرنا عليه من بين منات من قرارات المحاكم العراقية التي وقفنا عليها وهو مسلك جيد في القضاء العراقي . الا أننا ندعو الى تفهم فكرة الضرر المنعكس وتعويضه في الاصابة الجسدية غير المميته .

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية

يرجم لتحديد واجبات الطبيب بوجه عام الى ما جاءت به الأنظمة والأصول الطبية والأعراف المهنية وما يعتمد من معايير فينة ومسلكية تفرض على الطبيب الواجبات ، ففي فرنسا يوجد (قانون آداب مهنة الطب Code de déontologie médicale) الصادر في ١٩٤٧/٦/٢٧ وفي العراق توجد تعليمات للسلوك المهني وهكذا .

ومن أهم الواجبات على الطبيب ، في الجراحة التجميلية أو العلاجية الأخرى ، قيامه باعلام الشخص عن وضعه الصحي وما يلزمه من علاج ونتائج المعالجة المتوقعة ، وعلى الطبيب الاستعانة برأي زملائه باستشارتهم عندما يحار في علاج مسألة ما ، والامتناع عن إجراء العملية الطبية إذا لم يكن لها مبرر طبي أو صحي حتى وإن وافق على إجرائها المريض وعليه اتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبياً^(١) .

والقاعدة ان الطبيب إذا ارتكب الفعل قصداً يلاحق بجرم الإيذاء أي جريمة المساس بالبدن ، ولا يشمل مفهوم الطبيب المشعوذ أو ممارس الطب البدائي لأن فعل هؤلاء منذ البداية ليس مشروعاً ولا مباحاً .

ولكن فعل المشعوذ أو الممارس للعمل البدائي ليس المقصود به من يمارس الأعمال الطبية عن خبرة وتجربة كالمجبر الفني والقابلة أو المولدة أو الختان ، لأن فعل هؤلاء يقوم على أسس طبية ويخضع لأحكام المسؤولية الطبية .

والمسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ والأهلية ، حيث لا مسؤولية جنائية دون خطأ ولا مسؤولية على من ليس أهلاً لتحملها ، كما يلزم وجود صلة سببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية كشرط أساسي لقيام المسؤولية الجنائية ، والمسؤولية الجنائية ترتب عقاباً على الفاعل المدرك لفعله .

(١) د . مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام ، ج٢ ، المسؤولية الجنائية ، ١٩٨٥ ، ص٤٦٦-٤١٧ .

والقاعدة التي افترضها الأستاذ الايطالي Crespi في مؤتمر الأيام الإيطالية-الفرنسية المنعقد في باريس عام ١٩٧٢ ، تتلخص فيما يلي : (في كل مرة تكون فيها حياة الشخص أو صحته أو سلامة جسمه في خطر فانه لا يجوز للطبيب الجمالي إجراء أية تقويمات أو تعديلات ولو طلب المريض إجراءها) .

د . عبد الوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٨١ ، ص١٩٤ .

ومن الأعمال الطبية التي ليس لها مبرر طبي أو صحي وتكون سبباً لإقامة المسؤولية الجنائية على الفاعل حالة تغيير الجنس لتفليح العدالة أو المساعدة على الهرب من الخدمة العسكرية أو للحصول على حصة أكبر من الميراث أو غير ذلك .

ويرى الفقه الجنائي أن الخطأ الجنائي إما أن يكون إرادي أو غير إرادي ، فالخطأ الإرادي هو ذلك الخطأ الذي يحدث نتيجة لاتجاه إرادة الفاعل نحو ارتكابه وينصهر ضمن مفهوم القصد الجرمي (النية الجرمية) ، أما الخطأ غير الإرادي فهو يحدث نتيجة إهمال أو قلة احتراز أو عدم مراعاة للقوانين والأنظمة^(١) .

ومن المعلوم أن الخطأ الجنائي يدرس عادة ضمن الركن المعنوي للجريمة وقد خصص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل لهذا الركن المواد (من ٣٣ - ٣٨) واعتبر الركن المعنوي يشمل (القصد الجرمي والخطأ) .

فالقصد الجنائي (نية إزهاق الروح) إذا توفر لدى القائم بعملية التجميد من طبيب أو جراح كانت الجريمة عمدية وانصبت الجريمة على الاعتداء المتمثل على حق الإنسان في الحياة وإذا لم يتوفر القصد الجنائي كانت الجريمة غير عمدية .

- د . مصطفى العوجي ، المسؤولية الجنائية ، ص ٣٩ .

تكلم المشروع العراقي في قانون العقوبات عن الخطأ الإرادي في المادة (٣٣) وخصص المادة (٣٥) للخطأ غير الإرادي التي جاء فيها :

(تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الجرمية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونته أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر) .

وأنظر في شروط أسباب الإباحة ومنها حق العلاج .

عادل عن إبراهيم ، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤولية الحنائية ، اطروحة ماجستير ، ١٩٧٧ ، ص ٨- ١٠ .

ومن البديهي أن الخطأ الجنائي لطبيب التجميد قد يكون (خطأ إيجابي) أو (خطأ سلبي) ويتمثل الأول في وقوع فعل أو نشاط إيجابي كالتنفيذ المصيب للعمل الطبي أو التأخر في العلاج ، والخطأ الثاني فيتمثل في الامتناع عن القيام بعمل كالامتناع عن إغاثة ملهوف أو مريض بحاجة إلى العناية الطبية .

إن طبيعة عمل الجراح في الطب التجميلي والجراحة العلاجية قد يكون الأداء على الطبيب القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين كالأحجام عن إنشاء السر الطبي الذي اطلم عليه الطبيب بحكم مهنته . فإذا أفشى السر نهضت مسؤوليته الجنائية والمدنية . عدا الحالات التي يوافق على إعلانها المريض أو يوجب المشرع عن الطبيب إذاعة أو اعدم السلطات بالحالة الطبية . فالمادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي نصت على ما يلي : (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو ضاعته أو ثقة أو طبيعة عمله بسر فأنشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر . ومع ذلك فلا عقاب إذا أدت بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جنائية أو جنحة أو ضم ارتكابها .

وراجع في أركان المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر المهني :

جابر مهنا شبل : الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، أطروحة ماجستير في القانون ١٩٨٤ ، ص ١٢٤ وما بعدها . أما عن مصدر الالتزام بالمحافظة على السر الطبي فهو نص القانون فإليه ترجع حالات الإفشاء الوجوبي للسر والالتزام بالامتناع عن الإفشاء للسر المهني عموماً .

على أن طبيب التجميد من الأساس من أسباب الإباحة وإن كان ماساً بسلامة الجسد على نحو ما نصت عليه المادة (٤١) من القانون المذكور التي جاء فيها ما يلي :

(١- لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً لحق .

٢- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن من أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاه أيهما في الحالات العاجلة)^(١) .

ويترتب على قيام المسؤولية الجنائية قيام المسؤولية المدنية .

فيمكن للمتضرر رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة الجنائية كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجنائية^(٢) .

وقد ذهبت الغرفة الجنائية في محكمة النقض الفرنسية يوم ١٧/٤/١٩٨٦ إلى أن للقضاء الجنائي حجية الشيء المقضي فيه على القضاء المدني ولا يمكن للقاضي المدني أن يتجاهل ما يحكم به القاضي الجنائي كثبوت الخطأ على الفاعل^(٣) .

كما أنه الفقه الجنائي المصري أيد ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية بشأن إقامة مسؤولية

(١) يقابلها نص المادة (١٨٦) من قانون العقوبات اللبناني .

فإذا أجريت عملية طبية أو جراحية لغرض التجميل أو غير ذلك دون مراعاة أصول الفن مثلاً نهضت المسؤولية الجنائية ، كما لو ترك الجراح مشروط الجراحة في بطن المريض أو قطعة القطن في المثانة لأن هذه الأخطاء جسيمة ترتقي إلى مرتبة الخطأ العمد :

لاحظ عكس هذا الاتجاه الذي نقره ما ذهبت إليه محكمة التمييز الموقرة في قضية نسي فيها الدكتور (م) قطعة شاش طبي في المثانة أثناء إجراء عملية البروستات للمريض (ن) حيث قررت عدم وجود الخطأ الجنائي . جريدة الثورة يوم ٢٥/١١/١٩٨٩ .

وأنظر حالة وفاة شاب في ريعان العمر نتيجة الإهمال الجسيم من كادر التمريض في مستشفى ابن النفيس (تفاصيل القضية في جريدة الجمهورية ليوم ١٢/٤/١٩٨٩) . ولاحظ القرار رقم (٥٠٣/مدنية منقول/١٩٨٨ غير منشور) الصادر عن محكمة تمييز العراق في ٣٠/١١/١٩٨٧ ، حيث أسست المحكمة المدنية قرارها في الحكم بالتعويض المدني على الأوراق الحقيقية الإدارية التي جرت في المستشفى الذي يعمل فيه الطبيب .

(٢) د . سليمان مرتقس ، الوافي ، ج ٢ ، ص ٥٨٥- ٥٩٧ .

حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، ص ٥٥ .

الدكتور مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزامات ، ص ٥٥ .

TRANCOIS CHABAS-RESPONSABILITR CIVIL ET.

RESPONSABILITR PENALE. PARIS. OO. 17-20.

(٣) أنظر القرار كاملاً وتعليق الأستاذ (F. CHABAS) في المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، العدد الخامس ، ١٩٨٧ ، ص ٥٠٩ .

وأنظر بحثاً حديثاً عن الفقه الفرنسي حول (مبدأ وحدة الخطأين) وعكس هذا يناهذ البعض باختلاف طبيعة كل نوع من أنواع الخطأ ، ص ٥٠١ .

الطبيب الجنائية على أساس الخطأ الجنائي ، ففي قرار لمحكمة جنم الأزركية يوم ٢٦/٦/١٩٦٩ جاء فيه ما يلي :

(من المتفق عليه في الأونة الأخيرة فقهاً وقضياً أن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقيق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء أكان خطأ فنياً أم غير فني ، جسيماً أم يسيراً ، فقانون العقوبات لا يوجد بين مواده نص يحيط الأطباء بسياسم تشريعي خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها ، ذلك أن فكرة التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني وبين الخطأ الفني اليسير والخطأ الفني الجسيم وهي أصلاً من صنع قضاء القانون المدني ، وقد وجد صدها لدى علماء القانون الجنائي حيناً من الدهر ، فاسترشدوا بها في تأصيل مبدأ الخطأ في المسؤولية واستفادوا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، مع أن القضاء كان قد نبذ في ذلك الوقت التفرقة بين الخطأ في المسائل المدنية والخطأ في المسائل الجنائية أخذاً بمبدأ وحدة الخطأ فيهما^(١) .

إن الخطأ الطبي من جراح التجميل يصيب الجسم بالضرر وإن أخطر الجرائم التي تصيب الإنسان في بدنه هي تلك التي تسبب له الموت (الضرر الجسدي المميت) .

وتختلف العقوبة باختلاف ما إذا كان القتل عمداً أي مقترناً بنية القتل أو غير عمد أي ناتج عن إهمال (القتل الخطأ) ، وهذه الأفعال (العمدية وغير العمدية) يمكن أن توجد حتى في الضرر الجسدي غير المميت^(٢) .

وطبيب التجميل قد يسند إليه جريمة الجرح Blesure وهي من جرائم الإيذاء^(٣) لأنها تمس سلامة الكيان البدني للإنسان سواء أكان ظاهرياً أم داخلياً . أو أن يسند له جريمة إعطاء مواد ضارة تؤدي إلى اضطراب في جسم الإنسان كحقت المريض بمواد كيميائية طبية في حلمتي ثديها بهدف تجميل شكلها فتصاب بالأذى البدني . ويقول الأستاذ لوفاييسر Le Vasseur إن مجرد واقعة

(١) د . سليمان مرقس ، الوافي ، ج ٢ ، ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

وفي هذا المعنى أنظر : د . عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي ، ص ٢٤٨ - ٢٤٩ . وجاء في قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت/الغرفة الثالثة/في ١٨/١/١٩٦٥ ما يلي :
(وحيث أنه لا محل ، في مجال الخطأ الطبي ، للتفريق بين خطأ جسيم وخطأ يسير لترتيب لتبعية على الطبيب... فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن لياتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو فرعه . ولم يكن له أن يقصر به عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته وإن كان خطأ بوصفه أو أثره محدوداً...).

(٢) د . حميد السعدي ، شرح قانون العقوبات الجديد ، ج ٢ ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٣٣ - ٣٤ .

(٣) حميد السعدي ، ص ٢٨٧ .

التأثير الشديد على المجني عليه بدرجة أنه يسبب له اضطراباً طبيعياً يعتبر اعتداءً على سلامته الجسمية وإن لم يكن قد ضرب أو دُفِع^(١) .

أما إذا ترتبت عاهة مستديمة أو ترتب بتر عضو من أعضاء المجني عليه أو وجود تشويه كبير في جسم المريض بعطله عن العمل فترة معينة ، فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن الخطأ إذ جاء في المادة (٤١٢) من قانون العقوبات الوافي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ما يلي :

(١- من اعتدى عمداً على آخر بالجرح أو بالضرب أو بالضعف أو بإعطاء مادة ضارة بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة . وتتوفر العاهة المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل إحدى الحواس كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشويه جسيم لا يوحى زواله أو خطر حال على الحياة .

٢- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس إذا نشأت عن الفعل عاهة مستديمة دون أن يقصد الجاني إحداثها)^(٢) .

(١) مشار إليه في مؤلف د . حميد السعدي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ .

(٢) قارن ما نص عليه قانون العقوبات رقم ١٥ لسنة ١٩٧٦ لدولة البحرين في المادة (٣٣٧) التي نصت :
(يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين من أحدث بفره عمداً عاهة مستديمة ، وإذا توافر أحد الظروف المبينة في الفقرة الثانية من المادة (٣٣٣) عد ذلك ظرفاً مشدداً ، وتتوافر العاهة المستديمة إذا أدت الإصابة إلى قطع أو انفصال عضو أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو تعطيل وظيفة إحدى الحواس تعطيل كلياً أو جزئياً بصورة دائمة . ويتبع في حكم العاهة كل تشويه جسيم لا يحتل زواله) .
وقارت كذلك ما نصت عليه المادة (٣٣٨) والمادة (٣٣٩) التي حددت العجز عن العمل بـ (٢٠) يوماً .
وأنظر الحكم الصادر في الاستئناف رقمي ٤٦٢ و ٤٦٧/١٩٨٨ جلسة يوم ٢٦/٢/١٩٨٩ (محكمة استئناف أبو ظبي دولة الامارات العربية المتحدة) المنشور في مجلة العدالة ١٩٨٩ ، ص ٩٩ وما بعدها وجاء في المبدأ القانوني ما يلي :

أنه يشترط لقيام جريمة المساس بجسيم الغير باهمال توافر أركان ثلاثة أولها هو ثبوت الإهمال في الجانب الجنائي وثانيها هو تحقيق الضرر الحاصل بالصاب وثالثها هو قيام رابطة سببية مباشرة أو غير مباشرة بين الخطأ والضرر... وركن الخطأ من الأركان العامة في الجرائم غير العمدية وبانعدامه لا يسأل الفاعل والخطأ هو أن لا يتخذ الفاعل في سلوكه الاحتياط الكافي الذي يجب على الشخص الحريص المتبصر اتخاذه لمنم ما يمض أن يترتب على سلوكه هذا من نتائج ضارة بالغير ، فيوجد الخطأ كلما ترتب على فعل أو ترك ارادي نتائج لم يرداه الفاعل ولا بطريق غير مباشر ولكنه يوسع تجنبها .

ثم جاء في المبدأ القانوني... ويكون الطبيب مسؤولاً جنائياً عن جميع النتائج المحتملة حصولها عن الإصابة التي أحدثها عن خطأ أو عمد ولو كانت عن طريق غير مباشر كالتراخي في العلاج أو الإهمال فيه ما لم يثبت أنه كان متممداً من قبل المجني عليه لتجسيم المسؤولية وتقدير الخطأ الطبي يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي والمعياري الذي يؤخذ به جسماً انتهى إليه الفقه والقضاء المقارنان هو معيار الشخص =

أما عن صور الخطأ بوجه عام في القانون القابلي الفرنسي وفقاً لنص المادة (٣١٩) التي تترتب على كل منها المسؤولية الجنائية فهي :

١- عدم الحذق أو الدراية والمهارة . ٢- التقصير . ٣- عدم الانتباه . ٤- الإهمال . ٥- عدم مراعاة واتباع الأنظمة وقد اقتبسها المشرع العراقي وأطلق عليها التسميات التالية : الإهمال ، الرعونة ، عدم الانتباه ، عدم الاحتياط ، عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر^(١) .

فالطبيب مسؤول جنائياً إذا لم يتقن قواعد الفن الطبي التجميلي فلو مارس الطبيب عمله دون أن يكون متمكناً بذلك ولحق المريض الضرر ، فإن المسؤولية القانونية تنهض عليه ، كما يكون الطبيب التجميلي مسؤولاً جنائياً عن تقصيره وتقصير مساعديه كما لو لم يحترز أو يحتاط المساعد وتحترق قطعة الشاش المبللة بالكحول وتسبب حروقاً أو جرحاً للمريض ، ويكون الطبيب التجميلي مسؤولاً عن إهماله وعدم انتباهه لو وضع كيس من الماء الحار لتدفئة المريض المخدر ، فيسبب له حروق في جسده ويكون طبيب التجميل مسؤولاً إذا لم يراع القوانين والأنظمة واللوائح الخاصة بالمهنة كقانون نقابة الأطباء وتعليمات السلوك المهني أو غيرها كما لو كان القانون يحرم التعقيم الطبي فيقوم بالتعقيم ويؤدي إلى العجز الجنسي أو فقدان القدرة الجنسية الكلية مع تشويه في الذكر^(٢) .

وقد لاحظ البعض أن المسؤولية الجنائية على الطبيب تنهض إذا لم يكن مختصاً في جراحة التجميل أولاً يحمل رخصة قانونية مهنة الطب إذ أن المادة (١/٣٨) من قانون مزاول مهنة الطب الكويتي لعام ١٩٨١ تعاقب جزائياً على ممارسة الأعمال الطبية بدون اجازة^(٣) .

كما نصت المادة (٣٣) من قانون نقابة الأطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ في العراق على ما يلي : (كل من مارس مهنة الطب أو حاول ممارستها أو انتحل صفة أو لقب أو علاقة تدل على أنه مرخص

= المعتاد أي الشخص الذي يلتزم في تصرفاته قدر ما متوسطاً من الحيطة والحذر... فالمناط إذن في مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني أن يثبت بصفة أكيدة وواضحة أنه خالف في سلوكه عن جمل وتهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعد الأساسية التي لا مجال فيها للجدل أو الخلاف .

(١) د . حميد السعدي ، ج ٣ ، ص ٤٠٠ .

وأنظر الدكتور عبدالوهاب حومد ، المسؤولية الطبية ، مجلة الحقوق والشرعية جامعة الكويت ، ١٩٨١ ، ص ١٥٩ .
عادل عبد ابراهيم ، الأطروحة المشار إليها ، ص ٢١٠ .

(٢) نصت المادة (٣٠٣) من قانون العقوبات الفرنسي أنه إذا تعمد الجاني قطع عضو التناسل فيعتبر فعله مكوناً لعمل بربري فضيم وحشي ويقتضي الحكم عليه بالاعدام ويقترح الدكتور حميد السعدي ، ج ٣ ، ص ٣٢٦ ، أن يقتبس المشرع العراقي من القانون العقابي .

(٣) الدكتور عبدالوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشرعية ، جامعة الكويت ، ١٩٨١ ، ص ١٤٥ .

بممارسة مهنة الطب من غير سابق تسجيل أو اجازة بموجب أحكام هذا القانون والقوانين الأخرى ولا تتوفر فيه شروط التسجيل والاجازة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على خمسة الاف دينار أو بكلتيهما) .

وفي هذا السياقات فإن المسؤولية الجنائية على طبيب التجميل تقوم إذا أفشى سر المرض أو أعطى تقريراً كاذباً أو صرف مواداً مخدرة للمريض إلا أن الطبيب لا يسأل جنائياً عن أفعال مساعديه الذين خالفوا أو امره فلو عطلت ممرضة في الدواء ومات المريض فإنها هي التي تكون مسؤولة عن خطئها الشخصي وتساءل عن جريمة القتل الخطأ لأن في ذلك قطع للسببية (خطأ الغير) فلا يسأل الأطباء عن أفعال معاونيهم إذا قام هؤلاء بمبادرة منهم إلا أنهم يسألون عنها إذا امروا بها ولم يكن لأعاونهم حق مناقشتهم إذ شبه العميد (سافاتييه) كقائد السفينة يقود الفريق العامل حوله إلا من كان منهم مستقلاً في عمله ، ولو كان يقوم بعمل ضروري للعملية مثل الطبيب المخدر^(١) .

فلو قام الطبيب المخدر بتزويد المريض كمية من المخدر أكثر من يتحملها الجسم الانساني ودخل المريض في غيبوبة طويلة فارق الحياة على أثرها كان مسؤولاً عن خطئه الجسيم جنائياً ومدنياً .

المبحث الثالث

حكم الجراحة التجميلية في تعليمات السلوك المهني

يمكن القول أن أولى عمليات الجراحة البلاستيكية وجراحة التجميل في العراق دخلت عام ١٩٥٣ ، حين مارسها بعض الأطباء حتى قبل صدور تعليمات السلوك المهني . ويذكر البعض بأنه لم تقم أية مشكلات بين المعالجين لأنها وجدت لازالة الأضرار وأثارها سواء بفعل التشوهات الولادية أم بفعل الحوادث ، إذ لا يمكن أن يزاولها الطبيب المختص بالطب التجميلي وإذا ما حصلت عمليات التجميل من أطباء غير متخصصين فنياً فإن وقوع الأضرار مسألة محتملة جداً^(٢) .

(١) ومن الطبيعى أن مسؤولية المخدر مستقلة من مسؤولية الطبيب وهو ما استقرت عليه محكمة باريس وما اتجمت إليه في حكمها الصادر في ١٩٧١/٦/١ .

أنظر د . عبدالوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائية ، ص ١٦٩ ، ولاحظ ما نصت عليه المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي حول افشاء السر وحالات الالتزام بالمحافظة عليه وحالات وجوب الافشاء .

(٢) الدكتور عصام العمري ، اجابات خطية وذكر بأنه هو أول من دخل هذه الأعمال الطبية التجميلية في العراق منذ عام ١٩٥٣ على المشوهين ولادياً أو ممن يعانون من السفلس أو حبة بغداد والسرطانات والالتصاقات الواسعة من احروق وتشوهات الأيدي والأقدام وهيكل الوجه ثم شكلت في كلية طب بغداد عام ١٩٦٨ أول وحدة للجراحة البلاستيكية .

وأنظر علي الجيلاوي ، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية ، أطروحة دكتوراه ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٨٥ .

٣- ان حالة الضرورة التي تتمثل في استحالة الاستعانة بالاختصاص تغفي الطبيب من المسؤولية المدنية عند حصول الضرر للمريض . كما لو كان الطبيب في منطقة نائية (قضاء أو قرية أو مستوصف) وهو أمام حالة طارئة تستوجب العلاج .

٤- إن المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب الاختصاص أكبر من حيث حجم التعويض عن خطئه الجسيم قياساً إلى المسؤولية عن الضرر الذي يرتكبه الممارس العام ، فالطبيب الاختصاص يفترض أن يكون على دراية أكبر وثقافة جيدة وعلم أوسع .

وفيما يخص السند القانوني لممارسة جراحة التجميل في العراق ، فيرى البعض^(١) ، أنها تمارس حسب الأسلوب البريطاني وتتعترف به كلية الجراحين الملكية البريطانية ومجمع الجراحين البلاستيكيين البريطاني وان موضوع جراحة التجميل يدخل في صلب الدراسات الطبية كضرورة معاصرة لا مناص منها سواء في شهادة التخرج في الكلية الطبية أو الشهادات العليا ويضمها البورد العربي وشهادة F.R.C.S البريطانية التي يعتمدها العراق كمسطرة وتمارس حسب القوانين السائدة في العراق بمساء أكاديمي تحدها الجامعات العراقية وبمسار فني اختصاصي تحده وزارة الصحة وحسب تعليمات السلوك المهني لعام ١٩٨٥ .

ولهذا من بين أهم عمليات الجراحة التجميلية (البلاستيكية) هي^(٢) :

أولاً : العمليات الخاصة بكفك الالتصاق بفعل الحروق وزراعة العضامي الأنف وشد الوجه وتصغير وتكبير الثدي للنساء وإزالة الشحم وتبديل الجنس وغيرها .

ثانياً : العمليات فوق الكبرى كبناء الشفة والتشوهات الولادية واستئصال الأورام الخبيثة وتحويل فروة الرأس ورفع الشامات وتجميل الأنف وغيرها .

ثالثاً : العمليات الكبرى كالترقيع لمنطقة صغيرة وبرادة الجلد ورفع الثدي عند الرجل لحالات غير سرطانية وغيرها .

رابعاً : العمليات المتوسطة كتجميد أورام دموية ورفع أورام بسيطة .

خامساً : العمليات الصغرى كرفع الخيوط تحت المخدر العمومي والعمليات الجراحية البسيطة .

على أن جراح التجميل دائماً يكون محل استشارة الجهات الرسمية كشركة التأمين في العراق لمعرفة مدى امكان ازالة أو تقليل العوق أو العجز أو التشوهات الناشئة عن الحوادث وخاصة حوادث السيارات لتأثير ذلك على مبلغ التعويض المدني .

(١) الدكتور عصام العمري ، إجابات خطية على أسئلة حول الموضوع .

(٢) الوقائع العراقية ، عدد ٣٠٥٢ في ١٩٨٥/٧/١ ، جدول رقم ٩ ، س٦٢٢ .

وإذا أجازها طبيب ليس مختصاً بالتجميل نهضت المسؤولية الطبية واستحق المتضرر التعويض عن الأضرار التي لحقت به . وتنهض مسؤولية طبيب وجراح التجميل إذا ارتكب اخلال بالالتزام القانون بالامتناع عن القيام بمل إذا أفشى السر الطبي وعلى هذا الواجب نصت تعليمات السلوك المهني^(*) إلا إذا رضي المريض بهذا الافشاء بالنسبة للأسرار التي اطلم عليها الطبيب بحكم مهنته ، ولكن قد يوجب المشرع على الطبيب افشاء السر تنفيذاً لنص المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات على نحو ما تقدم^(**) .

ولقد نصت تعليمات السلوك المهني في العراق لعام ١٩٨٥ ، في مجال جراحة التجميل على ما يلي : (يقصد بالاختصاص حصول الطبيب على معرفة خاصة وجدارية وحذقت في فرع من فروع الطب يمنح بموجبها لقب الاختصاص في الفرع الذي اختص فيه ، أن ما منحه شهادة التخرج للطبيب العادي من حق الممارسة العامة في نطاق واسع لتلزمه بنفس الوقت بعدم تجاوز حدود اقتداره في ممارسة عمل من الأعمال الطبية التي لم يألف ممارستها ويتطلب مهارة خاصة تدخل في نطاق الاختصاص وإلا فيكون مسؤولاً عن النتائج السيئة التي تترتب على تدخله غير المناسب الا في حالات الضرورة القصوى التي تفرضها استحالة الاستعانة بالاختصاص كما في وجوده في مكان ناء أو في مواجهته لواقعه طارئة مستعجلة يعد الاختصاصي خليم في موضوعه وبالنظر لذلك فان ما يفرضه القانون للممارس العام لا يفرضه للطبيب الاختصاصي) .

نستنتج من هذه الفقرة ما يلي :

١- إن المسؤولية الطبية عن الخطأ الطبي في جراحة التجميل تنهض على الطبيب إذا مارسها طبيب غير مختص . وهذا هو المبدأ العام ويبدو أنها قاعدة متعارف عليها علمياً وطبياً . إذ لا يجوز للاختصاصي في القلب ضمن السير العادي أو المألوف للأمور أن يقوم بجراحة تجميلية في الوجه .

٢- إن على الطبيب "مهما كان اختصاصه" أن لا يجاوز حدود قدرته العلمية ومكانته الثقافية وخبراته المكتسبة لأن سلامة الحياة والجسد للانسان مسألة لا يستهان بها ولأن جسد الانسان ليس حقلاً للتجربة الطبية .

(*) ص١٦٠ .

(**) أوردت تعليمات السلوك المهني لعام ١٩٨٥ مبررات افشاء السر الطبي وهي :

١- في التبليغ عن الولادة . ٢- في شهادة الوفاة . ٣- في الأمراض العقلية لغرض الحجز في المستشفى . ٤- الأمراض المعدية . ٥- الأمراض المهنية . ٦- في اصابات العمل . ٧- في الوقائع الجنائية . ٨- في وقائع التأمين على الحياة (من قبل طبيب الشركة) .

ويرى الدكتور العمري أن تسمية جراحة التجميل ليست دقيقة لأنها ناقصة والصحيح أن يقال (جراحة التقويم أو الجراحة البلاستيكية) ويدخل ضمنها (جراحة التجميل الصرف) . ففي الجراحة البلاستيكية يتم اصلاح التشوهات والعطلات والأضرار الواقعة بفعل الحروف والكوارث الطبيعية أو حوادث السيارات والمصانع والفرض فيها إعادة وظائف الأعضاء التالفة أو إعادة بناء الأجزاء المفقودة بنقل وزرع الأنسجة وإعادة تشكيلها ولاسيما في حالة الأمراض السرطانية .

أما جراحة التجميل الصرفة فهي جزء من الجراحة البلاستيكية وهي تتم بهدف الظهور بالمظهر الجمالي اللائق اجتماعياً ويعود ظهورها إلى الثلاثينات بهدف رشاقة الجسم وجمال الوجه جرت أولاً في فرنسا وألمانيا وبشكل أوسع في (هوليوود) مدينة السينما لإظهار الممثلين بمظهر أجمل في الأفلام كما كثرت عمليات تجميل الأنف نتيجة لوصول أعداد من اليهود النازحين من ألمانيا من أصحاب الأنوف المعقوفة لتسهيل اندماجهم في المجتمع مع الشعب الأمريكي وجرت في شيكاغو بفعل معارك العصابات .

الفصل الثالث

التطبيقات القضائية للمسؤولية الطبية عن جراحة التجميل

لما كانت عمليات الطب التجميلي جرت أولاً في الدول الأجنبية ، فرنسا وألمانيا وأمريكا وغيرها ، فإن من البديهي أن تقم عشرات المشكلات القانونية في مجال الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية . كما أن القضاء العربي ، لا سيما مصر والكويت ليست فقيراً في تطبيقاته عن هذا الموضوع . لذلك فقد وجدنا من المناسب تقسيم الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : أحكام القضاء الأجنبي .

المبحث الثاني : أحكام القضاء العربي .

المبحث الأول

أحكام القضاء الأجنبي

للقضاء الفرنسي بام طويك في تحديد الموقف من جراحة التجميل وهو لم يتحدد فجأة وإنما كان هذا القضاء ينظر أولاً للأعمال الطبية التجميلية بالسخط والشك فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل العلاجي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة ، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال التجميلية عند حدوث نتائج ضارة حتى ولو أجري العلاج التجميلي طبقاً لأصول الفن الطبي بل حتى (ولو لم يرتكب أي خطأ في العلاج)^(١) .

وفي هذا تبني واضح لموقف الاتجاه الراقض لجراحة التجميل وهو الاتجاه القديم في النظرة للأعمال الطبية التجميلية ، إذ كان هذا القضاء يلقي على الطبيب التزاماً ضمناً (بضمان نجاح العملية)^(٢) ، وهو يعني من جهة أخرى أن الالتزام هنا إنما هو التزام بتحقيق نتيجة .

وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة باريس في ٢٣/١/١٩١٣^(٣) ، بمسؤولية طبيب التجميل رغم

(١) د . حسن الابراشي ، ص ٢٩٢ .

د . محمد حسنين منصور ، المسؤولية الطبية ، ص ١٦٢ ، ص ٧٣ ، الجوهري ، ص ٢٣٢ .

سمير أورقلي ، البحث السابق ، ص ٣٣ .

(٢) الدكتور حسن الذنون ، المسؤولية الطبية ، ص ٥٢ ، نبذة ٨١ .

(٣) القرار منشور في مؤلف الابراشي ، ص ٢٩٣ .

وأنظر د .عبدالسلام التونجي ، ص ٣٩٧ .

عدم ارتكابه خطأ طبي وقيامه بمراجعة أصول الفن والعلاج ، إذ تتلخص القضية في أن طبيباً فرنسياً قام بتعرض فتاة لأشعة (روتجن) بهدف إزالة الشعر من ذقنها فتسبب في إصابة جسدها بحروق ظاهرة على وجهها فانتدبت محكمة خبيراً لفحص المصابة للتعرف على مدى الخطأ الذي يمكن أن نسبته إلى الطبيب الذي قرر أنه لم يقع منه خطأ إطلاقاً وأنه كان قد راعى أصول الفن والعلاج الطبي المتيسر آنذاك ، وأن النتيجة السيئة التي وقعت لأمر لم يمكن التنبؤ بها مسبقاً .

إلا أن المحكمة قضت على الطبيب بالمسؤولية وحكمت عليه بالتعويض ومقداره خمسة آلاف فرنك مستندة في ذلك على أن الطبيب ارتكب نوعاً من الرعونة التي يجب أن يسأل عنها كل انسات لأنه استخدم علاجاً خطيراً لا يتناسب مع هذا المرض البسيط ، أي إلى عدم الموازنة بين المخاطر والمزايا من العلاج .

على أن اللحية أو الشعر الموجود في ذقن الشابة وإن كان يسبب لها المتاعب في حياتها العامة ويؤثر على جمالها ونظارتها وانوثتها إلا أن وجوده لا علاقة له بصحتها العامة وإن النسبة المعدومة بين مسألة وجود الشعر والنتيجة المتحققة والتي كان يمكن تحقيقها بواسطة حلاق بسيط .

غير أن هذا الحكم لم يلق قبولاً من رجال الطب والقانون ومرجع ذلك القاعدة التي تقضي (أن ليس للقاضي أن يتدخل في صميم عمل الطبيب) بينما ذهب البعض إلى اعتبار الحكم المذكور تطبيق سليم لقاعدة وضع العقاب على الرعونة والمجازفة^(١) .

ومن الطبيعي أن يوجد التناسب بين نوع العمل الطبي التجميلي ومخاطر الوسيلة المستخدمة ، فإذا كان العيب بسيطاً كالأصبع الزائد أو الورم غير الخبيث المخفي أو غيره ، فإنه يلزم اللجوء إلى وسيلة علاجية ليست خطيرة على الشخص ، فلو كانت الفتاة مثلاً كانت تعاني من اضطرابات نفسية سيئة وإن بقاء الشعر في ذقنها قد يدفعها إلى الانتحار مثلاً فإن الطبيب يكون غير مسؤول عما استخدمه من وسيلة .

لهذا فإن محكمة النقض الفرنسية لم تثبت لديها وجود مثل هذه الاضطرابات عند الفتاة واعتبرت عمله (من أعمال الرعونة لأنه يستبدل عيباً جسدياً بسيطاً بضرر حقيقي) ، وقد قضت كذلك محكمة (ليون) على طبيب لأنه تسبب في حدوث ندوب وجروح في نهدى امرأة عجوز في محاولته لإجراء عملية شد لجلدها تم أيد الحكم في قضية مماثلة من محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٢٠^(٢) .

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس ام ١٩٦٠ إلى عدم تعويض احدي راقصات التعري اصيب

(١) الابراشي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

(٢) الابراشي ، ص ٢٩٤ .

بندبة في اسفل بطنها اثر جراحة تجميلية لا تتاح الفرصة عادة لأظهارها في الحياة العادية خلافاً لما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن الندبة على جسد الراقصة تقلل من اقبال الجمهور على مشاهدة جسدها العاري^(١) .

ولا شك أن هذا الضرر الجمالي هو محل خلاف من الناحيتين الفقهية والقضائية ، ذلك أن الراقصة التي تعري جسدها لامتاع المشاهدين في الكازينو أو نادي أو ملهى ليلي يدخل ضمن أصول العمل الفني ولا علاقة له بالنظام العام والآداب العامة لأن محل العقد ينصب على العمل الفني وهو (الرقص) مع تعرية الجسد ، على رأي القائلين بجواز التعويض .

إلا أن هذا الموقف لم يستقر إذ لايجوز افتراض الخطأ لم ينص عليه المشرع ، ولهذا تبدل هذا الموقف فاخضع القضاء الفرنسي الجراحة التجميلية للقواعد التي تخضع لها الجراحة العلاجية ، فاشتراط القضاء أولاً أن تكون هناك علة تبرر المساس بحرمة الجسد الانساني وثانياً أن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من العمل الطبي التجميلي^(٢) .

كما يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي كان ينظر لجراحة التجميل مجرد وسيلة لارضاء شهوة الدلال عن النساء ومن ثم كانت روحه ازاءها مشبعة لا بالشك والريبة فحسب ، بل بالسخط والكرهية ايضاً ، إلا أن هذه الفكرة تبدلت حين وضعت قواعد العمل الجراحي التجميلي وانقذت هذه الجراحة من ذلك العداء المستحکم الذي نصبه القضاء الفرنسي لها^(٣) .

وفي قضية أخرى حكمت محكمة السين عام ١٩٢٩ على طبيب التجميل عن الخطأ الذي ارتكبه وأثارت جدلاً بين رجال الطب والقانون^(٤) ، خلاصتها أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى فاستشارت طبيباً مختصاً في الفغد وحذرها من العلاج الطبي ، إلا أنه أرسلها على طبيب جراح (دكتور دوجارييه) مع كلمة توصية فقام الأخير بفحصها وادخالها للمستشفى مجرياً

(١) د . يوسف نجم جيران ، ص ٢٦٣ ، نبذة ٤٥٠ .

لاحظ كذلك ما ذكره د . حسن ذنون ، المسؤولية الطبية ، ص ٥٨ .

حيث ورد حكم المحكمة معلماً بأن اقدام الطبيب على اجراء عملية تنطوي على شيء من الخطورة دون أن يكون هناك ضرورة تحتمها ولا يكون الغرض منها سوى تحسين مظهر قوام الزبونة أو ينطوي على خطأ في حد ذاته وبمجرد فشل العملية فكانت المحكمة اعتبرت التزام الطبيب التزاماً بغاية وعلى فكرة تحمل التبعة .

(٢) الجوهري ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

د . محمد حسنين ، المسؤولية الطبية ، ص ٧٣ .

(٣) الابراشي ، ص ٢٩٣ ، ٢٩٥ .

عبدالسلام التونجي ، ص ٣٩٧ .

د . محمد حسنين ، ص ٧٣ .

(٤) الابراشي ، ص ٢٩٤ .

لها عملية في ساقها فاصيبت بالتسمم (الغزغرينا) انتهت بقطع الساق وحكمت المحكمة بالتعويض على الطبيب مؤسسة حكما أن مجرد اجراء عملية ذات خطورة جديّة على عضو سليم لمجرد تحسينه هو خطأ في حد ذاته سيما وأن المريضة في حالة صحية جيدة .

ويقول (كورن برويست) بأن هذا العيب الذي كانت تعاني منه الفتاة لم يكن له أهمية وقت صدور الحكم لأنه كان زمن الفساتين الطويلة ولن يمكن أن يكون لهذا العيب أهمية في عصرنا حيث تتنافس النساء بنشاط ومهارة على ارتداء الفساتين القصيرة^(١) .

ولقد حاول الطبيب دفع المسؤولية عنه بأنه اضطر إلى القيام بالعملية تحت ضغط المدعية التي انتابها اليأس جراء تردده في اجراء العملية إلا أنه لم يفلح لأن المحكمة ردت دفعه بأن كان من الواجب عليه احالة الأمر إلى أخصائي في الأمراض النفسية وتأجيل العملية لفترة أخرى .

إلا أن الفقه الفرنسي (ومنهم الفقيه فينيه) اعترض قائلاً بأن مثل هذا الرد تدخل من المحكمة في عمل الطبيب الذي يلزم تركه لتقدير كل حالة حسب ظروفها ، كما اعترض على الحكم (نقابة محامي تولوز) وتدخلت كذلك نقابة الأطباء لرفع المسؤولية عن الطبيب .

ونشير هنا إلى أن محكمة استئناف باريس لم تؤيد اتجاه محكمة السن هذا وذهبت إلى القول بأن تطبيق المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣^(٢) ، من القانون المدني الفرنسي يكون معلقاً دائماً على اثبات الخطأ وليس ثمة داعم للبحث عن الغرض المنشود من العملية ، إلا أنها اعتبرت أن الطبيب أجرى العملية بسرعة لا مبرر لها وختمت المحكمة قولها برفض تدخل نقابة الأطباء لعدم الصفة لأن موضوع الدعوى لا يخض المساس بحرية العمل الجراحي^(٣) .

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء لم يقرر فيها مسؤولية الطبيب لعدم وجود الخطأ من جانبه ، فقد عرضت على محكمة ليون عام ١٩٣٦ قضية خلاصتها أن طبيباً للأشعة حاول إزالة الشعر الزائد عن ساقها فاصيبت بتقصف في جلدتها ورفعت دعوى بطلب التعويض فقامت بتعيين خبير وقالت أنه مع التسليم أن الشعر المذكور ليس عادياً وكان كثيفاً إلا أنه ليس بمرض

(١) الرأي المنشور في رسالة عبدالرحمن الطحان ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهينة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

(٢) نصت المادة ١٣٨٢ ما يلي : (كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه) .

Code civil 1987 Art

والمادة ١٣٨٣ الخاصة بالإهمال وعدم التبصر قد عدلت عام ١٩٨٧ ، ووضع التعديل عام ١٩٨٨ اعتباراً من شهر أكتوبر على نحو ما تقدم .

(٣) الابراشي ، ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ . والطحان ، ص ٣٨٩ .

وإنما مجرد تشويبه وإن الحالة التي أصيبت بها السيدة كان يمكن للطبيب أن يتوقعها وأن عدم التناسب بين الضرر والوسيلة كان واضحاً .

إلا أن الطبيب استأنف الحكم وأيدت عدم التناسب سالف الذكر لكنها قالت يجب النظر في كل قضية على حدة وأنه (ليس للمحكمة أن تفترض وجود المسؤولية لمجرد اجراء عملية التجميل) وإن الألم النفسي لا يقل عن الألم الجسدي للشخص وجاء تقرير الخبراء لصالح الطبيب وأصدرت محكمة الاستئناف حكماً جاء فيه :

(إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة الأشعة وإن لم يقع منه تقصير في العلاج ، لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة حتى ثبت أنه لم يكن هناك عدم التناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج بالأشعة)^(١) .

ومم ذلك فإن المحاكم الفرنسية تتشدد في تقديرها لخطأ الجراح في عمليات التجميل كالتوسع في تحديد مفهوم الخطأ الفني واشتراط أن يستخدم طريقة علاجية تقف عليها وليست محلاً للتجارب^(٢) . بل إن بعضاً من المحاكم ذهبت إلى حد استعمال لغة تقترب من الزام الطبيب بتحقيق نتيجة^(٣) .

وإلى هذا ذهبت محكمة باريس عام ١٩٧٤ قائلة بأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل نظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل ولم يتم تحذير المريض منها^(٤) .

وفي قضية عرضت على محكمة باريس عام ١٩٧٢ أدانت فيها المحكمة الطبيب رغم قيامه بالجهود واليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في مثل هذه العمليات^(٥) .

بناءً عليه ، فإن جراحة التجميل تختلف عن العمليات الجراحية الأخرى في أنها - في غالب الأحيان - لا حاجة للعجلة في اجراء عملية التجميل وإنما يلزم على الطبيب أن يكون متخصصاً ودقيقاً في فحوصه ومتأنياً في عمله وأن يدرس حالات الموازنة بين مخاطر اجراء العملية والمنافع

(١) الابراشي ، ص ٢٩٦ .

(2) PHLE Tourneau La Chiurige estheieu la jud 1974

مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد حسنين ، ص ٧٤ .

(٣) د . محمد حسنين ، المسؤولية الطبية ، ص ٧٤ .

(٤) د . محمد حسنين ، المسؤولية الطبية ، ص ٧٤ .

(٥) د . محمد حسنين ، ص ٧٥ .

المرجوة منها قبل الاقدام عليها ، بينما لا يكون الأمر كذلك عادة في العمليات الجراحية كما في حالة الزائدة الدودية أو في التسمم الغذائي أو في القرحة أو في النوبة القلبية أو غيرها مما يلزم التدخل العلاجي السريع لإنقاذ حياة المريض .

وفي قرار حيت صدر عن محكمة النقض الفرنسية حددت فيه مفهوم الخطأ في المسؤولية الطبية في هذا النوام الثاني في قضية عرضت عليها مفادها أن أحد المرضى وقع ضحية لمضاعفات نتيجة إجراء عملية للنذاء الهاتفي الذي وجه إليه في نهاية الأسمية لا يشكل خطأ نظراً لكون الطبيب التخدير في المستشفى ذد تدخل لتقديم الاسعافات الضرورية للمريض ، فإن ما ينص به على المحكمة لرفضها الاقرار بأن الخطأ المزوم ارتكابه من قبل الجراح كان قد تسبب في وفاة المريض أو على الأقل حرمانه من فرص النجاة ولقيامهما بعسب عيب اثبات وجود فرص للمريض في النجاة يكون غير ذي تأثير^(١) .

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي تبني موقف الأستاذ جوسران منذ عام ١٩٣٦ واعتبر مسؤولية الطبيب ناشئة عن الاخلال بالعقد ، ففي ١٠.٣٦/٥/٢٠ أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض قرارها الشهير في قضية السيدة (م) التي كانت تشكو من حساسية في الأنف فراجعت أحد الأطباء المختص بالأشعة عام ١٩٢٥ وعالجاها بأشعة أكس ، فأدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة ، ورفم زوجها نيابة عنها دعوى عام ١٩٢٩ ، أي بعد مرور أكثر من ٣ سنوات على توقف العلاج وقد طالب فيها من الطبيب دفع تعويض عما لحق زوجته من ضرر ، فأصدرت محكمة استئناف إكس A,X في ١٦/٧/١٩٣١ ، حكماً تضمن فيه برد دفع الطبيب المدعى عليه الذي دفع بسقوط الدعوى بالتقادم وحكمت عليه بالتعويض قائلة في حكمها : إن الدفع بالتقادم طبقاً لنص المادة (٦٣٨) من أصول المحاكمات الجزائية الفرنسية لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى (مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد) سبق ابرامه بين الطبيب المدعى عليه وبين مريضه (السيدة م) يلتزم الطبيب بموجبه ببذل عناية (دقيقة ومستقرة ومعينة) .

أما محكمة النقض ، فقد أيدت الدائرة المدنية هذا الحكم وقالت :

(إن بين الطبيب والمريض عقد حقيقي إن لم يكن يلزم الطبيب بشفاء مريضه فإنه يلزمه على الأقل بأن يقدم له عناية خاصة تتسم بالدقة وشدة اليقظة وإن تكون هذه العناية منسجمة مع معطيات العلم وقواعده ومتفقة معها) .

(١) نقص ، الفرقة المدنية الأولى ، ١٩٨٦/٢/٤ في ضيقة GARCIA ضد GRAVIE القضية منشورة في :

ثم سارت المحاكم الفرنسية على هذا النهج وحذت حذو القرار المذكور^(*) .

إن القضاء الفرنسي لم يغفل مبدأ وجوب أخذ رضا المريض مسبقاً في إجراء العلاج الطبي سواء في جراحة التجميل أم في الجراحة العلاجية الأخرى وهو التزام على الطبيب . وقد أصدرت محكمة استئناف (دواي) في ١٠/٧/١٩٤٦ حكماً في قضية تتلخص وقائعها أن السيد (س) راجع أحد الأطباء في مدينة (ليل) لأنه كان يشكو من تورم طفيف في الثلث الأعلى من ذراعه اليسرى وبعد الفحص شخض الطبيب المرض بأنه (تورم عضلي عادي) يضغط على أعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يشكو منه المريض .

قام الطبيب بتوجيه النصح والارشاد لمريضه بإجراء العملية لأنها بسيطة مؤكداً له نجاحها فوافق المريض على ذلك ، وعند قيامه باستئصال الورم تبين له أن الورم ليس ورماً عادياً وإنما ورم خبيث (سرطان) فقام باستئصاله فوراً ودون اشعار المريض أو حصول موافقته ، وبعد يوم واحد أفاق من المخدر عرف حقيقة الأمر وعلم أن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة فاشتد به الغضب ولجا إلى القضاء مطالباً بتعويضه عن الضرر .

وعند عرض النزاع أمام محكمة الاستئناف المذكورة ، قضت بأن على الطبيب أن يحصل على رضا المريض قبل إجراء العملية وأن هذا الالتزام التزمه تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته وأن كان على الطبيب أن يخطر مريضه بحقيقة ما تنطوي عليه العملية من مخاطر لا سيما إذا كانت هذه المخاطر تصل إلى حد فقدان أو تعطيل عضو من أعضاء جسم المريض ، ولهذا فإن الطبيب بعد مخطئاً في ذلك^(١) .

وفي مجال ضرورة توفر التخصص الدقيق لجراح التجميل وإجراء الفحوصات الطبية الكاملة ذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى اقامة المسؤولية القانونية على الطبيب الذي لم يكن متخصصاً في جراحة التجميل تخصصاً دقيقاً ولم يقيم بهذه الفحوصات قبل المباشرة بالعملية في القضية التالية وخلصتها :

إن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال أطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يني كاتبه

(*) القرار منشور في محاضرات الدكتور حسن الذنون ، ص ٢١ ، نبذة ٣٢ .

وهنا يعلق الدكتور ذنون قائلاً : إن عقد العلاج الطبي على الاعتبار الشخصي هو الأصل بين المريض والطبيب . ونحن دورنا نؤيد رأي استاذنا الفاضل الذنون ونقول بأن عقد العلاج الطبي إذا كان يقوم على الاعتبار الشخصي من جهة الطبيب الذي يلزم أن تتوافر فيه بعض الصفات لولاها لما تعاقد معه المريض . وإن ما يترتب على ذلك عدم امكانية اللجوء إلى الاكراه المالي أو البندي كوسيلة ضغط على ارادة المدين لتتفيذ الالتزام العقدي لأنه يتعارض مع حرمة الشخصية وإنما يصار إلى الحكم بالتعويض على اخلال الطبيب بالتزامه العقدي .

(١) القرار المنشور في محاضرات الأستاذ الدكتور حسن الذنون ، المسؤولية الطبية ، ص ٣٦ ، نبذة ٥٨ .

فيه على أحد أطباء التجميل الذي استطاع استخدام طريقة جديدة مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلق جبهة الإنسان عند التقدم في السن ، فذهبت إلى عيادته واتفقت معه على إجراء هذه العملية مقابل (٢٠٠٠) فرنك فرنسي وكان هذا الاتفاق عام ١٩٦٥ ، فأجرى الطبيب عملية التجميل وبعد مرور بضعة أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانباً من جوانب رأسها خالياً من الشعر وبدت كأنها أصيبت بالقرع وصار جلد جبهتها أزرق اللون كزرق المنظر .

رفعت السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولاً ثم إلى محكمة الجرم في باريس فانتدبت المحكمة هذه القضية خيرين اثنين في جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه ليس مختصاً وغير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات ، وقد دفع الطبيب بأنه يحمل فوق شهادة (الليسانس) في الطب (دبلوماً عالياً فيه) .

إلا أن المحكمة ردت الدفع قائلة أنه إذا كان الحصول على شهادة الليسانس أو الدبلوم في الطب يجيز لحامله ممارسة سائر فروع هذا العلم إلا أن هذا لا يعفي الطبيب الذي يريد ممارسة فرع دقيق من الطبابة يتطلب تخصصاً ومهارة خاصة من أن يتزود بما يتطلبه هذا الفرع من دراسة ومعلومات خاصة ولا يقبل من الطبيب الذي لم يحصل إلا على (الدبلوم) المشار إليه أن يجازف دون ما ضرورة أو حالة عاجلة في ممارسة هذا الفرع من فروع الطبابة الذي يحتاج تخصص ومهارة عالية ، كما وجدت المحكمة أن الطبيب لم يقيم بإجراء أي فحص على زبونه قبل إجراء العملية ولهذا فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالمدمعية فأدين الطبيب من الناحيتين الجنائية والمدنية^(١) .

يتضمن لنا من خلال هذه الواقعة أن هناك شروطاً أساسية يلزم توافرها قبل الإقدام على عملية التجميل ، ومن أهم هذه الشروط الحصول على رضا المريض واعلامه بالعلاج وطبيعته ومخاطره وأن يكون الطبيب مؤهلاً من ناحية الأختصاص العلمي والكفاءة الطبية بما يتناسب وحجم العمل الطبي ومخاطره وأن يقوم الطبيب قد أنجز جميع الفحوصات الطبية كنوم فصيلة الدم ومقدار السكر واليوريا ودرجة الضغط وعمل القلب وخلو المعدة من الطعام وغيرها

أما مسألة التثبيت من وجود العجلة أو التسرع عند القيام بعملية التجميل من عدمها فلا يمكن التأكد منها بقاعدة عامة لأن المسألة تختلف باختلاف الحالات المعروضة ، إلا أن جراحة التجميل البحتة غالباً ما لا يحتاج فيها الأمر إلى الإسراع في العمل الطبي مما يلزم اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة .

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي وصدرت الدائفة (١٦) الجنائية لمحكمة باريس في ١٩٧٠/٥/٢٧ ، خلاصتها أن إحدى الفتيات تعمل راقصة في ملهى ليلي سمعت ثناء زميلة لها على أحد الأطباء من اللذين يزاوون جراحة التجميل كان قد أجرى لها عملية (شد) ثدييها ومنم تهدلها وتحسين منظرهما فذهبت إلى هذا الطبيب واتفقت معه على إجراء عملية مماثلة وفي ١٩٦٥/١٠/٨ ، قام الطبيب المذكور من غير أن يعمد إلى إجراء أي فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم فقام بتخدير زبونه تخديراً موضعياً ثم زرف في حلمتي ثدييها ابرتين أو جرعيتين من مادة (السلاستيك) Silastic واستغرقت العملية زهاء الساعتين وبدت كما لو كانت عملية ناجحة ، لكن الفتاة أخبرت الطبيب بأن حالتها ليست على ما يرام ومع هذا لم يكلف الطبيب نفسه بإجراء أي فحص لها وكل ما فعله أنه نصحها بالبقاء مستلقية على سرير العملية وقدم لها شيئاً من الماء ثم قام ببناء على طلب الفتاة نفسها بالاتصال بأختها هاتفياً وطلب منها الإسراع بالحضور إلى عيادته لنقل شقيقتها لدارها^(١) .

حضرت الأخت بصحبة خطيبها فوجدت حالتها الصحية سيئة لم تتمكن من الطق ولنوها أزرق خائرة القوى فقال الطبيب إن هذه الأعراض ليست سوى حساسية عند الراقصة ضد الجرعة (اكزيبولوكاين) التي استعملت في تخديرها وأنها ستزول ولا خطر منها ، وقد عانت الفتاة مشقة بالغة في الوقوف على قدميها فتركها الطبيب تغادر إلى البيت دون أية تعليمات طبية عدا طلبه بتدفئة رجليها عند النوم وفي الساعة الخامسة بعد منتصف الليل غابت الفتاة عن الوعي ولم يقلق الأهل تبعاً لأطمئنانهم لحديث الطبيب بأن الحالة مؤقتة لكن حالتها تدهورت وراحت في غيبوبة كاملة مع اضطرابات دقات القلب فاتصلوا بالطبيب ثانية وطمانهم على سلامتها وطلب منهم قياس درجة الحرارة والاتصال به الساعة الثانية بعد الظهر ، إلا أن أهل المريضة استدعوا طبيباً آخر في الساعة العاشرة صباحاً ففحصها وذهب فوراً إلى عيادة الطبيب الذي أجرى لها العملية وصحبه عائداً إلى بيت أهل المريضة الفاقدة لوعيها فنقلها إلى إحدى المستشفيات ، حيث لاقت حتفها بعد قليل وعند عرض الأمر على القضاء أمرت المحكمة بتشريح جثة الراقصة فتبين أن الطبيب المدعى عليه ارتكب عدداً من الأخطاء يتلو بعضها بعضاً منها :

- ١- إجراء العملية للراقصة دون فحوصات مسبقة لوضعها الصحي العام .
- ٢- ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة .
- ٣- السماح للطبيب للمريضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية .
- ٤- لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جدية .

(١) د . عبد الوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائرية ، ص ١٩٥ .

(١) القرار منشور في محاضرات الدكتور حسن الذنون ، المسؤولية الطبية ، ص ٥٤ .

٥- رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية واكتفى بطلب تدفئة قدميها وقياس درجة الحرارة .

لكل هذه الأسباب قضت المحكمة المختصة بالحكم على الطبيب بالتعويض وبال عقوبة الجزائية وفقاً لأحكام المادة (٦٣) من قانون العقوبات الفرنسي^(١) . الذي اقتبس منها المشرع العراقي المادة (٣٧٠) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل التي جاء فيها ما يلي :

١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو باحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر عن تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غريق أو كارثة أخرى .

٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع أو توانى بدون عذر عن اغاثة ملهوف في كارثة أو مجني عليه في جريمة) .

المبحث الثاني

أحكام القضاء العربي

لم يكن القضاء المصري بمعزل عن اتجاهات القضاء والفقه في فرنسا ومصر من الاختلافات والجدل الذي طرأ حول مسؤولية الطبية عن جراحة التجميل ، فالتشدد ظهر جلياً في قرارات محكمة النقض المصرية التي أوجبت عناية أكثر من جراح التجميل واتجاهها إلى تخفيف عبء الاثبات خطأ المريض باقامتها قرينة بسيطة لصالحه .

ففي قضية عرضت على القضاء المصري وصدر فيها الحكم عام ١٩٦٩ بدأ محكمة النقض بعرض الالتزام العام الذي يقوم على الأطباء وطبيعة المسؤولية بقولها :

(١) وأنظر ملاحظات الدكتور حسن الذنون على القرار في محاضراته عن المسؤولية الطبية ، ص ٥٥ .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة (٦٣) بموجب النظام الصادر في ١٩٤٥/٦/٢٥ ، بحيث أصبح نص الفقرة المذكورة يعاقب كل من يمتنع باختياريه عن تقديم النجدة لشخص في حالة خطرة وكان بإمكانه ذلك سواء مباشرة أو بفعله الشخصي أم يطلب النجدة من الآخرين ودون أن يكون من شأن ذلك تعريض الممتنع أو الغير للخطر ، وأراد بذلك المشرع الفرنسي معاقبة الممتنع الذي يظهر من سلوكه الأناية والامبالاة .

وبناء عليه قضت محكمة النقض الفرنسية في ٩٤٩/٥/٣١ بأن الفقرة الثانية من المادة (٦٣) من قانون العقوبات يطبق على الأطباء عند امتناعهم عن تلبية نداء المريض ، وكذلك في القرار الصادر عن محكمة (نانسي) في ١٩٦٥/٦/١ ، الذي حكم فيه بالحبس أربعة أشهر مع إيقاف التنفيذ على طبيب لامتناعه عن معالجة شاب سقط ليلاً جريحاً أثر مشاجرة مع رفاته بعد خروجه من حفلة ساهرة . د . غني حسون طه ، المسؤولية الطبية الممتنع ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول والثاني ، السنة الأولى ١٩٨٦ ، ص ٦٩- ٧٢ ، د . سمير ابراهيم الخليلى ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية ، الجزائر ، ١٩٧٩ ، ص ٢١١ ، وما بعدها .

(إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية ، والطبيب ، وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو نجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة من مقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني ومجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول... وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إن أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علمه في جسمه وإنما اصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر)^(١) .

أما عن عبء الاثبات فإن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى القول في القرار المذكور (بأنه وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة ، إن المريض أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء الاثبات ذلك يقع على المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح اهامال الطبيب ، كما إذا أثبت أن الترقيم الذي جراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن تقتضيه السير العادي لعملية تجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه^(٢) ، فنقل عبء الاثبات حالة بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت اجراء الترقيم والتي من شأنها أن تنفي عنه الاهمال)^(٣) .

وتصعد فكرة مشروعية أعمال جراحة التجميل في مصر إلى عام ١٩١٣^(٤) .

حيث عرض أمر جراحة التجميل على القضاء المصري في قضية مشهورة ملخصها في أن رجلاً يدعى عبدالحميد أفندي أصيب في سنة ١٩١٤ بدمل في مؤخرة عنقه ، وقد التأم الدمل تاركاً مكانه أثر التحام (كلويد) جعل منظره مشوهاً ففكر في عام ١٩٢٨ أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث حتى يصبح أثر الالتحام رخواً متجانساً مع الجلد المجاور له فعرض نفسه في مستشفى القصر العيني على طبيب الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) وبعد معالجته أشار عليه بأن يعالج نفسه بأشعة (إكس) فاختر الدكتور (مقار) فمقام بعلاجه تارة بنفسه وتارة أخرى من (تومر جي الأشعة) .

(١) القرار منشور في مؤلف الدكتور محمد حسنين ، ص ٧٦- ٧٧ .

(٢) والصحيح في رأينا هو (التنفيذ المعيب للالتزام العقدي الطبي) .

(٣) قرار محكمة النقض المصرية (٢٦ يوليو ١٩٦٩) منشور في مؤلف د . محمد حسنين ، ص ٧٧ .

(٤) راجع الابراشي ، ص ٣٠٣- ٣٠٤ . الجمهوري ، ص ٣٢٧ .

لقد أدت هذه المعالجة إلى تقييم الجلد ونشوء قرحة ، فاقام الدعوى على طبيب الأشعة الدكتور مقار مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي اصابه من معالجة الندبة التي كانت تشوه رقبته ، غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى بقرارها الصادر في ١٩٣٣/٥/٣٠ فأقرت بذلك ضمناً بمشروعية جراحة التجميل .

أما محكمة استئناف مصر فقد ألغت الحكم عام ١٩٣٦ لا لعدم مشروعية جراحة التجميل ، رغم دفاع المجنى عليه بأن الدكتور مقار كان يباشر علاجاً تجميلياً مما يستوجب تشديد مسؤوليته نهجاً على ما يسير عليه القضاء الفرنسي آنذاك ، وإنما تطرقت لوقائع الدعوى واستخلصت منها أن إصابة المجنى عليه نشأت عن معالجته بأشعة إكس وان الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الاصول العلمية ، ولهذا فإن القضاء المصري أوضح من خلال هذين الحكيمين في أنه لم ير موجباً للتفرقة بين جراحة التجميل والجراحة العادية وإنما أخضع النوعين لقواعد موحدة^(١) . وفي سوريا ، فإن جراحة التجميل ليست محظورة وإنما كانت تمارس طبقاً لقواعد مجلة الأحكام العدلية قبل صدور القانون المدني عام ١٩٤٩ ، ولم تحظر أيضاً بعد صدوره وخضعت أخطاء الجراحين والأطباء للقواعد العامة في القانون المدني السوري لا سيما وأن الشريعة الإسلامية هي من مصادر القاعدة القانونية المدنية ، ثم إن مصدر العمل الطبي التجميلي هو الاباحة ورضا المريض الراغب في جراحة الشكل ، إلا أن التطبيقات العملية حول الخطأ الطبي في جراحة التجميل حتى عام ١٩٦٦ نادرة على رأي البعض^(٢) .

وفي دولة الكويت فإن جراحة التجميل في تطور مستمر ، وإن الفقه والقضاء الكويتي أجازها^(٣) ، وأخضع قواعد الجراحة التجميلية والطب العلاجي والجراحي لقواعد واحدة إذ في كثير من الأحيان يتعذر الفصل بين النوعين في القضايا المعروضة .

ففي قضية ملخصها قيام أحد الأطباء بالمستشفى الاميري في دولة الكويت بعملية ختان لشخص اصابه بضرر (ندبة بارزة منكمشة) على ظهر القضيبي وعدم انتظام طفيف بالجلد خلف الاخود التاجي للذكر فأقام الدعوى واهيل إلى لجنة طبية لفحصه وتبين حصول تشوه في القضيبي والتصاق الجلد به مما يقتضي تدخلاً جراحياً ، إلا أن الضرر أثر السفر إلى لندن لاجرائها لدى جراحي التجميل الذي أثبت له أن عملية الختان كانت جذرية جداً أزيل بها جميع الجلد المحيط بالذكر

وأن علاجه يستلزم اعادة جلد العانة إلى مكانه الصحيح واعادة تركيب الجلد الاسطواني للقضيبي عن طريق تطعيم الجلد ، كما قطع الطبيب الانجليزي بأنه من غير المحتمل أن يؤدي علاجه إلى التحسن في أداء الجنس ثم قدر الطبيب أن ما تخلف لدى المضرور من عجز جنسي نحو ٥٠٪ من قدرته الأصلية .

أقام المريض الدعوى لدى محكمة أول درجة على وزارة الصحة والطبيب حسب قواعد مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع مطالباً بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية فحكمت المحكمة على وزارة الصحة والطبيب (بالتضامن) مبلغ ٦ ستة آلاف دينار كويتي مع المصروفات المناسبة ، وبعد استئناف الحكم من المضرور والمدعى عليها عدلت محكمة الاستئناف الحكم وقضت بالزام المدعى عليهما بأن يدفعوا له مبلغاً مقداره ٩٧٠٠ دينار كويتي ، إلا أن محكمة التمييز تبين لها أن المضرور اشترك بخطئه في احداث الضرر فحكمت بالزام الجراح ووزارة الصحة (بالتضامن) إلى المضرور ٣٦٠٠ دينار كويتي كتعويض عن الاصابة ذاتها وعن الأضرار المادية والمعنوية^(١) .

أما في العراق فعلى الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية ، سواء في الجراحة التجميلية أم في مجال الجراحة العادية ، ومحاولة نقابة الأطباء أو وزارة الصحة اعتبارها من القضايا السرية مما يلزم عدم البوم أو الاعلان عنها ، إلا أن الصحف اليومية تنشر بين فترة وأخرى بعض الأخطاء الجسيمة كنسيان المقص في بطن المريض أو قطعة القطن في المثانة أو رفع عضاريف الركبة أو وصف دواء يترك أثراً جانبية خطيرة أو اهمال الكادر الطبي ووضع المولود حديث الولادة في صندوق القمامة رغم ولادته حياً أو اهمال العناية بالألم والمولود (أثناء وبعد الولادة) فيموتاً معاً في وضح النهار!! وغيرها .

والناس غالباً ما يستسلمون لفكرة القضاء والقدر بفعل الجهل أو عدم اثاره المشكلات فتذهب حقوقهم هدرًا ، وفي بعض الأحيان يحرك المريض أو أهله الشكوى الادارية لدى وزارة الصحة أو ادارة المستشفى فيجري التحقيق الاداري وفي ضوءه (ربما) يصار إلى اصدار العقوبة الانضباطية^(٣) ، أو التأديبية^(٣) ، وأحياناً يقوم المريض أو أهله بتقديم الشكوى لجهات الدولة العليا ، وربما يكون مرجع ذلك تأخر القضاء العراقي في اجراءاته لحسم الدعوى الذي قد تمتد لسنوات فيضيع الحق عليه أو يكره كثرة المراجعات .

(١) أنظر تفصيلاً القرار الصادر عام ١٩٧٩ في مؤلف الأستاذ الدكتور أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة ، ط ١ ، ١٩٨٦ ، ٢٢١ .

(٢) العقوبات الانضباطية هي (الانذار وقطع الراتب لمدة لا تتجاوز عشرة أيام والتوبيخ) .

(٣) العقوبات التأديبية في قانون انضباط موظف الدولة سنة ١٩٣٦ هي :

(انقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل من الوظيفة ثم العزل)

(١) الابراشي ، ص ٣٠٤ .

الجوهري ، ص ٣٢٨ .

(٢) عبدالسلام التونسي ، المسؤولية المدنية للطبيب ، ص ٤١٠ .

سمير أورقلي ، البحث السابق ، ص ٤٣ .

(٣) أنظر ما نشرته صحيفة الوطن الكويتية يوم ١٤/٦/١٩٨٨ ، العدد ٤٧٨٣ .

مراجع البحث

أولاً : باللغة العربية :

- ١- الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج٢ ، في الالتزامات ، مجلد٢ ، ط٥ ، ١٩٨٨ .
- ٢- الدكتور حسن الذنون ، المسؤولية الطبية ، محاضرات غير منشورة ، ١٩٨٧ .
- ٣- الدكتور عبدالسلام التونسي ، المسؤولية المدنية للطبيب ، ١٩٦٦ .
- ٤- الدكتور محمد فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، دار الجوهري للطبع والنشر ، ١٩٥١ .
- ٥- سمير اورفلي ، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية ، مجلة رابطة القضاة ، السنة ٢٠ ، ١٩٨٤ .
- ٦- الدكتور حسن زكي الابراشي ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، اطروحة دكتوراه ، بدون سنة نشر .
- ٧- الدكتور فخري الدباغ ، الموت اختيارياً ، بيروت ، ١٩٨٦ .
- ٨- الدكتور وديم فرج ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الرابع والخامس .
- ٩- المبسوط للسرخسي ، ج١٦ .
- ١٠- د . أحمد محمد ابراهيم ، مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، المجلد ٢٠ ، ١٣٦٨ هـ .
- ١١- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي ، الجريمة ، دار الفكر ، بدون سنة نشر .
- ١٢- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي ، الجريمة ، دار الفكر ، بدون سنة نشر .
- ١٣- لسان العرب لابن منظور الافريقي ، مجلد٤ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٥ .
- ١٤- أحمد علي الخطيب ، الحجر على المدين لحق الفرءاء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، رسالة مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٦٤ .
- ١٥- الدكتور أحمد محمد ابراهيم ، مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، ج٩ ، مجلد١٩ ، ١٣٦٧ هـ .
- ١٦- الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
- ١٧- الدكتور عبدالسلام عبدالرحيم السكري ، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور اسلامي ، ط١ ، ١٩٨٨ .
- ١٨- الدكتور راجي التكريتي ، السلوك المهني للأطباء ، بغداد ، ١٩٧٠ .
- ١٩- بدائم الصنائع للكاساني ، ج٧ ، ط١ ، ١٩١٠ .
- ٢٠- المغني لابن قدامة ، ج٦ ، ط٢ ، ١٣٦٧ هـ .
- ٢١- كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف ، ج٢ ، بدون سنة نشر .
- ٢٢- زاد المعان لابن القيم جوزية ، ج٣ ، مطبعة البابي الحلبي ، مصر ، بدون سنة نشر .
- ٢٣- حسين عامر وعبدالرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، ط٢ ، ١٩٧٩ .
- ٢٤- د . حسن علي الذنون ، تعديل أحكام المسؤولية العقدية ، محاضرات غير مطبوعة .
- ٢٥- الدكتور محمد جمال الدين زكي ، اتفاقات المسؤولية ، القاهرة ، ١٩٦١ .

ولهذا نادراً ما نعثر على قرار قضائي بخصوص المسؤولية الطبية^(١) ، ولم نعثر على حكم في العراق تتقرر بموجبه مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع (بالتضامن) عن خطأ طبي عن عمل تجميلي أو غيره ، الأمر الذي يدفعنا إلى القول باعتبار قضايا المسؤولية الطبية من الأمور السمتعجلة وإلى ضرورة وضع قواعد أو أحكام مستقلة للمسؤولية الطبية في العراق .

لقد أن الأوان في وضع الحدود بين ما للمواطن وما عليه من حقوق والتزامات وضيح الطريق السليم أمام المتضرر أو من يدعي بوجوده وهو اللجوء إلى القضاء اعتيادي^(٢) .

وفي قضية عرضت على القضاء العراقي عام ١٩٦٣ تعرض فيها الطبيب لضرر جسدي من المريض الذي هو تابع لشركة من شركات الدولة فذهبت محكمة التمييز إلى القول :

- المريض المحتضر لا تعتبر مرتكباً خطأ أو تعهداً إذا ضربت يده دون قصد أو ادراك الطبيب أثناء حقه لأنه غير مالك لقواه العقلية وعلى الطبيب أن يقدر مثل هذا الموقف ويتخذ له الحيطة والحذر .

- يشترط الزام المتبوع بدفع التعويض عن الضرر الذي يحده التابع أن يكون هذا الضرر ناشئاً عن تعدد من التابع وقم أثناء قيامه بخدمة المتبوع عملاً بالمادة (٢١٩) مدني ولا تسأل الشركة المدعى عليها عن الضرر الذي أحدثه ذلك العامل المريض .

- على الطبيب (المدعي) إذا كان عاملاً بحسب قوانين العمل مراجعة وزارة الشؤون الاجتماعية لتعيين حكم للنظر في الموضوع وإذا أهمل ذلك وأقام الدعوى البدائية بعد فوات سنة من تاريخ الحادثة فلا يجوز سماع دعواه بطلب التعويض^(٣) .

(١) من القضايا الحديثة التي عرضت على محكمة التمييز وأصدرت قرارها (غير منشور) رقم ٣٦٧/منقول/٨٧-٨٨ في ١١/٧/١٩٨٧ حول المسؤولية الطبية ووجوب أخذ رضا المريض الحر الصريح حيث تتلخص القضية أن المدعية (م) ادعت لدى محكمة بداءة الكراة بأنها زوجة الدكتور (خ) والدكتورة (ع) بالاجهاض دون رضاها بحجة تناولها حبوب تؤثر على سلامة الجنين وتؤثر على شكله وهي واقعة لا أساس لها من الصحة وتخليطاً من زوجها الدكتور (ب) للتخلص من الجنين وابقام الطلاق ومطلبت الحكم لها بالتعويض ، إلا أن محكمة بداءة ردت الدعوى فنقضت محكمة التمييز هذا الرد وجاء في قرارها :

(حق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنم الكراة رقم ١٠٧٢/ج/٩٨٤ في ٢/٢/١٩٨٦ ، الذي أدان المدعي عليها وقضى بحبس المدعي عليها لمدة سنة واحدة مع ايقاف التنفيذ والحكم على المدعي عليه (د . خلدون) بالفراصة ، وحيث أن الحكم المذكور قد اكتسب درجة الثبات بوقته مم النظر لظروف القضية وعلم ثبوت تناول المدعية الحبوب التي تشوه الجنين كما ورد ذلك صراحة في خاتمة قرار الادانة لذا كان على المحكمة السير بدعوى التعويض والركون إلى خبراء مختصين لتقديره) .

(٢) أنظر مثلاً الشكوى المنشورة في صحيفة الثورة يوم ١٢/٤/١٩٨٩ تحت عنوان :

(من المسؤول عن مثل هذه الأخطاء؟ الطبيب أم المساعد أم الممرضات أم واقم حال المستشفى؟) .

(٣) رقم القرار ١٥٣٣/١٥/حقوقية/٦٣ في ٤/١٢/١٩٦٣ ، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز للقاضي الأستاذ ابراهيم المشاهدي ، قسم القانون المدني ، ص٢٥٣ .

- ٤٩- الدكتور غني حسون طه ، مسؤولية الطبيب الممتنم ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول والثاني ، السنة الأولى ، ١٩٦٨ ، (جامعة البصرة) .
- ٥٠- الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنم المدنية والجناحية في المجتمع الاشتراكي ، الجزائر ، ١٩٧٩ .
- ٥١- الدكتور أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة ، ط ١ ، ١٩٨٦ .
- ٥٢- الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط ١ ، ١٩٥٢ .
- القوانين والقرارات :
- ٥٣- القانون المدني العراقي ١٩٥١ .
- ٥٤- القانون المدني المصري .
- ٥٥- القانون المدني الكويتي .
- ٥٦- القانون المدني الاردني .
- ٥٧- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي .
- ٥٨- مشروع القانون المدني العراقي الجديد (محدود) .
- ٥٩- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٦٠- تعليمات السلوك المهني (في العراق) ١٩٨٥ .
- ٦١- قرار رقم ٣٦٧/منقول/٨٧-٨٨ في ٧/١١/٩٨٧ الصادر عن محكمة تمييز العراق (غير منشور) .
- ٦٢- المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب ، ١٩٨٧ .
- ٦٣- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ٣ ، ١٩٧٨ .

ثانياً : باللغة الفرنسية :

- 64- Code civil - Paris 1987.
- 65- MISE A, Jour 1988 du code civil 1978 Paris.
- 66- Francois CHABAS - Responsabilité civile et responsabilité pénale paris 1975.
- 67- Dr. Hassan Abo El Naga - Al- transmissibilité aux héritiers du droit réparation du pretium doloris Journal of Law Vol. 11 No. 1, 1987.
- 68- Mazeaud (H.L.J) - Leçons de droit Civil tome deuxième Paris 1966.
- 69- Nour Eddine Terki Les obligations Alger 1982.
- 70- Dalloz Répertoire de droit civil - Tome VI - Paris 1975.
- 71- Gerard Memeteau - Le droit médical - 4 Paris 1985.
- 72- Jean Carbonnier droit civil Les obligations -4- Paris 1982.
- 73- Dalloz repertoire de droit civil Paris 1970.
- 74- Rene Eavatie - Traite d La responsabilité civile en droit français Paris 1951.
- 75- Max Le Roy - Levaluation de prejudice corporel - Paris 1947.

- ٢٦- الدكتور محمد حسنين منصور ، المسؤولية الطبية ، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، ١٩٨٥ .
- ٢٧- الدكتور مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ .
- ٢٨- الدكتور توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزامات ، في مصادر الالتزام ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ .
- ٢٩- الدكتور اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، ١٩٦٧ .
- ٣٠- الدكتور جورج سيوفي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج ١ ، بيروت ، ١٩٦٠ .
- ٣١- الدكتور منصور مصطفى منصور ، المصادر غير الارادية للالتزام ، محاضرات مسحوبة على الرونيو ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ١٩٨١ .
- ٣٢- الدكتور هاشم القاسم ، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد ٢ ، ١٩٨١ .
- ٣٣- الدكتور مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية في القانون المصري ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٤٤ .
- ٣٤- الدكتور محمود سعدالدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ .
- ٣٥- الدكتور عاصف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، ط ١ ، ١٩٨٣ .
- ٣٦- الدكتور يوسف نجم جبران ، النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات (القانون والجرم وشبه الجرم) ، ط ٢ ، ١٩٨١ .
- ٣٧- باسم محمد رشدي ، الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية ، اطروحة ماجستير في القانون الخاص ، ١٩٨٩ .
- ٣٨- الدكتور أحمد شرف الدين ، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ١ ، السنة ٢٢ ، ١٩٧٨ .
- ٣٩- الدكتور محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر مطابم رمسيس بالاسكندرية ، بدون سنة نشر .
- ٤٠- ابراهيم محمد شريف ، الضرر المعنوي وتوضيه في المسؤولية التقصيرية ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، ١٩٨٩ .
- ٤١- د . عبدالوهاب حوق ، المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٨١ .
- ٤٢- الدكتور مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام ، ج ٢ ، المسؤولية الجنائية ، ١٩٨٥ .
- ٤٣- عادل عبد ابراهيم ، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية والمسؤولية الجنائية ، اطروحة ماجستير ، بغداد ، ١٩٧٧ .
- ٤٤- جابر مهنا شبل ، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، اطروحة ماجستير في القانون ، ١٩٨٤ .
- ٤٥- الدكتور حميد سعدي ، شرح قانون العقوبات الجديد ، ج ٣ ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- ٤٦- الدكتور رياض الخاني ، المبادئ الاخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية ، جامعة الامارات العربية ، ١٩٨٨ .
- ٤٧- علي الجيلوي ، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، بغداد ، ١٩٨٨ .
- ٤٨- عبدالرحمن الطحان ، مسؤولية الطبيب المدنية في اخطائه المهنية ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، بغداد ، ١٩٧٦ .

في سلامة الكيان البدني للانسان ، ثم ما حكم الموت الرحيم (القتل بدافع الشفقة) وهل يجوز نقل الاعضاء منهم ؟ اي ما هو الاثر القانوني لرضى المريض لانهاء حياته وتخليصه من الالم والمرض الذي لا شفاء منه . ثم هل يمكن المساس بالجسد للحصول على دليل في دعوى جنائية او مدنية كما في اجبار الشخص على فحص دمه لاثبات او نفي البنوة او استخدام بعض العقاقير (مصل الحقيقية) والاجمزة وصولا اليها .

ان جميع هذه الاسئلة عن هذه الاعمال الطبية واحكامها الشرعية والقانونية دفعت دولا متعددة الى عدم اغفال تنظيمها وبيان اوضاعها الشرعية والقانونية والاخلاقية والسياسية في دساتيرها او قوانينها المدنية او القوانين الاخرى المتفرقة او بموجب تعليمات وتوصيات من المجالس العليا للاخلاق والسياسة الاجتماعية ، بينما اغفلت بعض الدول تنظيم الكثير من هذه الاعمال في قوانينها وعد ذلك قصورا حقيقيا في تشريعاتها .

وليس هناك ادنى شك في ان اهمية هذه الاعمال الطبية وضرورة الوقوف على احكامها دفعت دولا عديدة الى تنظيم لقاءات ومؤتمرات اقليمية ودولية لبحثها والتوصل الى توصيات او قرارات بخصوصها ، بل عقد اتفاقيات دولية مثل اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ التي منعت ممارسة اعمال التجارب الطبية على اجساد الاسرى او نقل او بتر الاعضاء منهم ، هذا فوق ان القوانين العقابية الوطنية تعاقب على جريمة احداث العامة المستديمة بالبدن .

كما ان هذا الاهتمام بهذه الاعمال الطبية وتقديم احكامها من الفقه المدني الاجنبي والعربي ، دفع جانبا كبيرا من الفقه المدني الفرنسي الى استحداث فرع جديد من فروع القانون الخاص هو (القانون الطبي) الذي هو من مظاهر اهتمام القانون بالانسان وصحته منذ لحظة الحمل حتى ما بعد الموت ، كحماية الجثة (على نحو ما نصت عليه المادتان ٣٧٣ و ٣٧٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل) .

ان هذا الفقه المدني الفرنسي ، ولا سيما الاساتذة JEAN CARBONNIER والعميد SAVA-TIER والاستاذ ستارك STARK والاستاذ اسمان ESMEIN هم اول من حملوا لواء مناصرة الاهتمام بسلامة الحياة وجسد الانسان باعتباره اهم الحقوق العامة الاساسية التي تخص مبدأ التكامل الجسدي للبشر وذهبوا الى ان حياة الانسان واعضائه وجميع اجزاء جسده وحياة أسرته العامة والخاصة وضرورة المحافظة على سلامة الكيان الادبي والحرية الشخصية والكيان الفكري ، هي في مقدمة موضوعات القانون المدني التي يلزم بحثها ضمن حقوق البشر الثابتة ويوليها من بعد احكام المعاملات المالية كحق الملكية واحكام الاعتداء على المال كالعامل المستحق للتعويض واحكام المسؤولية الاخرى وغيرها .

القسم الثالث

التصرف القانوني في الاعضاء البشرية

The legal disposition of Human Organs

مقدمة

اوجدت بعض الاعمال الطبية ميدانيا للجدل العلمي المثير بين رجال القانون والطب وعلما الاجتماع والاخلاق والدين بشأن مدى انسجامها مع القوانين الوضعية والفقه الاسلامي والقواعد الاخلاقية والاعراف الاجتماعية بل وحتى الشرائع السماوية كالديانة المسيحية .

ولعل في مقدمة هذه الاعمال الطبية التي يلزم التعرف على الاحكام القانونية للبعث منها هي نقل او استبدال الاعضاء البشرية (زرع الاعضاء) واستخدام الاعضاء الصناعية والتعقيم بالنسبة للرجال والاجهاض ومدى علاقته بسلامة الصحة والجسد واستخدام الاجنة الساقطة في المصانع الكيماوية للاغراض الصناعية وكذلك حكم الجراحة التكوينية ومسؤولية طبيب التجميل عن الخطأ المدني ومسائل تحويل الجنس وهندسة الوراثة والتقليم الصناعي البشري وزرع الاجنة الذي يعرف اليوم بـ(اطفال الانابيب) وحتى قضية الاستنساخ البشري وغير البشري والاشكالات القانونية من هذه الاعمال الطبية .

كما ان هناك بعض الاعمال الطبية الاخرى التي اثارته اهتماما واسعا لدى علماء القانون والطب والاجتماع وغيرهم هي التعديل في ذاتية الارادة الحرة عن الطريف التنويم المغناطيسي والمسؤولية عن نقل العدوى عند نقل الدم كالاصابة بمرض الايدز او فايروس الكبد والتساؤل في هذا المجال هل ان التزام الطبيب يظل التزاما ببذل عناية في جميع الاحوال عن مثل هذه الاعمال الطبية التي يقوم بها ثم ما هو حكم اجزة الانعاش المركز المتطورة التي تبقي على بعض اجزة الجسد في ممارسة وظائفها وهل يمكن الاستفادة من جثث الموتى لصالح الاحياء ومن بعض اعضاء الحيوانات لصالح الانسان ؟

ان السؤال الاخر المهم من بين جميع هذه التساؤلات هو حكم التجارب الطبية على جسد الانسان ومدى صحة الاعفاء من المسؤولية عند رضى الشخص بهذه التجربة ومدى انسجام ذلك مع الحق

خطة البحث

- ١- اهمية الموضوع .
- ٢- الاعضاء البشرية القابلة للنقل والغرس .
- ٣- فكرة البحث .
- ٤- مصادر الحصول على الاعضاء البشرية .
- ٥- مبدا حرمة جسد الانسان الحق في (التكامل الجسدي) او (معصومية الجسد) .
- ٦- خطة البحث .

وعليه فان الكل ائمن واكبر من الجزء ، وما حياة الانسان وسلامة صحته وجسده من الاعتداء او الاذى او المساس بحقوقه الا المقدمة الكبرى وهي الاولى بالاهتمام والرعاية في القانون المدني لان الحق في الحياة اعلى واثمن الحقوق وسلامة البدن من اهم الحقوق ايضا ومن مصلحة الانسان عدم الاضرار بصحته وطاقته البدنية لانها مصدر الطاقة والرخاء والتقدم نحو الخير . اما الحقوق الاخرى كحق الملكية وموضوعات المسؤولية المدنية فهي اجزاء تتبع الكل ويفترض ان تكون في المرتبة اللاحقة لسلامة الكيان البدني . فالانسان اولا والاموال من حيث الاهمية في المجتمع . والاموال انما لخدمة ولسعادة الانسان لا العكس . بناء عليه فان القانون المدني هو قانون الحقوق العامة والحقوق الخاصة المالية .

ان الانسان ليس شخصا قانونيا له حقوق وعليه التزامات فحسب وانما هو فوق ذلك ، وقبل هذا ، هو(جسد وروح) لجسده حرمة ولصحته وحسائه قدسية اثناء الحياة وبعد الوفاة . لذلك سنقسم الموضوع حسب الخطة الاتية :

١- أهمية موضوع زرع الاعضاء البشرية :

ليس من السهل القول ان جميع عمليات زرع الاعضاء البشرية قد تخطى مرحلة التجارب الطبية واصبح نجاحها مضمونا ، فاذا كان هذا الكلام يصح بالنسبة لبعض الاعمال الطبية كعمليات نقل الكلية وعمليات ترقيم القرنية والجلد مثلا الا انه غير صحيح بالنسبة للمخ والمعدة وبعض اجزاء الانسان الأخرى .

غير انه من الثابت ان عمليات زرع الاعضاء البشرية في تطور مستمر وتقدم كبير ولعل من اول اهدافها التغلب على الموت باطالة حياة الانسان لان للانسان مصلحة اكيدة في البقاء على قيد الحياة وهل هناك ائتمن من الحق في الحياة ؟ . ومن اهدافها ايضا ازالة الالم وتحقيق سعادة البشر بالتغلب على المرض .

وهذه الدراسة التي نحن بصدها ليس نظرية فحسب وانما تجري في العراق ، والبلاد العربية والعالم ، عشرات المئات من العمليات الطبية في ترقيم الجلد وزالة التشوهات وترقيم القرنية وزرع الكلية واستبدال صمامات القلب وغيرها سواء في المستشفيات الحكومية ام الاهلية بديل ان المشرع العراقي لم يغفل تنظيم ذلك في قوانين خاصة منذ عام ١٩٧٠ حين اصدر قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ ثم قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ .

لقد جرت في السنوات الاخيرة العديد من العمليات الجراحية الناجحة في ميدان نقل الاعضاء البشرية فأوجدت بذلك املا مشرقا لخير البشرية . وهذا الطوفان من عمليات غرس الاعضاء فرض حقيقة واقعة لا مفر منها هي ضرورة التعاون بين فقهاء القانون المدني وعلماء الطب والجراحة المتخصصة من اجل ضمان تحقيق الغايات النبيلة وسعادة البشر ومن اجل ان يكون لهذه الاعمال الطبية اطارها القانوني السليم ، لان الطبيب يمثل الجانب الفني العلمي ورجل القانون يمثل الجانب القانوني الذي ينظم هذه الاعمال في اطارها المشروع .

ان هذا الموضوع الجديد دفع دولا متعددة الى تنظيم مجالاته بما يغني التطورات العلمية الطبية ضمن ضوابط قانونية وبما يسمح به علم الاخلاق (الاخلاق الفردية والاخلاق الاجتماعية) وكذلك علم الاجتماع والعلوم الأخرى .

ففي فرنسا مثلا صدر عام ١٦٦٨ قانون يحرم اجراء عمليات نقل الدم نتيجة فشل محاولة نقل الدم من حيوان الى انسان حتى سنة ١٨١٨ حيث نجح احد اطباء لاول مرة في نقل الدم بين البشر فعاد القانون وابطح عمليات نقل الدم كما نظمت عمليات نقل الاعضاء في الكثير من الدول بعد ثبوت نجاحها على الحيوانات منذ عام ١٩١٠ .

ففي المملكة الاردنية الهاشمية صدر قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن الانتفاع من اعضاء جسم

الانسان واجاز المشرع التونسي منذ عام ١٩٥١ للمستشفيات اخذ اعضاء الاشخاص المتوفين واصدر المشرع الكويتي قانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن زراعة الكلى مع الفتوى الشرعية رقم ٧٩/١٣٢ والفتوى رقم ٨٧/١٩٨١ كما لم تغفل الكثير من الدول العربية والاجنبية تنظيم عمليات زرع الاعضاء البشرية .

اما في العراق فقد صدر لاول مرة(قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠) ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ الذي حل محله قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ الذي تناول جانبا يسيرا من موضوع نقل الاعضاء وجاء قاصرا عن معالجة العديد من الاعمال الطبية الناجحة عالميا وعربيا كزراعة الاجنة والتلقيح الاصطناعي البشري واستبدال القلوب وغيرها ولم يوضح مصادر الحصول على الاعضاء البشرية لغرض غرسها سواء من الاحياء ام الاموات ، كالمحكومين بالاعدام او الجثث ، على نحو ما بينته قوانين متعددة لدول اخرى بما ينسجم والتطورات العلمية الطبية .فوق ان قانون الطب العدلي لسنة ١٩٨٧ وتعديلاته وقانون الصحة العامة لسنة ١٩٨١ لم تعالج الكثير من القضايا المهمة ذات الصلة بغرس الاعضاء البشرية . وعقد ببغداد في شباط ١٩٨٩ المؤتمر الطبي العربي الخامس والعشرون حول زراعة الاعضاء واصابات الحروب وغيرها من المواضيع المتفرقة .

ان اهمية هذا الموضوع تبدو واضحة من الاهتمام الكبير بنقل الاعضاء البشرية على الصعيد الاقليمي والدولي ، ففي(لاهاي) عقدت جمعية زراعة الاعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام ١٩٧٠ لدراسة مشكلات الموضوع ، كما لم تغفل منظمة الصحة العالمية اذ جاء في تقرير مديرها العام في الدورة (٧٩) التي عقدت في ٣-١٢-١٩٨٦ ايضاح لبعض الاعضاء البشرية (القابلة للنقل) طبيا التي ثبت نجاحها فعلا وقضية التكاليف الاقتصادية وبعض الاسس الاخلاقية المتعلقة بنقل الاعضاء .

كما تم في اجتماعات اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب الخاصة بنقل وزراعة الاعضاء الجسمية للانسان التي عقدت للفترة من ١٦-١٨/١٢/١٩٨٦ اعداد مسودة (مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الاعضاء البشرية) .

وبتاريخ ٢/١١/١٩٨٨ انتهت في جدة بالمملكة العربية السعودية اجتماعات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي فأصدرت توصياتها بشأن اطفال الانابيب والحكم الشرعي منها وموقف الشريعة الاسلامية من اجهزة الانعاش المركزة وتحديد زمان الموت من الناحيتين الطبية والشرعية وقضية انتفاع الانسان باعضائه او بأعضاء انسان الاخر(حيا كان ام ميتا) ومسألة تأجير الارحام التي تحصل في الدول التي لاتقيم وزنا للانساب .

ان الاعضاء القابلة للنقل او الزرع في الاجساد من الاحياء او الحيوانات او الاموات تتمثل في (نقل الدم البشري من الاحياء)^(١) . الا ان السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل ان الدم البشري يمثل عضوا ام جزءاً من الجسم؟! وهل الاعتداء عليه يخل بمبدأ التكامل الجسدي؟

للجابة عن ذلك ، نقول ان مجمع الفقه الاسلامي في جدة اصدر قراره رقم (١) الصادر في ٦-١١/شباط ١٩٨٨ اعتبر الدم البشري عضوا من الاعضاء للجسم الانساني . فالعضو البشري (جزء من الانسان من لغرض غرسها سواء من الاحياء ام الاموات ، كالمحكومين بالاعدام او الجثث ، على نحو ما بينته قوانين دوله اخرى بما ينسجم والتطورات العلمية الطبية . فوفقا ان قانون الطب العدلي لسنة ١٩٨٧ وتعديلاته وقانون الصحة العامة لسنة ١٩٨١ لم يعالج الكثير من القضايا المهمة ذات الصلة بغرس الاعضاء البشرية . وعقد ببغداد في شباط ١٩٨٩ المؤتمر الطبي العربي الخامس والعشرون حول زراعة الاعضاء واصابات الحروب وغيرها من المواضيع المتفرقة .

ان اهمية هذا الموضوع تبدو واضحة من الاهتمام الكبير بنقل الاعضاء البشرية على الصعيد الاقليمي والدولي ، ففي (لاهاي) عقدت جمعية زراعة الاعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام ١٩٧٠ لدراسة مشكلات الموضوع ، كما لم تغفل ذلك منظمة الصحة العالمية اذ جاء في تقرير مديرها العام في الدورة (٧٩) التي عقدت في ٣-١٢-١٩٨٦ ايضا لعضو الاعضاء البشرية (القابلة

(١) يرى الدكتور محمد ايمن صافي كتابه الحديث (غرس الاعضاء في جسم الانسان) ١٩٨٧ ص ٩ .

(ان المقصود بالفرس Transplantation هو نقل عضو سليم من جسم متبرع ، سواء كان انسانا او حيوانا او اي كائن حي ، واثباته في الجسم المستقبل ليقوم مقام المريض في اداء وظائفه)
الا اننا نرى ان هذا التعريف غير دقيق ، لان نقل الاعضاء قد لا يكون عن طريق التبرع (والصحيح الهبة) وانما عن طريق البيع كما يذهب الى ذلك جانب من الفقه المدني ، او بالوصية كما سنرى مفصلا ، ثم ان التصرف القانوني الاول (الهبة) لا يمكن ان تكون من الحيوان لانه عمل قانوني يلزم وجود الارادة الصحيحة لانشاءه وهي غير موجودة عند الحيوانات .

هذا فوق ان نقل العضو قد لا يكون من الكائن الحي وانما من جثة ميت .

كما يعترض الدكتور محمدمامين صافي في (ص ٩) على كلمة زرع الاعضاء ويعتمد ان الكلمة الصحيحة هي (غرس الاعضاء) من الناحيتين اللغوية والعلمية ، الا اننا نرى ان هناك ترادفا في اللفظة بين كلمة (زرع الاعضاء) وكلمة (غرس الاعضاء) ومفهوم (نقل الاعضاء) بدليل ان الفقه المدني والمنظمات الاقليمية والقوانين الوضعية تستخدم مصطلحي زرع الاعضاء ونقل الاعضاء للدلالة على معنى واحد هو غرس الاعضاء في الجسد .

(٢) طالعنا الصحف في ايلول ١٩٨٨ ان هناك بعضا من التجارب الطبية على امكانية اجراء نقل الدم من الارانب الى البشر بعد اجراء بعض الاعمال الطبية على الدم . الا ان هذا العمل الطبي لم يتعد مرحلة التجارب الطبية الاولى التي لم يؤكد نجاحها بعد .

لنقل) طبيا التي ثبت نجاحها فعلا وقضية التكاليف الاقتصادية وبعض الاسس الاخلاقية المتعلقة بنقل الاعضاء . كما تم في اجتماعات اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب الخاصة بنقل وزراعة الاعضاء الجسمية للانسان التي عقدت للفترة من ١٦-١٨/٢/١٩٨٦ اعداد مسودة (مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الاعضاء البشرية) .

وبتاريخ ١١/٢/١٩٨٨ انتهت في جدة بالمملكة العربية السعودية اجتماعات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي فأصدرت توصياتها بشأن اطفال الانابيب والحكم الشرعي منها وموقف الشريعة الاسلامية من اجزة الانعاش المركزة وتحديد زمان الموت من الناحيتين الطبية والشرعية وقضية انتفاع الانسان باعضائه او باعضاء انسان اخر (حيا كان ام ميتا) ومسألة تأجير الارحام تحصل في الدول التي لا تقبل وزنا للانساب .

انسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء اكان متصلا به ام انفصل عنه وان الدم يعتبر من اعضاء الانسان المتجددة) .

ولم يوافقهم على هذه التوصية الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون فيري عدم صواب اطلاق لفظ العضو على الدم وان كان متجددا ، ويستترشد ، للدلالة على صحة رايه ، بالقاموس المحيط الذي يعرف العضو بأنه (كل لحم وافر بعظمه) وبالعجم الوسيط ان العضو جزء من جسد الانسان كاليدين والرجل والانف ومثله هذا في معاجم اللغة الفرنسية والانجليزية .

كما انه ليس هناك ادنى شك في ان الاعتداء على الدم البشري (وهو جزء من الجسم) انما يشكل اعتداء على الحق في صحة وسلامة الجسد وخرقا لمبدأ التكامل الجسدي للانسان ما لم يحصل نقل الدم برضا الشخص الصحيح وبما لا يتعارض وسلامة الصحة والبدن . كما سنبين ذلك .

ومن الاعضاء البشرية القابلة للنقل والغرس ايضا (نقل القلب) والتي ثبت نجاحها منذ عشرين عاما حين قام الطبيب المشهور (كريستيان برنارد) بعملية زرع القلب ونقله من جسد شخص تعرض لحادث دهب الى اخر في احدى ولايات جنوب افريقيا وكذلك الكبد والبنكرياس بالنسبة للمرضى المصابين بمرض السكر والقرنية والكلية ونخاع العظام والاعضاء المزدوجة (متلة القلب والرئتين) والاذن وزرع الجلد لغراض عمليات التقويم او التجميل^(١) ، اما الاعضاء الاخرى كالعمود

(١) جرت اول محاولة القلب على الحيوانات من الطبيب شاموي عام ١٩٥٩ وفي عام ١٩٦٤ جرت في امريكا زراعة قلب حيوان في جسد انسان وفي عام ١٩٦٧ نجم الدكتور برنارد في اجراء عملية ناجحة مشهورة لزرع القلب بين البشر ثم تلتها عمليات ناجحة ، كما نجم فريق الطبيب العربي مجدي يعقوب في زراعة الكتلة المزدوجة عام ١٩٨٦ .

ولم يستقر الرأي الطبي على زراعة الكبد الا في عام ١٩٨٣ لصعوبة هذه العملية ولان معدل نجاحها على =

الفكري والمخ والمثانة والمعدة والرحم وغيرها فهي اما مستحيلة او شبه مستحيلة على السنوات القادمة او لم يثبت نجاحها لا على الحيوان ولا على البشر بصورة مضمونة .

غير ان هناك بعض المعلومات الحديثة تفييد بإمكانية استئصال نصف أدمغة الاطفال دون ان يؤثر ذلك على حياتهم الطبيعية وهي عملية تعرف بـ(استئصال نصف الدماغ) وهذه العملية الجراحية نادرة لمرض نادر عصبي المنشأ يعرف بـ(الموثق العصبي) وهو النسيج الضام الدقيق الذي يشد عناصر النسيج العصبي الرئيسة في الدماغ والحبل الشوكي وهذا المرض لا يعالج بأي نوع من انواع الادوية او المعالجات الطبية الاخرى ومن نتائجها التي تنعكس على جسم الانسان الاصابة بالذبحة القلبية وانجاب النساء اطفالا غير طبيعيين واضطرابات اخرى في مختلف انحاء الجسد . وقد استغرقت عملية استئصال نصف الدماغ للطفلة (مارندا) عام ١٩٨٥ عشر ساعات وهي تحيا حياة طبيعية وقد اجري معظم هذه العمليات الدكتور (بن كارسون) رئيس قسم الجراحة في المركز للاطفال في مستشفى جون هوبكنز في مدينة بالتيمور .

ومن المعلومات الطبية الحديثة في ميدان زرع الجلد البشري ، هو زراعة الجلد في انايب الاختيار بالمعامل لمعالجة الحروق والتشوهات والمرض وقد جرت التجارب الطبية عليه بدلا من التجربة على الحيوانات بالنسبة لاثر المساحيق والمواد الكيماوية ، فقد توصل الباحثون الى زراعة طبقات البشرة العليا والسفلى وتعد الولايات المتحدة وفرنسا من اسبق الدول بهذا المجال بينما ما تزال بريطانيا في مرحلة التجارب الطبية بالنسبة للجلد البشري الصناعي .

= الاطفال بنسبة ٧٥٠٪ واجرت المستشفيات البريطانية عام ١٩٨٨ عمليات ناجحة لزرع الكبد على الاطفال اما الكلية فيعود تاريخها (تاريخ زرعها في الجسم البشري) الى عام ١٩٥٤ وهي من العمليات الطبية الناجحة الا ان المشكلة تكمن في مصادر الحصول عليها اذ ان نسبة ٦٠٪ - ٩٠٪ من عمليات نقل الكلى تكون من الاموات الا ان نسبة نجاحها بين ٩٧٪ - ٩٨٪ اذا كان مصدرها من الاحياء ومن اقرباء المريض كما لوحظ ان نسبة ٨٥٪ ن المتنازليين عن الكلية هم من الامهات .

اما غرس البنكرياس(المعثة) فيعود لعام ١٩٦٦ للتغلب على داء السكر ففي هذا العام نجحت عملية الغرس بين البشر وكذلك يغرس نخاع العظام للتغلب على مرض سرطانات الدم Leu Kamia ويعود تاريخ زرع الرئة الى عام ١٩٨٦ بينما يعود غرس وترقيم الجلد الى عام ١٨٦٩ ونجحت في مصر بعد حرب اكتوبر وفي العراق اثناء وبعد الحرب العراقية الايرانية على ايدي اطباء عراقيين اكفاء .

راجع : الدكتور احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - ١٩٨٣ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

الدكتور ص ٢٢٢ ، ٢٢٢ ص ، ٢٥٠ ص ، ١٣٣ .

الدكتور حسام الاهواني - المشاكل القانونية التي تشيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية - مطبعة عين شمس ١٩٧٥ ، ص ١٣ ، ص ٨ ، ص ٦ .

تقرير الدورة ٧٩ للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية المنعقد في ٣-١٢-١٩٨٦ ، ص ٢-٦ .

مجلة علوم العدد ٣٦ ، السنة ٥ ، ١٩٨٨ ، ص ٧ .

٣- فكرة البحث :

تنصب فكرة البحث الاساسية على حماية الحقوق للصيقة بشخص الانسان والذي يتمثل بـ(حق الانسان في التكامل الجسدي) وسلامة حياته وصحته وجسده التي يضمنها اما القانون المدني او القوانين الاخرى . واذا كانت القوانين تحمي هذه الحقوق فهل ان اعضاء الجسم البشري تخرج بطبيعتها من دائرة المعاملات المالية ام ان للشخص حرية التصرف القانوني بأعضائه البشرية وبأجزاء من جسده ؟

ثم ان محل الالتزام في التصرف القانوني يلزم ان تتوافر فيه بعض الشروط المتعارف عليها اما فقها(الفقه الاسلامي) او قانونا فهل تنطبق هذه الشروط على الاعضاء والاجزاء البشرية وماحكم عدم توافرها ؟ فالدم في الفقه الاسلامي مثلا لا يصلح للتعامل لانه مال غير متقوم ومحرم التعامل به وهو من الناحية العملية يضر بسلامة صحة الانسان عند من جسد شخص لآخر الا وفقا للشروط الطبية والاجراءات الدقيقة في الفحص وتوافق الفصلية وغيرها فهل يحق للشخص ان يهب كمية من دمه حتى وان اضر هذا التصرف بصحته ؟ وما حكم عمل المستشفى التي تقبل مثل هذا العمل ؟ وهل تعتبر مرتكبة للخطأ المشترك مع المتصرف ؟

ان من الافكار الاساسية الاخرى في هذا البحث هو البحث عن مدى جواز التصرف القانوني بأعضاء الانسان او ببعض الاجزاء من جسده وما اذا كانت تصلح محلا للبيوع او الهبة او الوصية وكذلك الوقوف على الحكم الشرعي والجانب الاخلاقي من نقل الاعضاء وغرسها طبقا لقواعد الفقه الاسلامي والقانون المدني والتشريعات الطبية .

ولا شك ان موضوع (غرس الاعضاء البشرية) والتصرف القانوني بهذه الاعضاء يخض (صحة الرضا من المتصرف Le donneur وفكرة القبول بالمخاطر الناجمة عن ذلك Le consentement de la victime سواء في البعض من اجراء الانسان او بكل الجسم اثناء الحياة وبعد الوفاة . ثم موقف(القاعدة الاخلاقية من الالتزام المدني) . لان الالتزام المدني قد يقوم على قاعدة اخلاقية اي اساس اخلاقي مقبول كالتضحية وكران الذات والايثار وقد تتعارض القاعدة القانونية مع اساس الاخلاقي كفكرة السقوط لمضى المدة المانعة من سماح الدعوى (التقادم المسقط) وفكرة اخذ الفائدة القانونية عند التأخير في دفع مبلغ القرض او التعويض .

ففي مجال عمليات غرس الاعضاء البشرية يلزم منا الاشارة الى اساس الاخلاقي للالتزام المدني من المتصرف بالجزء او العضو البشري ، وعلى سبيل المثال هل يمكن المساواة بين التزام المتصرف البائم لجزء من جسده كالدوم مع موقف الام عن هبة الكلية لابنها ؟ فالام حين تهب

كليتها تندفع الايثار والحب والتضحية ونكران الذات وهي قاعدة اخلاقية فيكون التزامها صحيحا ومشروعا حين يرد هذا التصرف على عضو من اعضائها لرجحان المصلحة (انقاذ حياة ابنها) على الخطر الذي يلحق بها وهو (المساس بسلامة جسدها) فالباحث الدافع لهذين الالتزامين المدنيين مختلف تماما وان كانت النتيجة واحدة .

ولما كانت فكرة البحث الاساسية تنصب على التصرف القانوني بالاعضاء البشرية او اجزاء الجسم البشري ، فان طبيعة البحث تلزم التعرف على (مفهوم التصرف القانوني) لغرض تحديد المراد التصرف القانوني بالاعضاء البشرية .

مفهوم التصرف القانوني :

يراد بالتصرف القانوني هو الارادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني سواء تم التصرف بارادتين ام بارادة منفردة وهو بذلك يختلف عن العمل المادي الذي هو واقعة قانونية يرتيم القانون عليها اثرا^(١) ، نافعة كانت ام ضارة ، كالاثر بلا سبب والعمل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية) . والاعمال القانونية هذه يطلق عليها في الفقه الاسلامي بـ(التصرفات الشرعية القولية) التي قد تكون انشاءات او اسقاطات ، ومن الانشاءات ما تكون بارادتين او بارادة واحدة . وسنعود لهذا الموضوع مفصلا .

٤- مصادر الحصول على الاعضاء البشرية :

ان الاعضاء او الاجزاء التي يراد غرسها في الجسم البشري اما ان تكون (طبيعة) تنقل من شخص حي او من جسد ميت ، او ان تكون اصطناعية .

(١) انظر حول فكرة التصرف القانوني (المصادر الارادية للالتزام المدني) والواقعة القانونية (المصادر غير الارادية للالتزام المدني) المراجع التالية :

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - التصرف القانوني والواقعة القانونية - محاضرات على طلبة الدكتوراه ، ١٩٥٤ ، ص ٢٠٤ .

الاستاذ الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي - ج ١ ، مصادر الالتزام (المصادر الارادية) جامعة الكويت ١٩٨٢ ص ٢٣١ وما بعدها .

ومن الجدير بالذكر ان المواد (١٣٨٣ و ١٣٨٤) من قانون نابليون قد عدلت اعتبارا من ميسان ١٩٨٧ انظر احدث التعديلات على القانون المدني الفرنسي في :

وانظر في خصائص العمل القانوني وتمييزه عن العمل المادي :

خليك جريج - النظرية العامة للموجبات - ج ٢ - ١٩٥٨ ص ٣-٤ .

د . جورج سيوفي - النظرية العامة للموجبات والعقود - ج ١ مصادر الموجبات - بيروت ١٩٦٠ ، ص ٢٣ وما بعدها و ص ٣٥٩ وما بعدها .

انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١ ، ١٩٥٤ ، ص ٧٢ وما بعدها .

ولكن من الحالتين صعوبات كبيرة ومشكلات قانونية وفنية من الناحية الطبية .

اذ ان احدى اهم العقابات في ميدان نقل الاعضاء هو كيفية الحصول عليها .

فالى جانب المشكلات الطبية الدقيقة اللازمة لنجاح عملية الغرس ، توجد صعوبات كبيرة في الحصول على الاعضاء البشرية من اجساد الموتى . اذ لم يتم الاتفاق على وضع معيار ثابت للموت من الناحيتين الفقهية والطبية لا سيما بعد انتشار وتطور وسائل الطب الحديثة . كما سنتين ذلك .

كما ان الحصول على هذه الاعضاء من جسم الانسان الحي اثناء الحياة من المسائل التي تحتاج الى التثبت من صحة رضا الشخص والوقوف على تحديد نوع العضو المراد نقله من الجسد والبحث في شرعية الاتفاقات الماسة بالجسد وغياها .

ومن جهة ثانية ان حوادث السيارات والاصابات الجسدية المميتة وغير المميتة وانتشار الامراض وغيرها من الاسباب ، دفعت رجال القانون والطب الى التساؤل عن مدى امكانية الاستفادة من بعض اعضاء الاحياء المصابين بمثل هذه الحوادث مثلا او من الاموات او من جرحى الحرب او الجثث المجهولة لصالح الاحياء المحتاجين لاطالة الحياة ورفع الالم او الحد منه لاسيما وان الفقه الاسلامي اجاز نقل عضو من جسم ميت الى جسم انسان حي بقرار هيئة كبار العلماء بالرياض بقرار المرقم ٩٩ في ٦-١١-٢٠١٤ هـ .

ثم ان التطورات العلمية في نطاق علم الطب والجراحة والتكنولوجيا اوجد ما يسمى بـ(قطع غيار لجسد الانسان) من الاعضاء الطبيعية والاعضاء الصناعية . الا ان النوع الاخير هذا يتميز بأن تكاليفه باهظة من الناحية الاقتصادية وغير ممكنة من الجانب البيولوجي فهي عاجزة عن اداء وظيفة الاعضاء نفسها الطبيعية فضلا عن ان امر تنفيذها كبدل كلي عن الاعضاء الطبيعية امر مشكوك فيه في المستقبل القريب^(١) .

(١) جرت في عام ١٩٧٩ عملية زرع قلب صناعي في صدر ماعز ومن ثم في صدر طبيب الاسنان(كلارك) ويعود تاريخ القلب الصناعي لعام ١٩٥٧ حين قام الاستاذ (كولف وزميله) بغرس قلب بلاستيكي في صدر كلب ثم في عام ١٩٦٩ في صدر انسان الا انها لم تكن محاولة قانونية لمخالفتها لقواعد اجراء التجارب الطبية .

ويقصد بالكلية الصناعية (جهاز تنقية الدم صناعيا) ويسعى العلماء في اليابان تصنع كبد بلاستيكي الا اننا لم نعثر على حالة زرع كبد صناعي في جسم الانسان .

حول الاعضاء الصناعية كبدل للاعضاء الطبيعية انظر :

الدكتور محمد ايمن صافي - المرجع السابق - ص ٢٢٢ ، ١٩٦٠ .

الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ٨ .

ه- مبدأ حرمة جسد الانسان (الحق في التكامل الجسدي) او (معصومية الجسد) :

لاشك في ان الشريعة الاسلامية تحرص على مبدأ التكامل الجسدي فحرمت الزنا والاجهاض والاعتداء والضرب والجروح والايذاء واوجب المداواة وعدم اهمال الجروح لضمان سلامة البدن . فحماية الكيان البدني للانسان واضحة في مواجهة الغير ومن الشخص نفسه كعدم جواز الانتحار او الشروع فيه لتعلق حق الله وحق العبد على الروح والجسد .

وما بلغته الشريعة الاسلامية في ميدان حرمة جسد وروح الانسان لم تبلغه ما سبقتهما من القوانين ، وان كان القانون الروماني لم يغفل هذا الامر حين عد جسم الانسان اسماً من الاموال حيث جاء في مدونة جستنيان ما يأتي : (لايعد احد مالكا لجسده او لاجزاء جسمه) وبالتالي فان جسم الانسان لايدخل في دائرة المعاملات المالية ثم تأكد ذلك في قانون اكويليا سنة ٢٨٧ ق.م (١) .

ان موضوع عمليات زرع الاعضاء البشرية يخص مبدأ حرمة جسد الانسان اي الحق في التكامل الجسدي وعدم جواز المساس بسلامة حياة الانسان اي تعطيل جميع وظائف الجسم او بعضها كالمساس بسلامة سلامة الكيان البدني للشخص .

فالاجماع منعقد فقها وقضاء في فرنسا على تجريد رضاء المجني عليه من كل قيمة كسبب لابطاح الاعتداء على الحق في سلامة الجسم الا ان للفقه والقضاء في المانيا وايطاليا مذهباً مختلفاً اذ لرضاء المجني عليه قيمة محدودة في ابطاح فعل الاعتداء على سلامة الجسم وان كان الاصل ان يتجرد من هذه القيمة (٢) .

(١) انظر الدكتور رمضان ابو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - ج٢ - النظرية العامة للحق - بيروت ١٩٨٣ ص٥٠٧ - ٥٠٨ .

ان حماية جسد الانسان وسلامة الحياة نصت عليها التشريعات القديمة ولا سيما ما يخص مسؤولية اطباء عن اخطائهم المدنية ، فلم يفصل شريعة حمورابي (المواد ٢١٨ - ٢٢٠) . كذلك الحال عند الاغريق .

عبدالسلام التونسي - المسؤولية المدنية للطبيب - ١٩٦٦ ، ص٣٣ وما بعدها .

د . محمود نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - لسنة ٢٩ - ١٩٥٩ ص٥٣ .

(٢) د . محمود نجيب حسني - البحث السابق - ص٥٣٧ وما بعدها .

يذكر الدكتور مقدم السعيد في مؤلفه (التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية) ، ط١ ، ١٩٨٥ ص١٩٠ - ١٩١ بهذا الخصوص ما يلي : (ويلاحظ ان مسألة الضرر المعنوي المترتب على الاعتداءات الواقعة على الحياة او على سلامة جسم الانسان تعتبر مسألة ذات اهمية بالغة وحساسة ، اذ ان التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات جائز في نظر غالبية البعض ، ومنها ، التعويضات الممنوحة للتخفيف عن الالام الجسمانية المترتبة على وقوع الحادث الجسmani) .

ان العلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم وطيدة فالاعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية تعطيلاً جزئياً في المساس بسلامة البدن بينما تتعطل جميع وظائف الجسد في الاعتداء على الحياة ، ومن امثلة الاعتداء على سلامة الجسد توجيه اشعة تحدث اختلالاً في وظائف اجهزة الجسم الداخلية ومن يتصل جنسياً مع امرأة فينقل اليها مرضاً مصاباً به كالسفلس او الزهري او الايدز فيعد مساساً بسلامة جسدها ومن يجعل امرأة تحمل منه وهو يعلم ان الحمل يؤدي صحتها وغيرها .

والواقع ان الصحة العضوية للجسد والصحة النفسية والعقلية للانسان والمساس بسلامة حياة وجسد الشخص هي متكاملة ولا يشترط الاصابة البدنية المادية لكي يعد الشخص متضرراً من خرق قاعدة عدم جواز المساس بسلامة الكيان البدني ويكفي حتى مجرد الاضرار المعنوية ، حتى يثبت له الحق في سلامة صحته وجسمه فالعلاقة كبيرة بين الصحة النفسية والعضوية . فاطلاق النار على شخص لا بقصد ازهاق روحه او ايذائه وانما بهدف التخويف هو مساس بسلامة الصحة ويستحق التعويض عن الضرر المعنوي الذي اصابه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لانه مساس واضح بمبدأ التكامل الجسدي (١) .

اما عمليات زرع الاعضاء البشرية او المعالجة الطبية الجراحية او غيرها فهي وان كانت مساساً بالجسم الا انها تعد من اسباب الاباحة (المادة ٢/٤١ عقوبات) التي تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية اذا اجريت طبقاً للضوابط الفنية والقانونية ، لان المساس بسلامة الجسد من اجل صيانتهم وحفظه من الامراض لا يعد مساساً ضاراً او تعطيلاً لوظائف البدن . علماً ان القانون لايعتمد برضاء الشخص في جرائم الاعتداء على الحياة او الجسم ولا يشتم للجاني انه قام بالفعل برضاء المصاب (٢) .

كما ان تأديب الزوج لزوجته المادة (١/٤١) والالعاب الرياضية الخطرة المنصوص عليها في (٣/٤١) وان كانتا تسلمان سلامة الكيان البدني الا انهما من اسباب الاباحة اذا كانتا في حدودهما القانونية ونحت نعتقد بضرورة الغاء هذه النصوص التي تتعارض مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان .

(١) يذكر الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسني في بحثه المشار اليه (ص٥٤٦ - ٥٤٧) مستشهداً ببعض المراجع الاجنبية ما يلي : (وفكرة الالم لا تقتضي بلوغ الشعور بعدم الارتياح قدراً كبيراً من الجسامة ، بل ان اي قدر من هذا الشعور واو كان ضئيلاً يتمثل فيه الاعتداء على الحق في سلامة الجسم منظوراً اليه من هذه الوجهة الشخصية . وعلى هذا النحو يتحقق هذا الاعتداء بقذف جسم المجنى عليه بكمية من الماء ، قدراً كان او نظيفاً كانت الكمية كبيرة ام ضئيلة ولو كانت مجرد رذاذ ، كما يتحقق الاعتداء من باب اولي بالبيصق في وجهه) .

(٢) د . محمود محمود مصطفى - مسؤولية اطباء والجراحة الجنائية - القانون والاقتصاد - السنة ١٨ ، ١٩٤٨ ص٢٨٠ .

والحق في سلامة الحياة والبدن ترد على الجسم البشري الحي ، اما جسد الشخص الميت فان حماية الجثة تعطلت وظائفها انما يخضع لاعتبارات اجتماعية في صون كرامة جسد الانسان الادمي من العبث بالجثة ومراعاة لشعور اقرباء الميت^(١) .

والخلاصة فان المقصود بالحق في سلامة الجسم هو(مصلحة للمجتمع والفرد يقرها الشارع ويحميها في ان تسيير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وفي ان يحتفظ بتكامله وان يتحرر من الالام البدنية)^(٢) . سواء اكان هذا المساس بسلامة الاعضاء الطبيعية ام الاعضاء الصناعية بالنسبة المشخص الذي يستخدمها كالاطراف والاسنان او العين .

كما ذهب جانب كبير من الفقه المدني الفرنسي الى ان جسم الانسان له حرمة مطلقة فلا يجوز المساس به ، ماديا كاحداث العاهة او الايذاء او الضرب او الجرح ، ولا معنويا باحداث الالام المستقلة عن الضرر الجسدي او المقترنة معه ، من اجل ان يقوم الجسد بدوره في الحياة وممارسة جميع وظائفه الطبيعية .

ويرى الاستاذ كاربونية JEAN CARBONNIER ان حرمة جسم الانسان تبرر رفض اي مساس بسلامة الجسم او الخضوع للتجارب الطبية او العمليات الجراحية فهو حق من الحقوق الشخصية^(٣) . والى هذا المعنى ذهب فقهاء اخرون^(٤) .

الا ان هذا الموقف لا يمكن التسليم به كليا لان رفض الشخص معالجة جروحه ومداواة صحته قد يؤثر على حقوقه في انقاص مقدار التعويض عن الفعل الضار لاحتمال تفاقم الضرر بخطأ منه لاهماله المعالجة ، كما ان الشخص قد يكون مصابا بمرض خطير كالايذخ او السفلس وعليه ان يخضع للمعالجة من اجل مصلحة المجتمع .

ويرجع الاساس في الاعتراف للانسان بالحقوق العامة للصيقة بشخصه الى مدرسة القانون الطبيعي التي اثرت في الفقه الفرنسي وعلى القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) والتي ترى ان الانسان يولد حرا ومتمتعاً بحقوق طبيعية بفطرته الانسانية وهي حقوق اساسية كالحق

(١) انظر المادة (٣٧٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ والمعدل التي نصت على معاقبة الاشخاص الذين ينتهكون حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجنائز والماتم . وراجع : د . مقدم السعيد - التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - ١٦ ، ١٩٨٥ ، ص ٢٠٤ .

(٢) د . محمود نجيب حسني - المبحث السابق - ص ٥٧١ .

(3) JEAN CARBONNIER DROIT CIVIL (INTRODUCTION LES PERSONNES) - PARIS 1982 PP. 235 - 235.

(4) BERNARD TEYSSLE - DROIT CIVIL - LES PERSONNES - PARIS - 1981 - PP. 14-16.

BORIS STARCK - DEOIT CIVIL - (INTRODUCTION) - PARIS - 1972 PP. 79-81.

في الحياة والحق في الاسم والحق على جسده ، ثم استقر هذا الاعتراف بهذه الحقوق في كثير من دساتير العالم واعتبرت من جملة مبادئ الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن لعام^(١) . كما جاءت اتفاقية جنيف بشأن معاملة اسرى الحرب المؤرخة في ١٢ - ٨ - ١٩٤٩ صريحة في التأكيد على مراعاة حقوق الانسان الاساسية ومنها حقه في حرمة جسده وتكامله البدني (المادة ٣)^(٢) .

كما تحظر المادة ١١ من البرتوكول الاول الاضافي الى اتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧ والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة والمادة ٥ من البرتوكول الثاني لذات العام المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية اي تدخل بالصحة والسلامة البدنية والعقلية للاشخاص الذين هم في قبضة الخصم او المحتجزين او المعتقلين او المحرومين من حرياتهم وجاءت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية او المهينة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ - ١٢ - ١٩٨٤ ودخلت حيز التنفيذ في ٢٦ / حزيران / ١٩٨٧ بالقرار رقم UNDOCRES/39-46 ANNEX .

مبدأ التكامل الجسدي في القوانين المدنية :

يدخل هذا المبدأ ضمن الحقوق غير السياسية التي يطلق عليها بالحقوق المدنية Droits Civils وهي على نوعين : اما ان تكون حقوقا عامة او حقوقا خاصة . والحقوق العامة Publics Droits هي الحقوق التي تثبت للانسان لصفته الانسانية ، تولد معه وتظل لصيقة به ، وتستمد اصولها من ضرورة حماية الشخصية الانسانية في مظاهرها المختلفة ويطلق عليها (حقوق الانسان الاساسية) كحقه في المحافظ على سلامة صحته وجسده وصيانتته من اي اعتداء يصدر من الغير وواجب السلامة من الشخص نفسه لان جسد الانسان ليس من الاشياء وهو يخرج عن دائرة التعامل المالي وأي اتفاق يكون محل جسم الانسان او صحته يكون باطلا اذا كانت تستهدف معالجة المرض او المحافظة على الجسم مثلا(عقد العلاج الطبي) ومن هذه الحقوق ايضا حق الانسان في سلامة كيانه الادبي كالسمعة والشرف والاعتبار^(٣) .

(١) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال - النظرية العامة للقانون - الدار الجامعية ١٩٨٧ ص ٢٢٤ . BERNARD TEYSSIE - DROIT CIVIL - OP. CIT. P. 16.

ويلاحظ ان للمجتمع حق على جسد الانسان وهو يؤدي وظيفة اجتماعية فلو كان احد الاشخاص مصابا بمرض خطير يعدي الاخرين كالقوليرا او الايدز الا يكون من حق المجتمع التدخل لاجراء كل ما هو لازم لحماية المجتمع من انتشار المرض كالتلقيح او الحجر او اجباره على اجراء الفحوص الطبية؟!

(٢) نصت المادة ١/٣ من الاتفاقية على حظر : (١- اعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الاخص القتل بكل انواعه وبتر الاعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب) .

(٣) الدكتور بدر جاسم اليعقوب - اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ١٦ ، ١٩٨١ ص ١٢١ - ١٢٢ .

اما الحقوق الخاصة Droits Privies فهي الحقوق التي تقرها فروع القانون الخاص كالقانون المدني وهي اما ان تكون حقوقا مالية لانها تخص مصالح مالية للشخص كالحقوق الشخصية (الالتزامات) و (الحقوق المعنوية) والحقوق العينية كحق الملكية وهي تخرج عن نطاق دراستنا لان محل دراستها اما في النظرية العامة للالتزامات او في الحقوق العينية . اما انواع الاخر فيها حقوق الاسرة كانت في الزواج والحق في النفقة وغيرها .

اولا - موقف التشريعات الاجنبية :

نصت المادة من القانون الايطالي على حظر القيام بأي عمل يمس سلامة جسم الانسان الحي اذا كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها وان كان القانون المذكور اياها صراحة (نقل الكلية) وزرعها بين الاقارب من الدرجة الثانية كالحقيقة ، حيث في المادة المذكورة ما يلي :

«اعمال التصرف التي تصدر من شخص متعلقة بجسمه محظورة اذا افضت الى انتقاص دائم في التكامل الجسدي او كانت بوجه اخر مخالفة القانون او النظام العام او الاداب الحسنة» . الا ان فكرة الاداب الحسنة غامضة وواسعة المضمون يمتد نطاقها الى كل القيم التي تعد حمايتها من افعال المساس بسلامة الجسم امرا تقتضيه مصلحة المجتمع فهي اذن مجرد رمز للتعبير عن حق المجتمع في سلامة جسد افراده ولم يجد الفقه والقضاء صعوبة في ان يقرر اعتبار كل الافعال التي تمس سلامة الجسد على نحو يهدر مصلحة المجتمع متناقضة واعتبار الاداب الحسنة^(١) .

كما نصت المادة ١/٤ من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي على انه (يجرم التصرف الذي يواظمه يتصرف شخص في جزء او كل جسمه متى كان يجب تنفيذه حال الحياة وذلك متى كان من شأنه ان يؤدي الى المساس الجسيم والمستديم بسلامة الجسم)^(٢) . وهذا يعني ان التصرف بكل او بعض اجزاء الجسد بعد الموت هو تصرف صحيح .

ثانياً - موقف بعض القوانين المدنية العربية :

اذا كانت بعض القوانين المدنية العربية اغفلت النص على حرمة جسد الانسان والحفاظ على تكامله على نحو ما ذكرته المادة(٥) من القانون المدني الايطالي ، كالقانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ والقانون المدني الكويتي ، فان بعض الاخر من التشريعات المدنية العربية لم تغفل ذلك . فالمادة (٥٠) من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ نصت على ما يلي :«لكل من وقع عليه اعتداء غير

(١) د . محمود نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم - البحث السابق - ص ٥٢٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور احمد محمود سعد - الرجم السابق - ص ٢٠ - ٢١ .

مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض بما يكون قد لحقه من ضرر» . وتبنى القانون المدني الاردني لعام ١٩٧٦ هذا النص حرفيا في المادة(٤٨) .

لان الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية ينتج عنها اضرار مادية ومعنوية يستحق عنها المتضرر التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وهذا التعويض الذي يدغم للمضور من مظاهر الارتقاء بشخص الانسان الا ان النص جاء ناقصا لانه لم ينص على حماية الحياة والجسد من الشخص نفسه وانما من الغير فقط .

ومن البديهي ان قوانين العقوبات لهذه الاقطار وغيرها لم تغفل النص على بيان العقوبات عن الجرائم التي تمس سلامة الكيان البدني بالضرب والايذاء والقتل والاجهاض وغيرها .

كما لم تنص بعض الدساتير العربية على مبدأ التكامل الجسدي وصيانته تأكيدا على حقوق الانسان الاساسية ، بينما ذهبت دساتير اخرى الى النص على بعض قواعد (معضومية الجسد) كالمادة ٤٣ من الدستور المصري التي منعت اجراء اية تجربة طبية او عملية على الجسم الانسان بغير رضائه الحر . ونصت المادة(٧١) من الدستور الجزائري لعام ١٩٧٦ على ما يلي :«يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية او المعنوية للانسان . تضمنت الدولة مساعدة المواطنين من اجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته» .

ثالثا - التكامل الجسدي في التشريعات العراقية :

لم ينص الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ على حظر اجراء التجارب الطبية على جسد الانسان ولا على مبدأ التكامل الجسدي على العكس مما ذهبت اليه دساتير بعض الاقطار العربية كالدستور المصري . ولم نعثر في الدستور العراقي الا على المادة(٢٢) التي لها علاقة بهذا المبدأ حيث جاء فيها ما يلي : (١- كرامة الانسان مصونة ، وتحرم ممارسة اي نوع من انواع التعذيب الجسدي او النفسي) . ولا شك ان التعذيب الجسدي او النفسي له علاقة بمبدأ التكامل الجسدي للانسان وبحقوق الانسان الاساسية .

كما اغفل القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ النص على هذا المبدأ (مبدأ حرمة جسد الانسان) وهو تصور تشريعي حاول المشروع الجديد للقانون المدني ان يسده فجاءت المادة المقترحة (٦٦) تنص على نص عام لم يتضمن حماية الكيان البدني من الغير ومن الشخص نفسه على ما يلي :

«يتمتع الانسان بحقوق تلازم شخصيته كحقه في اسمه ولقبه وصورته وحريته وسلامة جسمه وشرفه وكرامته وسمعته وحفظ اسراره» .

- الفصل الاول - بيع الاعضاء البشرية .
- الفصل الثاني - هبة الاعضاء الادمية .
- الفصل الثالث - الوصية بالاعضاء البشرية . .

ونشير بذه المناسبة ان تعليمات السلوك المهني للاطباء لسنة ١٩٨٥ اوضحت بعض مظاهر حرمة جسد الانسان حين حضرت اجراء التجربة الطبية على المريض واعتبرته عملا جنائيا ما لم تكن للاعراض العملية البحثية وفي مراكز بحث علمي او في معاهد علمية تعليمية . الا ان هذه التعليمات جاءت متناقضة مع قواعد اجراء التجربة الطبية (قواعد هلسنكي لعام ١٩٦٤) على نحو ما سنبينه في مجال بحثنا عن (المسؤولية المدنية عن التجربة الطبية) .

ويلاحظ ان قانون العقوبات العسكري وان لم ينص على مبدأ التكامل الجسدي صراحة الا انه يعاقب اي شخص يلحق الاذى بسلامة جسده تهربا من الخدمة العسكرية وهذا تأكيد على مبدأ حرمة الجسد وعقاب على من يريد التخلص من شرف الجندية وحماية الوطن كقطع الاصابع او الاضرار بالاطراف او العين . كما ان قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل يعاقب على المساس بسلامة الجسد كاحداث العاهة المستديمة او الاذى او الاجهاض او غيرها .

وفي هذا السياق نشير الى ان من حالات حرمان العامل من التعويض والمكافأة : حالة ثبوت تعمد العامل اصابة نفسه وحالة حدوث الاصابة بسبب سوء السلوك الفاحش والمقصود من العامل المصاب . فاذا تعمد اصابة العامل لروحه او جسده لا يستحق التعويض ولا المكافأة المقررة قانونا في قانون العمل ولا اهمية للباعث على الاصابة البدنية العمدية فقد يكون الانتحار او الرغبة في الحصول على الاجازة المرضية او غيرها ولكن الشرط الاساس هو سوء النية وهو اتجاه النية قصدا او تحايلا للاضرار بالنفس بازهاق الروح او اذى الجسم .

٦- خطة البحث :

يتمثل التصرف القانوني في الاعضاء البشرية بالبيع والهبة والوصية والوقف والمقايضة ، اي ان موضوع غرس الاعضاء البشرية لابد ان يقع بعمل قانوني يصدر من ارادتين لاحداث نتيجة قانونية او بعمل قانوني مصدره ارادة واحدة لاحداث اثر قانوني معين .

ولا يمكن ان نتصور وجود بعض التصرفات القانونية على الاعضاء البشرية لاستحالة التصرف بصورة مطلقة في هذا المجال كالرهن والايجار والاعارة والوديعة وسواها ولهذا فهي تخرج عن نطاق دراستنا . كما نستبعد من الدراسة موضوع الاعضاء الصناعية الا بقدر تعلق المسألة بفكرة حرمة جسد الانسان وعدم جواز المساس بالتكامل الجسدي على نحو ما اوضحناه سلفا ولعدم وجود المشاكل القانونية الناجمة عن هذا النوع من الاعضاء .

بناء عليه فان دراسة هذا الموضوع ستنحصر في الاعضاء والاجزاء الطبيعية البشرية ولا بد من تقسيم هذا الامر على ثلاثة فصول :

الفصل الاول

بيع الاعضاء البشرية

الاصل في العقود سيادة مبدأ الرضاوية اذ يكفي لانعقاد العقد وجود التراضي الصحيح والمحلى والسبب ، في عقد البيع او في عقد المقيضة او في عقد الهبة او غيرها وهذا هو المبدأ العام .

ويراد بوجود التراضي الصحيح ، صيغة العقد الدالة على وجود الرضاء عند المتعاقدين وخلق الارادة لكل منهما من العيوب لصدور العمل القانوني في الايجاب والقبول من شخص اهل للتصرف . والتعبير عن الارادة بوجود الرضاء عند الطرفين قد يكون لفظاً (مشافهة) او بالكتابة او الاشارة او عن طريق السكوت الملايس^(١) عند التعبير عن الارادة من القابل . (المادة ٧٧ والمادة ٧٩ من القانون المدني العراقي) .

(١) السكوت المجرى (البسيط Simple silence) هو السكوت اليسير الخالي من اية ظروف محيطه به لا يمكن قطعاً ان يعد تعبيراً عن الارادة بوجود الرضاء عند الموجب او القابل لانه محض وضع سلبي وعدم وعدم لاينتج شيئاً ولان القول بخلاف ذلك مشقة وجرح على الناس . وعنه قال الامام الشافعي قاعدة (لاينسب اني ساكت قول) وبه اخذت المجلة في المادة (٦٧) وعليها نصت المادة ٨١ من القانون المدني العراقي والمادة ٣٢١ من المشروم المدني الجديد . اما اذا احاطت ظروف ملايسة بالتصرف القانوني من طرف القابل (اي في الشق الثاني عند التعبير عن الارادة بحالات محددة عندها يكون السكوت الملايس صيغة دالة على وجود الرضاء وهو ما عبر عنه الامام الشافعي قائلاً : «ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) والى هذا ذهب الكثير من القوانين المدنية الوضعية منها الفقرة ٢ من المادة ٨١ من القانون المدني العراقي . والسكوت الملايس يختلف عن السكوت الموصوف الذي يحدده القانون حيث يفرض التزاماً ويختلف عن التعبير الضمني الذي هو موقف ايجابي يصلح صيغة للعقد في الايجاب والقبول معا . وفيما يخص بيع الاعضاء الادمية ، ان التراضي مسألة ضرورية جدا للحصول على الاعضاء من الشخص المراد نقل العضو منه لزرعها في جسد اخر محتاج له . فهل يمكن اعتبار السكوت صالحاً كصيغة لعقد البيع ؟! ذهب القضاة الفرنسي والفقهاء الفرنسي كذلك ، ان عدم رضاء المريض بالعلاج الطبي يعرض الطبيب لتحمل جميع المسؤولية الناتجة عن الاضرار الواقعة بفعل العلاج وان خطأ الطبيب هذا يعد عملاً غير مشروع (فعل ضار) . وهذا الموقف انتقدته البعض الاخر مدعين ان فيه نغالة برضاء المريض يتنافى والمقاصم النبيلة للطلب وهو الاتجاه الحديث للمحاكم الفرنسية واقتصر الرضاء ان يكون موجوداً في غير حالات الضرورة . وعبء اثبات ان الرضاء عند المريض كان موجوداً على عاتق الطبيب (رأي سافاتييه) الا انه لا يعتبر مجرد الذهاب للطبيب او الدخول في مستشفى رضاء بكل انواع العلاج التي يراها الطبيب لازمة لحالته ويذهب الاستاذ سافاتييه (المسؤولية المدنية ج٢ نبذة ٨٧٣ ص٣٩٩) الى عدم اعتبار السكوت رضاء بالعملية وان القضاء الفرنسي عمد الى تخفيف عبء الاثبات عن الاطباء والتوسع في فهم القرائن التي يستخلص منها الرضاء تيسيراً لواجب الاطباء واحتراماً لاداء رسالتهم .

د . عبدالسلام التونسي - المسؤولية المدنية للطبيب - ص٣٧٩ ، الا انه ما يلاحظ في مجال غرس الاعضاء =

ومن البديهي ان التعاقد على الاعضاء الادمية ، بوصفها محلاً للعقد عن طريق البيع او المقيضة او الهبة يطرح الكثير من التساؤلات منها موضوع (شروط الالتزام العقدي) كالوجود والتعيين والمشروعية فهل يخضع الجزء والعضو من الادمي لهذه النظرية العامة والشروط المحددة ام ان لمحذ الالتزام العقدي الوارد على الاجزاء والاعضاء البشرية له احكامه الخاصة؟! فالتعامل بالدم مثلاً حرام في الاسلام وهو من الاموال غير المتقومة عند الفقهاء المسلمين فهل يصلح محلاً للتعاقد عليه؟! ثم ما حكم التعاقد بالبييم الوارد على كلية مثلاً ثم تبين انها غير سليمة او لا تناسب جسد المتلقي؟ وهل هناك مسؤولية على الطبيب وهل توجد قواعد لضمان العيوب الخفية؟

اما سبب الالتزام العقدي وفقاً للاسلامي (بعض اراء الفقهاء) وللنظرية الحديثة فهو (الباعث

= البشرية ان التشريعات لكثير من الدول توجب (الرضاء المدون كتابة) لاثبات صحة الرضاء من المتنازل عن العضو والمستقبل والسكوت لوحده حتى وان كان ملايساً لا يصلح كصيغة للعقد (عقد العلاج الطبي) كان يكون المتنازل الوالدة التي تهب كليتها لابها الوحيد . ففي اشتراط الكتابة تبصير الطرفين بخطورة التصرف ودفعاً لعبء الاثبات عن الطبيب بالنسبة لاثبات الرضاء . وللدلالة على ذلك نصت الفقرة (١) من المادة الثانية من قانون عمليات زراعة الاعضاء البشرية لعام ١٩٨٦ ما يلي : (أ- من يتبرع بها او يوصي بها حال حياته شريطة ان يكون كامل الاهلية عند التبرع او الايصال و باقرار كتابي) .

الا ان السؤال الذي يطرح عن عدم مراعاة الطبيب لهذا الاقرار الكتابي واكتفائه بالسكوت الملايس من التنازل؟! هل الشكلية هنا لانعقاد ام لاثبات؟

الاصل العام الرضاوية في العقود ويكفي التراضي لانعقادها الا ان القانون قد يستثنى من هذه القاعدة حالات يتطلب فيها الى جوار التراضي اتباع اوضاع معينة لانعقاد العقد . وهذه هي (الشكلية في القانون الحديث L.A FORME) وهي شكلية حمائية توجبها المصلحة الاتماعية .

فالشكلية اما ان تكون قانونية FORME LEGALE او اتفاقيه . وما يهمننا هنا هي الشكلية التي يوجبها القانون فيكون الرضا مفروضاً في شكل يحدده القانون ويمكن رد هذه الشكلية الى :

١- الرسمية - العقد الرسمي هو العقد الذي يجب ان يبرم امام موظف عام ككاتب العدل وموظف التسجيل العقاري ومدير الدائرة القانونية وغيرهم ومثال ذلك تسجيل التصرفات الواردة على العقار في العراق في العقود والوعد بالتعاقد .

٢- الكتابة - قد يتطلب الشارم شكلية اخرى في بعض التصرفات لكي تنشأ كالشركة والجمعية والهبة بالاعضاء البشرية والوصية بها على نحو ما تقدم . فالهبة والوصية والكفالة وعقد الصلح يلزم لوجودهما الكتابة .

٣- العينة كالاغارة والقرض والرهن الحيازي وتوجب الالتزام بالرد فان لم يتسلم المتعاقد العين كيف يردها لهذا لا تنعقد الا بالتسليم (القبض) .

٤- ويلاحظ ان الكتابة ام لاثبات عند الشك في ذلك في الشكلية الاتفاقيه يكون التفسير لاثبات لا لانعقاد تقليصاً من حالات البطلان .

٥- ونعتقد ان ما ورد في المادة (الثانية/١) عند عدم مراعاة الكتابة لها حكم خاص .

٦- راجع : د . عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - ج١ مصادر الالتزام ٩٨٢ ص٤٣٧ .

الدافع على التعاقد اي الباعث الرئيس المشروع لبناء العقد) . فقد يكون التعاقد على الاعضاء (عقد العلاج الطبي) من التصرفات القانونية المشروع مالاتفاق مع الطبيب على قطع عضو بهدف شفاء المريض وتخليص جسده الاخطار تنفيذا للعقد الطبي المبرم بين المريض والطبيب .

ومن هذه الامثلة في قطع الاعضاء استئصال الثدي المتورم بورم خبيث ورقم الرحم او المبيض منعا لانتشار الورم السرطاني الخبيث او قيام الطبيب بقطع احد الاطراف منعا لحدوث التسمم لباقي اجزاء الجسد . وهذه الاتفاقات المشروع المهدف منها مصلحة الشخص وان كانت ماسة بسلامة الكيان البدني الانسان .

كما ان المقايضة التي تتحقق فيها المصلحة المشتركة لكل من المعطي والمتلقي من الاعضاء المكررة او الاجزاء المجددة كالدماغ هي من الاتفاقات المشروعة .

ولا يشترط لصحة التصرف القانوني من المتصرف في الحالتين كمال الاهلية ببلوغ سن الرشد (١٨ سنة) وسلامة الاهلية من العوارض (كالجنون والعتمة والسفه والغفلة) المؤثرة في قوة الادراك ، لان من الممكن ان ينوب الولي او الوصي او القيم في هذا الحال بل يمكن (في حالة الضرورة) ان يتم العمل الطبي من دون موافقة احد اذا كان ذلك ينفع المريض ويحقق المصلحة الراجحة .

الا ان بعضا من هذه الاتفاقات ليس لها اثار مشروعة فتكون باطلة^(١) ، حتى وان تمت برضاء الشخص المتنازل وهذا الرضاء لا يعفي الطبيب او المستشفى مطلقا من المسؤولية الجنائية

(١) ما حكم اشتراط الطبيب مثلا عدم المسؤولية عن الفعل ورضى المتنازل بذلك سواء عند استئصال القلب من حي او عند القتل بدافع الرحمة؟! ان تعديل احكام المسؤولية في مثل هذه الاحوال اعفاء هو باطل واذا كان القضاء الفرنسي قد ميز بين الاعفاء من المسؤولية العقابية والتقصيرية فأجاز الاعفاء في الاول في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم (٢٥٩/٣ ق.م. عراقى) ولم يجز ذلك في المسؤولية التقصيرية لتعارضها مع لتعارضها مع قواعد النظام العام . «الا ان الاعفاء المسؤولية باطل في المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) اذا كان الاتفاقات مستهدفا الاعفاء من الخطأ العمد او الخطأ الجسيم . فاذا اتفق الطبيب مع المريض او ذوية انه يعفى من المسؤولية في حالة وفاة المريض نتيجة خطأ الطبيب ، فان هذا الاتفاق باطل ، لانه ينطوي على ما يخالف النظام العام ، ولا يختلف الحكم ايضا فيما اذا كان الاتفاقات يستهدف الاعفاء من الخطأ اليسير او التخفيف من مسؤولية الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية التقصيرية لان الاتفاقات الخاصة المستهدفة الاعفاء من المسؤولية او التخفيف منها بما يلحق جسم الانسان من ضرر تعتبر مخالفة للنظام العام» .

د . عبدالسلام التونجي - المرجع السابق - ص ٢٢٤ .

يقول الاستاذ ديموج : (يعتبر باطلا كل اتفاق يتعارض مع سلامة الانسان وحياته) وهذا المبدأ اقره الفقهاء بلانيول وبرير وايسمان والاستاذ سافاتييه .

د . عبدالسلام التونجي - ص ٢٢٤ هامش رقم (٣) .

وانظر راي الاخوان مازو «ان اشتراطات الاعفاء من المسؤولية غير جائزة اذا كانت منصبة على الغش او الخطأ =

والمدينة كالتعاقد على الاعضاء المنفردة كالقلب والكبد والبنكرياس والكلية الواحدة ، وهو اتفاق باطل في اثناء الحياة لانه يؤدي الى الهلاك حتى وان كان الرضاء قد صدر من شخص مريض لايرجى شفاؤه(كالقتل اشفاقا) .

فالانسان لا ولاية له على بدنه الا فيما ينفع لا فيما يضر ومن باب اولى لا ولاية له على حياته او جسده كاملا ثم ان من طبائهم الامور ان مثل هذا العمل لا يصدر الا من شخص غير مدرك لحقيقة الفعل ومن لا ادراك له لا يمكن ان تكون ارادته ملتزمة بشيء ، ولان مناط الالتزام هو وجود الادراك .

غير ان هناك من الاتفاقات ما تكون وسطا بين الاتفاقات الصحيحة والاتفاقات الباطلة ، كالتعاقد على الاعضاء والاجزاء البشرية التي لا تفض الى الهلاك وانما الى العجز الدائم فتؤثر في قدرة الكسب المالي وعلى النشاط في الحياة(١) .

= الجسيم ، وحتى اذا انصبت على الخطأ التافه ، متى كان الضرر ماسا بسلامة الشخص او اعتباره ، كما هي الحال

في الاخطاء الطبية ، لان الاشخاص لا يجوز ان يكونوا محلا للتعاقد» .

613 MAZEAUD (HENRI ET LEON ET JEAN) LECONS DE DROIT CIVIL OPCITP

(١) يراد بالعجز الدائم ، العجز الكلي الدائم او العجز الجزئي الدائم ، وفي الحالتين ان حالة المصاب الصحية لن يطرأ عليها اي تحسن ولن ترد في المستقبل الى حالها السابق بحيث اصبح وضعه الصحي مستقرا وثابتا رغم بذل جميع الوسائل الطبية لعلاج .

د . سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - ص ١٠٦ .

وفي العراق يشترط بقائمة محددة طبقا لقانون الضمان الاجتماعية لبيان درجات العطل العضوي الدائمة الكلية والجزئية الا ان هذه القائمة ناقصة لانها لم يرد فيها بعض حالات درجات العطل العضوي كقطع او نقل الكلية او البنكرياس او الكبد او اصابات العمود الفقري . وطبقا للقائمة المذكورة تحدد درجة العطل والنسبة المئوية له وذلك لاغراض تتعلق بتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه المتضرر حسب درجة العطل ونوع العطل العضوي والنسبة المئوية نذكر سبيل المثال من هذه الحالات التسعة ما يلي :

درجة العطل	نوع العطل العضوي	النسبة المئوية
١- الدرجة الاولى	فقدان اثنين او اكثر من الاطراف	٪١٠٠
٢- الدرجة الثانية	بتر الطرف الاعلى الايمن من الكتف	٪٩٠
٣- الدرجة الثالثة	تشويه فظيع في الوجه	٪٨٠
٤- الدرجة الرابعة	الصمم التام	٪٧٠
٥- الدرجة الخامسة	بتر الطرف الاسفل من تحت منتصف الفخذ او عند او تحتها	٪٦٠
٦- الدرجة السادسة	فقدان بصر عين واحدة	٪٥٠
٧- الدرجة السابعة	فقد ابهام او اربعة اصابع من اليد اليمنى	٪٤٠
٨- الدرجة الثامنة	فقد ابهام او اربعة اصابع من اليد اليسرى	٪٣٠
٩- الدرجة التاسعة	فقد اصابع احدى اليدين	٪٣٠

ان اراء الفقه المدني الفرنسي والمصري والعراقي وكذلك مواقف التشريعات المدنية ، جاءت متباينة من مسألة وجود الاتفاقات الواردة على جسد الانسان فهل يجوز مثلا بيع القرنية او بيع الكلية او بيع القلب او بيع الكبد ؟ وهل يجوز التصرف القانوني بعوض جزء من الجسد او كله بعد الموت ؟

ثم هل تدخل الجثة في الذمة المالية للشخص المتوفي ؟ بحيث اذا تم التصرف بها بيعا يدخل الثمن ضمن موجودات التركة ؟ وهل يحق للدولة ان تتدخل في اعمال بيع الجثث البشرية وما صحت العقود الواردة على بيع الجثث سواء في العقود الوطنية ام تلك التي فيها طرف اجنبي كالحالة المتمثلة في استيراد الجثث للاغراض التعليمية .

والسؤال الاخر الذي يفرض نفسه هو ما مدى حق الاقارب ودرجاتهم في مشاركة الشخص في ولايته على جسده(ضمن حدود الولاية المسموح بها) فهل يحق لهم بيع الجثة بعد وفاة قريبهم ؟ وما حكم الاختلاف بينهم وبين الزوجة التي ترفض البيع ؟

ان هذه الاسئلة تخص كذلك البحث عن القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية ومحاولة ايجاد اسس اجتماعية واخلاقية تنسجم مع هذه التصرفات القانونية ، ولذلك يلزم اولا تعريف البيع وبيان منطقة البيع من التصرفات القانونية الارادية والاعمال المادية .

نصت المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي على ما يلي : (البيع مبادلة مال بمال) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الاسلامي^(١) ، كما بينت المادة ٥٠٧ كذلك بأن : (البيع باعتبار المبيع اما ان يكون بيع العيم بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العيم بالعين وهو المقايضة) .

الا ان الفقه المدني في العراق انتقد هذا التعريف^(٢) ، فالتعارف هي من عمل الفقه المدني لا من وظيفة المشرع ما لم تقتض ذلك مصلحة تشريعية ولان البيع هو عقد ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري لقاء مبلغ من النقود يكون ثمن له^(٣) .

(١) جاء في كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان للمرحوم محمد قدري باشا في المادة ٣٤٣ تعريف عقد البيع على انه(عقد البيع هو تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمن للمبيع) .

(٢) انظر هذه الانتقادات :

الدكتور سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة ج١ البيع والايجار ط٣ ، ٩٧٤ ، ص١٣ - ١٤ .

الدكتور غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - ج١ عقد البيع بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٢٠ .

الدكتور كمال قاسم ثروت - شرح احكام عقد البيع - ط٢ ، ١٩٧٦ ، ص١١ وانظر رأي الاستاذ السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج٤ - البيع بيروت ١٩٥٢ ، ص٢٠ ، هامش رقم (١) .

(٣) لا تؤيد المشروع المدني الجديد حين اورد في المادة ٦٢٨ تعريفا لعقد البيع اذ لا يوجد تعريف يرضي الفقه المدني ولان صنم التعريف من وظيفة الفقه اصلا .

والبيع بوجه عام من الاعمال القانونية الارادية التي تنشأ بتطابق ارادتين لاحداث الاثر القانوني وهو نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري . فهل يملك الانسان جسده واعضائه حتى يمكنه من القيام بالتصرف ببعض اجزاء او اعضائه جسده وينقلها الى الاخرين لقاء ثمن ؟!

ان العمل القانوني الارادي هو التصرف القانوني . وسبق ان اوضحنا فيما تقدم ان المقصود بالتصرف القانوني Act Juridique الارادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني معين والعقد ، مهما كان نوعه ، ينعقد بتطابق القبول مع الايجاب لانشاء الحقوق الشخصية (الالتزامات او الروابط القانونية المالية) او الحقوق العينية وبذلك يتخلف عن الواقعة القانونية Fait Kutidique وهي عمل مادي يرتب القانون عليه اثرا^(١) .

ان التعاقد على اجزاء واعضائه البشر يكون من طرف ارادية (المصادر الارادية) بالعقد ، كالبيع

(١) حول التصرف القانوني والواقعة القانونية انظر المزيد من التفاصيل حول الموضوع المراجع الاتية :

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - التصرف القانوني والواقعة القانونية - دروس لقسم الدكتوراه - ص٣ .
الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج١ مصادر الالتزام ص١٣٠ - ١٣١ .

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - ط٢ ، ١٩٥٤ ص٣٢ - ٣٣ .

الدكتور سليمان مرتقب - شرح القانون المدني - ج٢ - الالتزامات ١٩٦٤ ص١٨ - ١٩ .

الدكتور مصطفى الجمال - النظرية العامة للالتزامات - الدار الجامعية - ١٩٨٧ ص٢٧ .

كذلك نصت المادة ٣٠٥ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد(الطبقة المنقحة) على ما يلي : (اولا - التصرف القانوني اتجاه الارادة لاحداث اثر يعتد به القانون . ثانيا - يشمل التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة)

كما نصت المادة (٤٠٥) من المشروع على الواقعة القانونية اذ جاء فيها ما يلي : (اولا - الواقعة القانونية حدث مادي يقع دون اختيار الشخص او باختباره تترتب عليه اثار قانونية لا يكون لارادة دخل في ترتيبها .

ثانيا - تشمل الواقعة القانونية ، كمصدر للالتزام ، الفعل الضار والكسب دون سبب) .

وانظر كذلك المصادر الارادية والمصادر غير الارادية المراجع الاتية :

د . محمد حسني - الوجيز في نظرية الالتزام - الجزائر - ١٩٨٣ - ص١٠ .

الدكتور منصور مصطفى منصور - المصادر الارادية للالتزام - الكويت ١٩٨٤ ص١١ .

الدكتور عبدالرسول الجصاني - مذكرات في العقد والفعل الضار - القسم الاول - العقد ١٩٨٣ ، ص١٧ - ١٨ .

الدكتور انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج١ مصادر الالتزام ١٩٦٢ ، ص٣١ - ٣٢ .

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - ج١ مصادر الالتزام ١٩٦٩ ص٢٥ - ٢٦ .

الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج٢ مصادر الالتزام ١٩٥٤ ص٧ - ٩ .

الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي - ص٢٤٩ .

الدكتور بدر جاسم اليعقوب - اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي - ط١ الكويت - ١٩٨١ ، ص١٧٣ - ١٧٤ ،

والهبة والمقايضة ، او بالوصية وهي تصرف قانوني احادي يلتزم الموصي بارادته المنفردة بعمل قانوني برتب اثرا معيناً في نقل جزء او عضو من الاعضاء بعد وفاة الموصي بدون عوض .

ولا يخفى ان العقد عمل قانوني ينشئ الرابطة القانونية ويلتزم الاطراف باثرها وقد نصت المادة ٧٣ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على تعريفه بأنه : (العقد هو ارتباط اليجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) (١) .

كما ذهب مشروع القانون المدني العراقي الجديد الى تبني التزعة الموضوعية التي يتسم بها الفقه الاسلامي حين عرف العقد في المادة (٣٠٦) التي جاءت متأثرة كذلك بالمادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي (٢) ، فقد ذكر المشروع الجديد ما يلي : (العقد اتفاق ارادتين على احداث اثر يعتد به القانون) (٣) .

(١) اصل التعريف يعود للمادة ٢٦٢ من مرشد الحيران لقديري باشا وكذلك المادة ١٠٣ من المجلة .

انظر : كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان للمرحوم محمد قديري باشا - قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي - عمان الاردن ١٠١ ، ١٩٨٧ ، ص٧٢٠ . سليم رستم باز - شرح المجلة - ط ٣ بيروت ١٩٢٣ المادة ١٠٣ .

ومن الجدير بالذكر ان هذا التعريف اتسم بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي التي تهتم بالنتيجة الاخيرة لمصرف الشرعي الانشائي ونظرا لاهميته ومزاياه اخذت به العديد من القوانين المدنية العربية كالقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ (المادة ٣١) والقانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (المادة ٨٧) ولم تأخذ به قوانين مدنية عربية اخرى اما لعدم حصول القناعة من بعض المشرعين بهذا التعريف الذي وجهت له سهام النقد من جانب من الفقه او لان ايراد التعاريف ومنها تعريف العقد يدخل في صميم عمل الفقه المدني . انظر :

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٢ بدون سنة نشر ص٤-٥ .

المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي - لجنة تطوير التشريعات بدون سنة نشر ص٤٤-٤٥ .

المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني - ج١ - اعداد المكتب الفني - ص٩٣ .

الدكتور محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ج١ ، بغداد - ١٩٥٥ - ص٦٨-٦٩ .

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج١ ، ١٩٥٤ ص٧٣ .

الاستاذ الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي - ص٤٩ .

الدكتور بدر جاسم اليعقوب - اصول الالتزام - المرجع السابق - ص ١٩٠ وما بعدها .

(٢) نصت المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي على ان (العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر تجاه شخص او اكثر باعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل) .

وقد اخذ بهذا التعريف حرقيا القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ في المادة (٥٤) .

JEAN CARBONNIER - DROIT CIVIL - LES OBLIGATIONS -4- PARIS 1982 P.42.

MAZEAUD (H.ET. L. ET. J)- LECONS DE DROIT COVOL - PARIS 1966. P.45. AN-TOINE VIALARD - LA FORMATION DU CONTRACT ALGER - 1984. P. 29.

(٣) في هذا التعريف حاولت لجنة اعداد المشروع التأكيد على عدم اهمية التفرقة بين العقد والاتفاق لانهما =

واذا كان العقد هو التصرف القانوني الذي ينشأ بفعلين (ارادتان متطابقتان) وان هاتين الارادتين تتجهان لاحداث الاثر القانوني ، سواء اكان العقد معاوضة ام تبرعا ، ملزما للجانبين ام لجانب واحد ، فانه لا ينعقد الا بفعلين يدلان على وجود الرضاء ، من خلال طرق التعبير عن الارادة المنصوص عليها قانونا ، اولهما الايجاب باعتباره الفعل الاول الصادر من المتعاقد في التعبير عن وجود الرضاء لاحداث الاثر القانوني من طريق وسائل التعبير عن الارادة (١) . وثانها القبول وهو الفعل الثاني للتعبير عن الارادة بوجود الرضاء عند القابل ، وان مطابقة القبول للايجاب مطابقة تامة هي من شروط صحة القبول التي يطلق عليها فقهاء الشريعة الاسلامية (صيغة العقد) (٢) .

ومن الجدير بالذكر ان البعض من التصرفات القانونية لا يمكن ان يكون الرضاء موجودا الا في شكل مخصوص حدده المشرع ، تبصيرا للمتعاقد من خطورة ما يقدر عليه وتنبهها له وبهدف التثبيت من الرضاء الحر ، كما في حالة قبول الشخص التنازل عن جزء او عضو من جسده على نحو ما سنبينه .

ان العمل القانوني في بيع اجزاء او الاعضاء البشرية ممن ينادي بجواز التصرف بالبيع يلزم منا

= مترادفين في المعنى ولان هذه التفرقة ترجع اصلا للفقيه الروماني بوثيره Pothier الذي هجرها الفقه المدني الحديث .

كما لم يشأ المشروع الجديد ان يأخذ بفكرة (الربط المعنوي بين الكلامين لطرفي العقد) والتي نادى بها الفقه الاسلامي لان التوافق بين الارادتين عند الفقهاء المسلمين لا يعد عقدا بالمعنى الصحيح ما لم يتحقق الربط الطلافي والاتجاه الارادتين لاحداث الاثر القانوني .

الا ان ما يعاب على القانون المدني العراقي والمشروع الجديد انهما اوردا تعريفا للعقد لا تستوجبه المصلحة التشريعية .

(١) نصت المادة ١/٧٧ من القانون المدني العراقي تأثرا ببعض آراء الفقهاء السلميين على ما يلي : (١- الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء لعقد ، واي لفظ صدر اولا فهو ايجاب والثاني قبول) ولم ينص المشروع المدني الجديد على ما يقابل ذلك وحسنا فعل .

(٢) نصت المادة ٨٥ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على ما يأتي :

«اذا اوجب احد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب) ويقابلها في المشروع المدني العراقي الجديد ما نصت عليه المادة (٣١٦/ اولا) التي نصت : (يشترط في القبول ان يطابق الايجاب مطابقة تامة) ويقابلها في القانون المدني المصري ما جاء في المادة (٦٩) .

ومن الجدير بالذكر ان القضاء المصري استلزم هذه المطابقة الكاملة بين القبول والايجاب في اكثر من قضية عرضت عليه :

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢ ص ٥٠ .

الدكتور محمد مختار القاضي - اصول الالتزامات في القانون المدني - القاهرة ١٩٥١ ، ص٩٦-٩٧ .

الدكتور محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - ج١ الالتزامات - المطبعة العالمية بمصر - ١٩٥٤ ص٩٩ .

بيان الحكم الشرعي والموقف القانوني من التعاقد على الاجزاء او الاعضاء الادمية بالبيع ولهذا لابد من تقسيم هذا الفصل وفق الخطة الآتية :

المبحث الاول - الحكم الشرعي من بيع الاعضاء الادمية .

المبحث الثاني - موقف المدني .

المبحث الثالث - موقف التشريعات الوضعية .

المبحث الاول

الحكم الشرعي من بيع الاعضاء الادمية

لم نعثر في ادلة الاحكام الشرعية(القران الكريم والسنة النبوية) ^(١) ، ما يشير صراحة او مباشرة الى مسألة نقل او غرس الاعضاء البشرية لزرعها في اجساد اخرى . الا ان هذا لا يعني عجز الشريعة الاسلامية عن مواجهة التطورات الجديدة وانما يمكن الوقوف على القواعد الكلية الفقهية وما ورد فيها من حالات واسس للوصول الى الحكم الشرعي في ضوء الادلة العقلية لقوله تعالى في سورة الاعراف(اية ١٧٩) «ولقد ذرأنا لجنهم كثيراً من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم اعيم لا يبصرون بها ولهم اذان لا يسمعون بها اولئك كالانعام بل هم اضل اولئك هم الغافلون» .

ان ما تناقلته كتب الفقه الاسلامي في هذا المجال لا يتعدى الحالتين الاتيتين :

اولهما : حالة الانتفاع بلبن المرضعات وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية بشأن مسألة جواز التعاقد عليه ^(١) ، وثانيهما ما يخص التعاقد على الشعر واستخدامه للزينة الذي لم يجزه الرسول

(١) ادلة الاحكام الشرعية ما يستدل بها او يسترشد بها لبيان الحلال والحرام في المعاملات واعمال الانسان الاخرى ومعرفة العبادات وتفصيلها والدليل اما شرعي كالكتاب والسنة او عقلي وهو ما تألف من قضايا عقلية محضة والمركب بينهما . اما مصادر الفقه الاسلامي فهي اصوله التي يقوم عليها وادلته التي يستند اليها فالفاظ المصدر والاصل والدليل مترادفة ومصادر الفقه الاسلامي هي : الكتاب والسنة والاجماع ثم القياس او العقل عند البعض من الفقهاء . وادلة الاحكام الشرعية اما اصلية(القران والسنة) او تبعية كالاتمام والقياس واخرى مختلف عليها كالاستحسان والمصالح المرسله وغيرها .

الاستاذ عبدالباقي البكري - المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية - ج ١ ، ١٩٧٢ ص ٥٥٣ وما بعدها .

د . محمد رشدي عليان - العقل - بغداد - ١ ، ١٩٧٣ ص ١٥ - ١٨ .

(٢) يرى الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون بأنه لا يمكن عد اللبنة عضواً شأنه في ذلك شأن الدم لذلك فان عقد الرضاعة (اجارة الضنر) لا علاقة لها بعمليات زرع الاعضاء البشرية .

ويرى الدكتور احمد شرف الدين في كتابه القيم(الاحكام الشرعية لاعمال الطيبة) ١٩٨٣ ص ١١٨ ان اللبنة وهو جزء من الادمية يتجدد كالدماغ الذي يستخدم لعلاج المريض وانها لا تؤثرات على سلامة الصحة والبدن واذا كانت المصلحة في الانتفاع بالدم مثلا ترجح على مفسدته فان المصلحة التي اباحت الانتفاع باللبن ، وهي ضرورة الاحياء ، تبيح ايضا الانتفاع بالدم . فالدم واللبن اجزاء من البشر لهما علاقة بسلامة الكيان البدني للانسان .

الكريم(ص) وحرمة الاحناف كأبن نجيم لم يجز التعاقد على شعر الادمي وعظمه .

فالتعاقد على لبنة الادمية سنده الشرعي في القران الكريم اذ جاء في قوله تعالى(والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لاتضار والدة بولدها ولا مولود بولده وعلى الوارث مثل ذلك فان ارادا فصلاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا ان الله بما تعملون بصير) ^(١) .

كما جاء في سورة الطلاق(اية رقم ٦) قوله تعالى(اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن واتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتن فسترضعن له اخرى) .

فالحليب من المرضعة جزء مجدد من الادمية وهو مال متقوم يمكن ان يكون محلاً مشروعاً للعقد على رأي بعض الفقهاء المسلمين على اساس عقد الرضاعة وهو يقرب من التعاقد على قوة الادمي (عقد العمل) .

واذا كان جسم الانسان ليس محلاً للعقد لانه ليس مالا فهل ان ما يخرج من جسده او ينفصل عنه يعد من قبيل الاموال ؟

اجاز الاحناف التعاقد على منافع الاشياء(عقد الاجارة) رغم ان المنافع ليست من الاموال عندم الا انه استحسان تبرره الضرورة وان هذه الضرورة او الحاجة هي التي تبرر جريان التصرف على بعض اجزاء الادمي المختلف في اعتبارها مالا كلبن المرضع (عقد اجارة الضنر) ^(٢) . ولهذا لا تتفق مع الاستاذ الجليل حسن الذنون في عدم وجود العلاقة بين التعاقد على لبنة المرضع وغرس الاعضاء

(١) سورة البقرة(اية ٢٣٣) .

(٢) عبدالرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - ج ٣ - ط ١٩٣٥ ، ص ٢٨٧ .

الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي - مطبعة مصطفى محمد ١٩٣٦ ، ص ٢٥٣ ، ٢٤٥ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ج ٥ - بدون سنة نشر ، ط ١٧٦ - ص ٢٧٨ .

جاء في الاقتناع في فقه الامام احمد بن حنبل للمقدسي ج ٢ بدون سنة نشر ، ص ٦١ ما يلي : (ولا يصح بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وتملكها .) ثم يقول في ص ٦٢ هامش رقم ١ ان الانسان الحر لا يدخل في البيع لانه مستثنى من البيع بالشرع .

جاء في البحر الرائق شلاح كنز الدقائق لابن نجيم ص ٢٧٧ ما يلي :

ان ما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون مالا منقوما كالخمر ولا يصلح الدم محلاً للعقد لانه ليس مالا ولا مباح الانتفاع به .

كما ورد في ص (٢٧٩) «..... لم ينعقد ما ليس بمال متقوم كبيع الحر... والميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والصبي الذي لا يعقل والمجنون... وجلد الميتة قبل الدبغ... ولا شعر الادمي وعظمه» .

البشرية ، لان اللبن والدم اجزاء من بدن الادمي المتجددة منه وهي وان كانت ليست من الاعضاء الا انها من اجزاء الكيان البدني التي تمس مبدأ معصومية الجسد .

واذا كان من الثابت شرعا ان الانسان الحر لا يجوز التصرف فيه بأي شكل من اشكال التصرفات الشرعية لانه ليس مالا ، ولا يصح نحلا للتعامل المالي الا الاشياء المتقومة لان الاسلام كرم بني ادم حين قال تعالى (ولقد كرمنا بني ادم)^(١) ، ولقوله تعالى :«لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم»^(٢) ، كما تجلت عظمة الخالق في خلقه بقوله تعالى :«تبارك الله احسن الخالقين»^(٣) .

واذا كان المال الذي يصلح للتعاقد هو المال المتقوم ، وهو ما له قيمة في نظر الشرع ويضمن قيمته من اتلفه كالارض والمثليات من الموزونات والمكيلات والعدييات ، ويقابلها المال غير المتقوم كالخمر والخنزير والدم في حق المسلم الذي لا يضمه من اتلفه لورود النهي عنهما شرعا ، فان تعرف المال هو ما خلف لمصالح الادمي وامكن احراره والتصرف فيه على وجه الاختيار لانه اسم لغير الادمي^(٤) .

ان المال عند الاحناف ما امكن حيازته وحراره والانتفاع به انتفاعا عاديًا جائزا في غير حالات الضرورة فلا يكون مالا عندهم الا عينا من الاعيان اي مادة لها حيز فلا المنافع ولا الحقوق من الاموال وكذلك الميتة ليست بمال لعدم جواز الانتفاع بها ولا تصلح محلا للتعاقد(عدا حالة

(١) سورة الاسراء / ٧٠ .

(٢) سورة التين / ٤ .

(٣) سورة (المؤمن) / ١٤ .

عيسوي احمد عيسوي - المديانات - رسالة من كلية الشريعة - القاهرة ١٩٤٦ ص ٨٠ .

الشيخ محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٥١ - ٥٢ .

جاء في كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان بيان لشروط المبيع واوصافه وفيما يجوز بيعه وما لا يجوز نذكر من هذه المواد التي لها علاقة بالحكم الشرعي من بيع الاعضاء والاجزاء الادمية النصوص التالية :

المادة ٣٦٦ يشترط ان يكون المبيع موجودا وان يكون مالا متقوما مقدور التسليم وان يكون معلوما عند المشتري علما نائبا للجهالة الفاحشة) . المادة ٣٨٢ (يجوز بيع كل ما كان مالا موجودا متقوما مملوكا في نفسه مقدور التسليم) . المادة ٣٨٦ (بيع ما لا يعد اصلا وما ليس بمقدور التسليم وما كان غير محرر من المباحثات ولو في ارض مملوكة للباثم باطل) . جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ ط ١ ص ٢٧٧ :

المال في اللغة ما ملكته من شيء والجمع اموال ، والمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية انما تثبت لتمول الناس كافة او بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وباباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدو تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع به لا يكون متقوما كالخمر واذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدوم . كما جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي - (كتاب البيع) بدون سنة نشر ، صيغة العقد والمبيع وشروطه . وانظر الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ، المرجع السابق - كتاب البيع - ص ٢٥٣ - ٢٥٦ .

الضرورة) وخالفهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا في المال ان يكون مادة يمكن حيازتها حيازة حسية فالمال عندهم قد يكون مالا او منفعة او من الحقوق اذا جرى التعامل بها واصبح ذا قيمة مالية ، ومن الفقهاء من صرح ان المالية ليست الا صفة للاشياء بناء على تمول الناس واتخاذهم اياها مالا ومحلا لتعاملهم^(١) .

ويلزم هنا توضيح الشيء ، والعين والمنفعة والحق من الناحية الشرعية ، فالشيء كل موجود حساً كالجسام او الاقوال بعد سماعها وهو اعم من المال وعند رجال القانون ما له كيان مادي مستقل يجعله صالحا لان يكون محلا لحقوق الاشخاص فاجراء واعضاؤه كالقلب والكلية والجلد ما دامت غير منفصلة لا تعد من الاشياء الا اذا انفصلت عنه واصبح لها كيان مستقل امكن ان تعد من الاشياء ، فالشيء لا يكون هنا الاماديا وقد يكون معنويا كالابتكارات وحقوق المؤلفين وهي حقوق معنوية ، بينما يراد بالعين ما له وجود حسي يشغل حيزا في الفراغ فهو اعم من المال واخص من الشيء ، بينما يراد بالمنفعة كل ما هو خير وضد الضر وهو ما يتوصل به الانسان الى مطلوبه من الاعيان او الاعمال لسد الحاجات وكسب الطيبات^(٢) . ويراد بالحق الامر الثابت الموجود اي هو ما ثبت باقرار الشارع واضفى عليه حمايته^(٣) كحق الانسان في سلامة الكيان الصحي والبدني والحياة الانسانية وحقه في صيانة سمعته وشرفه وماله من الاعتداء .

والمال غير ذلك ، لان تلك يقصد به من ناحية اللغوية كل ما ملكته من جميع الاشياء ، ذا ان كل ما يقبل الملك فهو مال سواء اكان عينا ام منفعة ، بينما يراد بالمال في اصطلاح الفقهاء ما يميل الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة او هو كل ما يجري فيه البذل او المنع ، واذا كان المال هو : اسم لغير الادمي خلق لمصالح الادمي وامكن احراره والتصرف فيه على وجه الاختيار ، فان الملك هو : (تمكين الانسان شرعا بنفسه او نيابة عنه من الانتفاع العين ومن اخذ العوض او تمكنه من الانتفاع خاصة)^(٤) .

(١) الشيخ المرحوم علي الخفيف - الملكية في الشريعة الاسلامية - ج ١ ، ١٩٦٩ ص ١٢ - ١٤ هامش رقم ١ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ، ج ٥ - ط ١ ، ص ٢٧٧ .

الشيخ علي الخفيف - ص ١٤ - ١٥ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ٢٥٣ - ٢٥٦ .

(٣) الشيخ علي الخفيف - ص ٦ - ٧ .

(٤) الشيخ محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٥١ - ٥٢ .

الدكتور احمد فهمي ابو سنة - نظرية الحق - بحث منشور في (الفقه الاسلامي اساس التشريع) المجلي الاعلى

للمشؤون الاسلامية - الكتاب الاول ١٩٧١ ص ١٨٤ - ١٨٥ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم - ص ٢٧٧ .

اما الدم ، وهو جزء من الجسم ، هل يمكن قياسه على لبن الادمية باعتبار ان كلا منهما يكون من الاجزاء المتجدد فهل يصح التعاقد عليه ؟

نستطيع القول ، ان كلمة الفقهاء المسلمين متفقة على بطلان بيع اي جزء من اجزاء الانسان ، عدا لبن المرأة ، اما لكرامة الادمي بجميع اعضائه واما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفصال الجزء عنه^(١) . فالانسان جيا كان لم ميتا ليس محلا ممكنا ولا مشروعا للمعاملات ولا مالا لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل ولهذا وجب دفن الانسان واجزائه احتراماً له ، وقد جاء في كتب الفقه الاسلامي كثير من الثواعد الوافية في شروط واداب دفن الموتى والجنائز ثم جاء في بدائع الصنائع للكاساني ان (اجزاء الميت لا تصلح للبيوع)^(٢) .
فأجزاء الميت ليست مالا متقوماً بدليل ان الانسان لا يضمها بالاتلاف^(٣) .

المبحث الثاني

موقف الفقه المدني

لم يتفق الفقه المدني الفرنسي والمصري على موقف موحد من الاعمال الطبية في نقل وزرع الانسجة البشرية ولا على جواز او تحريم التصرف القانوني بها عن طريق البيوع . كما ان هناك من يرفض اساساً فكرة عمليات نقل الاعضاء البشرية لان هذه العمليات - في رأيه - هي تغيير في خلق الله وقال البعض في هذا الخصوص ما يلي :

(لا يمكن ان يخاطر بانسان من اجل آخر ولا يمكن لجزء من ميت ان ينقذ حياة . . وليس هناك فرد خالد ولا يمكن الاستغناء عنه في هذا العالم ويتعين ترك الحالات المرضية لتلقي مصيرها كما هو الحال حين يفشل العلاج)^(٤) .

اما اتجاهات الفقه المدني بشأن بيع الاعضاء الادمية فيمكن حصرها في اتجاهين ، احدهما يجيز عقد البيوع الوارد عليها ويرى ان ذلك جائز من الناحيتين الشرعية والقانونية ، وثانيهما يبطل عقد البيوع الوارد على هذه الاعضاء . ونرى رأي وحجج كل فريق على الشكل الآتي :

(١) د . محمد نعيم ياسين - بيع الاعضاء الادمية - مجلة الحقوق السنة ١١ ، ١٩٨٧ ، ص ٢٥٣ .

(٢) ج ٥ ، القاهرة - ١٩١٠ ص ١٤ .

ابن حزم - المحلى - القاهرة - ج ١ ، ١٣٤٩ ص ١٢٤ .

(٣) صحيح البخاري - دار الشعب المصري - ١٩٧٠ - ج ٢ ص ٢٦٩ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ج ٥ ، ص ٢٨٠ .

(٤) محمد قطب الدين - قواعد وادب الطب الاسلامي - تقرير مقدم للمؤتمر العالمي الاول للطب الاسلامي - الكويت ١٩٨١ ص ٤٢٩ .

بناء عليه فالانسان خلق مالكا للمال وليس مالا يخضع للملك لان بينها منافاة^(١) ، واذا كانت الحكمة في تحريم بيع الجسد قائمة فان بيع عضو من الجسد باطله كذلك لاتحاد العلة التي تدور مع المعلول . ولان بيع الجزء او العضو البشري يتنافى والحق في سلامة الصحة والحياة ومبدأ التكامل الجسدي هذا فضلا عن ان الباعث الدافع على التصرف القانوني ليس مشروعا لانه لا يرتكز على قاعدة اخلاقية ويتنافى مع غرض الشارع .

الا ان اجزاء جسد الانسان قد تعد من قبيل الاموال بالنسبة لصاحبها فانه يجوز له ان يضحى بها في سبيل انقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقياة لنفسه عند الحنيفة^(٢) . وعند حصول ضرر جسدي لشخص في عينه او طرفه او لسانه فان الدية ليست مقابلا ولا ثمنا عن الجزء المتضرر او المستقطع بفعل الفاعل وانما هي تعويض مادي ومعنوي عن فوات المنفعة للعضو المتضرر .

ان الانسان لا يجوز له المساس بجسده والتاثير على سلامة كيانه لان هذا المساس غير جائز شرعا الا لضرورة صحية تقضي ذلك وتوجيه^(٣) ، كوجود المرض او التسمم لاحد الاطراف ، اما التعاقد على اعضائه فلا يجوز له شرعا بيعها سواء اكان العضو منفردا وبيعه يؤدي الى الهلاك كالقلب والكبد لقوله تعالى (ولا تقتلوا انفسكم)^(٤) ، ام في العضو المكرر ، لان حياة وجسد الانسان يتعلق فيهما حق الله وحق العبد ومن حقوق الله العبادات والحدود وهي لا يجوز التنازل عنها او الصلح فيها^(٥) .

(١) انظر المبسوط للسرخسي - ج ١٥ ، القاهرة ١٣٣١ هـ ، ص ١٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني - ج ٧ ص ٢٥٧ .

(٣) الشيخ على الخفيف - الضمان - ج ١ ، ١٩٧١ ص ٢٣٣ .

(٤) سورة النساء (اية ١٦) .

(٥) حق الله ما ليس المعبد اسقاط وحق العبد ما له اسقاطه ، ومن حقوق الله ما هو عبادة خالصة كالايان بالله والعقوبة الخالصة مثل حد الزنى والعقوبة القاهرة مثل حرمان قتال مورثه من ميراثه وحقوق دائرة بين العباداة والعقوبة مثل كفارات من حنت في يمينه ومن حقوق الادميين ما يكون عنه مصلحة خالصة لصاحبه مثل حق البائس في ملكية ثمن ما باع . د . محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي - ط ٣ ، ١٩٥٨ ص ٢١٢ - ٢١٣ .
ويذكر الأستاذ السنهوري في مصادر الحق - ج ٣ ، ١٩٥٦ ص ١٠٨ - ١٠٩ (يمكن ان نجد نظيرا ، في الفقه الاسلامي ، لفكرة النظام العام والاداب في الفقه الغربي ، فيما يدعى عادة بحق الله او حق الشرع . وحق الله او حق الشرع في الفقه الاسلامي لا يقل في مده عن دائرة النظام العام والاداب في الفقه الغربي . بل لعله يزيد) . وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ المرجع السابق - ص ٢٧٦ ما يلي : (ان المشروعات اربعة حقوق تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمعا وغلغ حق الله تعالى وما اجتمعا وغلغ حق العبد وقدم الاول لانه المقصود من خلق التقليل ثم شرع في المعاملات فبدأ بالنكاح وما يتبعه لما فيه من معنى العبادة وذكر العتاق لمناسبة الطلاق في الاسقاط ثم الايمان بمناسبتها لكليهما ثم الحدود لمناسبتها لليمين من جهة الكفارة فانما دائرة بين العباداة والعقوبة والحدود عقوبات...» .

المطلب الاول - ان عقد بيع الاعضاء ادمية جائز شرعا وقانونا^(١) (المؤيدون لبيع الاعضاء)

يرى انصار هذه الاتجاه الاول بأنه اذا كان لا يجوز بيع الانسان ولا عظمة في مجموعه على اساس ان جسمه لا يدخل تحت الملك لانه ليس مالا يخضع للملك ، فان عدم جواز بيع اعضاء الجسم يرجع الى عدم الانتفاع بها ، فيقولون : (وقد يستفاد من ذلك انه اذا امكن الانتفاع بها جاز بيعها) . اما الثمن فلا اثر لوجوده على انعقاد او صحة عقد للبيع لانه مقابل العضو او الجزء المتصرف به . ثم ان هذا التصرف القانوني ببيع العضو او الجزء كالعين او الكلية وهما من الاعضاء المزوجة في الجسد لا يتنافى مع الكرامة الانسانية وانما على العكس يتضمن معاني انسانية ان كان بهدف انقاذ حياة مريض من الهلاك . هذا فوق ان بيع ادمي لجزء من جسده كالدماغ وهو من الاجزاء المتجددة عند الانسان لا يتنافى مع حرمة باع عضوا مزدوجا لا يقوده الى الهلاك او جزء من بدنه كاللبن او الدم او نسيجا منه كالجلد لا يفقد شيئا من حرمة لاسيما وان ادلة الاحكام الشرعية اجازت بيع اللبن بموجب عقد الرضاعة (عقد اجازة الظئر) واللبن عند هذا الفريق المؤيد ببيع الاعضاء او الاجزاء البشرية هو (من الاعضاء ادمية القابلة للتصرف بها) ويقولون حيث ان بيع اللبن جائز عند الشافعية والمالكية فان القياس هنا جائز اذ يقيسون الدم والانسجة الاخرى على اللبن .

كما يضيف انصار هذا الفريق بأن التصرف بالبيع يلزم ان يكون منظما بالآ يترتب عن بيع العضو البشري اية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي او الكلي الدائم ويجب ان لا يكون هذا البيع بدافع الشهرة . اي انهم يرغبون في بقاء الدوافع على التنازل عن الاعضاء او الاجزاء الانسانية ونبيلة والباعث الدافع على التعاقد هو انقاذ حياة الاخرين وهو باعث مشروع في الالتزام المدني ، بينما لا يكون الامر كذلك في تسليط الاضواء والشهوة .

بل ان البعض من انصار هذا الاتجاه القائل بجواز بيع الاعضاء والاجزاء البشرية ، قدم اقتراحاته لتنظيم وتسهيح هذه الاعمال القانونية الطبية فاقترام على الدولة اصدار تشريع تذكر فيه اثمان الاجزاء للانسان وشروط البيع (في حالتي البيع بالجملة والمفرد!)^(١) لانه يعتقد ان بيع الاعضاء حسب التسعير الجبري من الدولة لن يغير من طبيعة الانسان ولن يهدر كرامة ادمي وحيث ان محل العقد هو مشروع فلا معنى للتمييز عند بيع بين البيع والتبرع^(٢) .

ويضيف البعض قائلا في انه لا ضير اساسا من قبول فكرة البيع الواردة على الاعضاء ولاجزاء البشرية وانه في سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن يمن البدء بأن يكون المقابل في صورة وثيقة تأمينة على الحياة لمصلحة المتنازل واولاده^(١) . فعنده ان العوض او الثمن النقدي يمكن ان يكونا كمقابل للعضو او الجزء المتنازل عنه .

اما عن الجثة ، فان البعض يذهب قائلا الى جواز بيعها ، فالبيع جائز على اجزاء الانسان الحي او جثة الانسان الميت لان من يملك الايضاء يملك التصرف بمقابل وان الباعث الدافع الرئيس هو خدمة الناس والعلم وما المقابل الا مسألة ثانوية ، الا ان صاحب هذا الرأي يعترف في انه لم يجد الا قلة من المؤيدين لرايه^(٢) .

وعلى الرغم من اجازة بيع الاعضاء ادمية واجزاء البشر من هذا الفريق الا انهم يترددون في اطلاق حرية البيع ويخضعون التصرف لجملة من الشروط والضوابط . ولعل من المفيد نذكر الرأي التالي :

«نخلص مما تقدم في البحث الى النتيجة الآتية :

يجوز بيع الاعضاء ادمية للحاجة ، وانه ما دامت الحاجة هي مبرر الاحكم بالجواز ، فلا بد من ان يكون بالقيود والشروط الآتية :

١- ان لا يكون في بيعها تعارض مع الكرامة ادمية ، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول .

٢- ان يكون بيعها من اجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له ، وان لا تباع الا لمن يعلم انه يستعملها في ذلك .

٣- ان يدفع البائع ببيع عضوه مفسده اعظم من مفسدة فقد العضو نفسه ،

٤- ان لا يكون بيع العضو متعارضا مع نص شرعي خاص (كالشعر) او مبدأ شرعي اخر غير ما ذكر (كالحيوانات المنوية للرجل) .

٥- ان لا يكون هنالك اية بدائل صناعية للاعضاء ادمية تقوم مقامها وتغني عنها .

(١) انظر رأي الدكتور احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص ٥٠ .

(٢) الدكتور احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص ١٤٣ - ١٤٤ نبذة ٦٠ - ٦١ بيع الجثة فعل غير شرعي من حيث المبدأ فلن يصيب عليه الشرعية التبرع بها ثم ان العبرة بالبائع الرئيس لا الباعث الثانوي ويقول ان مقصدي خدمة العلم والانسانية حتى ولو كان ذلك على حساب مشاعر الناس لاصطدامه بكل جديد حتى يعود لايامه الصحيح واقتناعه بأن الجثة ستتحول الى ذكرى في فترة وجيزة ويستشهد يقول لاسماء بنت ابي بكر حين قالت (انه لن يضير الشاة سلخها بعد ذبحها) .

(١) من انصار هذا القائلين بجواز عقد بيع الانسجة البشرية انظر :

الدكتور حسام الدين الاهواني - المرجع السابق - ص ١٤١ .

الدكتور محمد نعيم ياسين - بيع الاعضاء ادمية - ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

الدكتور احمد محمود سعد - زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة - دار النهضة العربية - ط ١ ، ١٩٨٧ ، ص ١٤٣ - ١٤٤ .

(٢) انظر رأي الدكتور حسام الدين الاهواني - المرجع السابق - ص ١٤١ .

٦- ان يكون البيع والشراء تحت اشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر الشروط المتقدمة»^(١) .

المطلب الثاني - ان عقد بيع الاعضاء الادمية باطل شرعا وقانونا^(٢) (الرافضون لبيع الاعضاء)

يرى انصار هذا الاتجاه ان عقد البيع الوارد على الاعضاء البشرية او اجزائها او الجثة باطل حتى ضمن الضوابط القانونية الموضوعية من انصار الاتجاه الاول فالبيع عندهم جائز بصورة مطلقة . لان محل الحقوق هي الاموال وليس الاشياء فالشيء لا يصلح محلا للعقد ما لم يكن من الاموال .

الاتجاه الاول فالبيع عندهم غير جائز بصورة مطلقة . لان محل الحقوق هي الاموال وليس الاشياء فاشيء لا يصلح محلا ما لم يكن من الاموال المتقومة ، وان جسد الانسان واعضائه ليست مالا حتى يصلح للتعامل فقد كرم الخالق الانسان ولم يعامله معاملة الاموال ثم ان لبن الادمية ليس مالا متقوما لان لحم بني ادم حرام والالبان تابعة للحوم واذا جاز الانتفاع بها لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه^(٣) . ويذكر جانب من الفقه في العراق ان «شراء عضو انسان عند الاختيار امر غير وذلك لان كثيرا من الفقهاء كابي حنيفة ومالك واحمد في رواية وبعض اصحاب الشافعي قد ذهبوا الى عدم جواز بيع لبن المرأة وشعر الانسان»^(٤) . ثم يضيف متسائلا هل يمكن القول بجواز البيع عند الاضطرار ؟ فيجيب قائلا : «الذي يبدو لي انه يرخص له بالشراء مع قولنا بعدم جواز البيع ونظير ذلك مسالة بيع المصحف عند بعض الفقهاء»^(٥) .

لقد اوجب الحنابلة ان يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة او ضرورة فيجوز بيع حيوان وعقار وان كره الامام احمد بن حنبل بيع بعض الحيوانات وحرم بيع المصحف وبلزم بذله لمن احتاج الى قراءة ولا يصح بيع الدم والخنزير والحشرات كما لا يصح بيع الحر ولا مالىس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وتملكها^(٦) . والى هذا ذهب الاحناف الذين حرّموا كذلك بيع جلد الميتة قبل الدبغ وجلد الخنزير مطلقا وعظمه وشعره وعصبه وشعر الادمي وعظمه^(٧) .

بل ان بعضا من الحنابلة ذهب الى تحريم قطع اي شيء من الميت واتلاف ذاته واحراقه ولو اوصى به^(١) ، الا ان قطع اجزاء من الانسان الحي قصاصا او حدا لا يوجب الضمان اذ جاء في الاشباه والنظائر للسيوطي الشافعي ما يلي : «قال مالك امره اقطع يدي ففعل فسرى فهدر على الاظهر ومنها لو قطع قصاصا او حدا فسرى فلا ضمان»^(٢) .

كما جاء في المغني لابن قدامة ما يلي : «الدماء لا تستباح بالاباحة والبذل واذا كان لا يحل قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحق للغير بذله»^(٣) ، وذكر السرخسي في المبسوط ان الانسان خلق مالكا للمال وليس مالا يخضع للملك^(٤) .

اما في الفقه المدني الفرنسي الحديث فان من ابرز الاراء الرافضة لبيع الاعضاء البشرية الاستاذ سافاتييه Savatier اذ قال ما يلي : «ان جسد الانسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة فالقيم الانسانية تسمو على المال . ولما كان الحب اسمى هذه القيم ، فان الانسان يمكن ان يتناول عن جزء من جسمه لشخص اخر الحب وليس المال»^(٥) وذهب الى هذا الاتجاه كثير من الفقهاء والشرام والتشريعات الاجنبية والعربية .

فلاتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب الى بطلان اي اتفاق يتعارض وحق الانسان في تكامل جسده ويعتبرون ذلك باطلا لمخالفته قواعد النظام العام ويقم باطلا كل اتفاق يتعارض وسلامة الانسان وحياته ومنها بيع الاعضاء البشرية او الاعفاء من المسؤولية او التخفيف منها اذا كان الاتفاق مستهدفا الاعفاء من الخطأ العمد او الخطأ الجسيم . فيرى الاستاذ (ديموج) : «يعتبر باطلا كل اتفاق يتعارض مع سلامة الانسان وحياته» وقد اقر هذا المبدأ الفقهاء (بلانيول) وريبر وايسمان^(٦) .

كما يرى الاخوان (مازو) ان جسد الانسان وحياته لا يمكن ان يكون محلا للتعاقد واي اتفاق سلامة البدن يقوم على الغش او الخطأ الجسيم باطل^(٧) .

(١) د . محمد نعيم ياسين - بيع الاعضاء الادمية - مجلة كلية الحقوق ص ٢٦٣ .

(٢) من انصار هذا الاتجاه في الفقه المدني الفرنسي الاستاذ سافاتييه وفي الفقه العربي انظر : الدكتور احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - ص ٩٤ .

الدكتور هاشم جميل عبدالله - زراعة الاعضاء والتداوي بالمرحمتين في ضوء الشريعة الاسلامية - مجلة الرسالة الاسلامية - شباط ١٩٨٨ ص ٧٩ .

(٣) د . احمد شرف الدين - ص ١١٦ وانظر المراجع التي يشير اليها .

(٤) د . هاشم جميل عبدالله - البحث السابق - ص ٧٩ .

(٥) د . هشام جميل - البحث السابق ص ٧٩ .

(٦) الاقنم في فقه الامام احمد بن حنبل - للمقدسي - المرجع السابق - ص ٦٠ وما بعدها .

(٧) البحر الرائق شرح الدقائق - لابن نجيم - ص ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(١) كشف القناع للبهوتي - القاهرة - ج ٣ ، ص ١٩٤٧ ، ص ١٢٧ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ٩٧ القاعدة ١٦ .

(٣) ج ١٥ - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

(٤) ج ١٥ - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

(٥) تفصيل ذلك انظر بحثه المقدم عام ١٩٦٩ عن مشاكل زرع الاعضاء البشرية مشار اليه في مؤلف الاستاذ الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق ، ص ١٢٩ - ١٣٠ .

(٦) عبدالسلام التونجي-المسؤولية المدنية للطبيب- ص ٢٢٤ وانظر مقال الاستاذ سافاتييه- دالوز ١٩٣٨ / ١٧٦ .

(7) MAZEAUD (H.J.L.) OP. P. 610.

رأينا من بيع الاعضاء والاجزاء البشرية

ظهر لنا من عرض الآراء المتقدمة الى ان هناك من يرى اطلاق حرية التعاقد على الانسجة والاجزاء البشرية ويفضل ترك لقوانين العرض والطلب ، واخر يقترح التسعير الجبري منعا للسوق السوداء ومنعا للاستغلال والغبن اي تنظيم عمليات البيع وهناك من ذهب الى جواز البيع ضمن الشروط والضوابط التي تقيد من الاطلاق الذي يراه البعض واخر بطلان البيع بصورة مطلقة اجازته عند الضرورة فقط .

وليس هناك ادنى شك في ان ذهب اليه جمهور الفقه الاسلامي صريح وواضح حيث قرروا بطلان التصرف القانوني في بيع اجزاء الادمي وهو اتجاه ينسجم والقواعد الخلقية الدينية . ونضيف ان اجزاء الميت او الحي بعد قطعها طاهرة ورغم طهارتها فهي ليست من الاموال ولا تصلح محلا لعقد البيع^(١) ونضيف ما يأتي :

(١) قد يكون محل العقد طاهرا او نجسا الا انه يباح الانتفاع به شرعا ، كما ان اركان البيع مختلفة عند الفقهاء فهي

عند الحنيفة ركن واحد(صيغة العقد) وعندهم غيرهم ستة وان شروط عليه ما يلي :

١- ان يكون طاهرا لان بيع النجس لا ينعقد .

٢- يصح الانتفاع به شرعا .

٣- مملوكا للبائع .

٤- ان يكون مقدورا على التسليم .

٥- ان يكون المبيع معلوما .

٦- الا يكون العقد منقثا .

انظر : عبدالرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - قسم المعاملات ج٢ ص ١٤٧ .

علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام - الكتاب الاول - البيوع - كتاب البيع .

شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - (كتاب المبيع) .

الاقناع - للمقدسي - ج٢ المرجع السابق - ص٥٦ وما بعدها .

ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ص٢٧٦ .

وفي نطاق الفقه المدني يكون الشيء غير صالح للتعاقد فيه لان الغرض الذي خصص له يتعارض مع التعامل فيه كالاصول العامة او لان التعامل فيه يعتبر مخالفا للنظام العام والاداب فيه العامة لتعلقه بقواعد امره او لان طبيعة الشيء تتنافى مع هذا التعامل كالانسان وعضائه واجزائه ، فلانسان لايجوز التعامل فيه بحكم انه انسان ، وذلك بعد تحريم الرق .

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج٣ ، ١٩٥٦ ص٨٨ .

ومن الجدير بالذكر ان بيع الرقيق كان جائزا في موريتانيا حتى عام ١٩٨٠ حيث صدر قانون تحريم بيع الرقيق والاتجار به وان كانت اثاره لا تزال قائمة من الناحية الاجتماعية . بل ان شبكات بيع الاطفال من اليمن الى السعودية قائمة مع الاسف الشديد

ان بيع الانسجة البشرية واجزاء الانسان حرام شرعا وباطل قانونا اذا انصب التصرف القانوني في شكل البيع الا ان الضرورات تقدر بقدرها ، كان يوجد شخص على شفا حفرة من الموت وطلب من اخر انقاذ حياته واراد العوض ، فالعوض ليس للمبيع وانما هو عون للمتنازل على مواجهة ما يخفيه المستقبل من مضاعفات في صحته ولا ينبغي ان يكون الباعث الدافع الرئيس على التعاقد هو الحصول على الثمن النقدي .

فالاعضاء الادمية واجزاء الانسان كالدماغ واللب من المرزعة او الجثة انما يكون التعاقد عليها بالبيع منافيا لحقوق الله على الجسد والروح والانسان ليس له الانتفاع بروحه وجسده بما وظيفته في الحياة وهو ليس مالكا لاعضاء بدنه ولا لجسده فلا يملك التصرف بها وهو ياتم عندما يلحق الاذى بروحه وجسده .

هذا فوق ان مثل هذا التصرف القانوني لا يرتكز على قاعدة اخلاقية فبيع الدم عمل مشين يبعث على الاحتقار لصاحبه والحط من الادمية حتى وان كان بهدف انقاذ حياة الاخرين . وقد اوضحنا ان القاعدة العامة في الالتزامات المدنية وجود سبب لالتزام العقدي هو الباعث الدافع المشروع على التعاقد (وه رأي المالكية والحنابلة) ويرتكز على قاعدة اخلاقية وصولا الى النتيجة القانونية . فلو طبقنا ذلك على التزام الشخص في بيع الكلية مثلا لوجدنا ان النتيجة غير صحيحة والالتزام باطلا :

القاعدة — الالتزام المدني (بيع العضو) — القاعدة الاخلاقية — نتيجة الالتزام المدني .

التطبيق — ١- المحل غير مشروع (ليس مالا) — الحصول على مقابل نقدي لا التضحية او نكرات الذات او الايثر . — التزام لانه يمس بالبدن ويحدث العاهة لرجحان الخطر على المصلحة وهو الحصول على النقود . ٢- الباعث غير مشروع .

واذا كانت بعض الالتزامات المدنية وان كانت غير مرتكزة على قاعدة اخلاقية او تتعارض ومبادئ الاخلاق الا انه يجب تنفيذها طبقا للقانون العراقي وبعض القوانين المدنية العربية كالفائدة القانونية(التعويض القانوني) والربا المسموم بنسبة القانونية في عقد القرض ، الا ان كثيرا من الالتزامات تقوم على قاعدة اخلاقية نبيلة تنسجم مع مفاهيم وقيم المجتمع . والصلة بين الالتزام المدني والقاعدة الاخلاقية وثيقة رغم ان دائرة الاخلاق او منع نطاقا من دائرة القانون .

ومما يدخل في القاعدة الاخلاقية واجب الانسان نحو نفسه ومنم اي اذى جسدي بالكيان البدني (الاخلاقية الفردية (Morale individuelle) وواجب الشخص نحو غيره(الاخلاقية الاجتماعية -Mo-rale Sociale) فالقانون يتدخل لتأكيد القواعد الاخلاقية كتدخله لمنم الاجهض حفاظا على حياة

الجنيين وسلامة بدن الام وكممن الانتحار وعقاب كل من حرض او ساعد الانتحار او الحق الاذى بحسبه
تهربا من الخدمة الوطنية العسكرية وكممن ممارسة البغاء وغيرها^(١) .

لذلك فان الاتجاه الصحيح ان تدخل المشرع صراحة لسد النقص في ميدان بعض الاعمال الطبية
بالنص على بطلان بيع اعضاء او اجزاء الانسان لاي سبب كان تأكيدا للمفاهيم الاخلاقية الفردية
والاجتماعية ، اذ لا يكفي النص على تحريم او بطلان بيع اللذة الجنسية في قانون البغاء وانما
ضرورة النص ومما يدخل في القاعدة الاخلاقية واجب الانسان نحو نفسه ومنم اي اذى جسدي
بالكيان البدني (الاخلاقية الفردية Morale individuelle) وواجب الشخص نحو غيره (الاخلاقية
الاجتماعية Morale Sociale) فالقانون يتدخل لتأكيد القواعد الاخلاقية كتدخله لمنع الاجتهاض
حفاظا على حياة الجنين وسلامة بدن الام وكممن الانتحار وعقاب كل من حرض او ساعد على
الانتحار او الحق الاذى بحسبه تهربا من الخدمة الوطنية العسكرية وكممن ممارسة البغاء
وغيرها^(٢) .

لذلك فان الاتجاه الصحيح ان يتدخل المشرع صراحة لسد النقص في ميدان بعض الاعمال الطبية
بالنص على بطلان بيع اعضاء او اجزاء الانسان لاي سبب كان تأكيدا للمفاهيم الاخلاقية الفردية
والاجتماعية ، اذ لا يكفي النص على تحريم او بطلان بيع اللذة الجنسية في قانون البغاء وانما
ضرورة النص على بطلان بيع الدم والانسجة البشرية الاخرى وتوضيح العقوبة لكل حالة وذلك
فاعلة واحدة حفاظا على انسانية ولصيانته مبدأ التكامل الجسدي^(١) . فما الفرق البغي التي تبين
منافع الجسد واخر يتاجر به ؟

فضلا عن ذلك ان جميع الاديان السماوية رفعت مكانة الانسان بين المخلوقات وحظرت التعامل
المالي على جثته بعد وفاته او على اجزائه في اثناء الحياة تكريما له .

الانه قد يصعب الحكم في بعض الحالات عن بعض التصرفات القانونية ما اذا كانت عملا باطلا او
هي صحيحة كالمقايضة بين كلية او قرنية او كمية من الدم من فصيلة نادرة(- ٥) لقاء ايجاد عمل
شريف للمتنازل لكي يعيش او لقاء قطعة ارض زراعية يفلحها او شقة سكنية يسكن فيها مع
اسرته فما هو الحكم القانوني ؟

لم تجز بعض المنظمات^(٢) ، مثل هذه التصرفات القانونية رغم ان جوهر الالتزامات المدنية
يختلف كثيرا عن حالة بيع الاعضاء ادمية بسبب الحاجة الى المال ، ومثل هذه الاعمال تكثر في
ذلك المجتمع الرأسمالي حيث ينتعش الاستغلال من القوي للضعيف وينشط دور السماسرة
والتجار .

= ٣ - لاعقاب على من شرع في الانتحار . غير ان قانون العقوبات العسكري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل
يعاقب على حالة الشروع في الانتحار تخلصا من الخدمة العسكرية ولا شك ان في هذا عدم انسجام بين
القانونين . (المادة ٧٣) .

الدكتور حبيب ابراهيم الخليي - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات
الجامعية - الجزائر ١٩٨٠ ص ٣١ - ٣٢ .
الدكتور رمضان ابو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ج ١ القاعدة القانونية - الدار الجامعية -
بيروت ١٩٨٣ ص ٨٤ .

(١) يذكر الاستاذ(هنري باتيفول) : (ينطوي علم الاخلاق على واجب الانسان في ان يصون حياته الاخلاقية وينميها
فكل امر يؤدي تجاهله الى مس هذه الحياة الاخلاقية يبدو كانه مجردا مكان يجوز استعمله تبعا للظروف) .
هنري باتيفول - فلسفة القانون - ترجمة الدكتور سموي فوق العادة - بيروت .

(٢) حاول بعض اطباء الامريكيين استحصال الحكم القانوني باجازة اعمال المقايضة على الاعضاء البشرية ولم تقبل
جهات متعددة منها (منظمة الغذاء والدواء الامريكية) التي رفضت ذلك . في حين ان رجل الاعمال الكندي
(ايدان فينفرست) اقترح عام ١٩٨٤ ان تتم التسوية مسبقا بين البائعين (الفقير) والمشتري (الغني) على
اسعار اجزاء الجسد وفي ان يضع البائعين بدنه بعد موته في خدمة من يرغب بشرائه على ان يكون الدفع مقدما
وللبائعين الحق في بيع اعضائه واجرائه بالتقسط . صحيفة الثورة البغدادية ليوم ١٩٨٨/٦/٢٠ ص ١٢ .

(١) خصص المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على
الاشخاص وتكلم في الباب الاول عن (الجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة بدنه) وخصص للقتل العمد (المواد
٤٠٥ - ٤٠٩) ثم بين في المادة ٤٠٨ للانتحار على النحو التالي :

(١) - يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبعم سنوات من حرص شخص او ساعده باية وسيلة على الانتحار اذا تم
الانتحار بناء على ذلك . وتكون العقوبة الحبس اذا لم يتم الانتحار ولكن شرع منه .

٢- اذا كان المنتحر لم يتم عشرة من عمره او كان ناقص الادراك او الارادة عد ذلك ظرفا مشددا ويعاقب الجاني
بعقوبة القتل عمدا او الشروع فيه - بحسب الاحوال - اذ كان المنتحر فاقص الادراك او الارادة .

٣- لاعقاب على من شرع في الانتحار . غير ان قانون في الانتحار نخلصا رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل يعاقب
على حالة الشروع في الانتحار تخلصا من الخدمة العسكرية ولا شك ان في هذا عدم انسجام بين القانونين .
(المادة ٧٣)

الدكتور حبيب ابراهيم الخليي - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات
الجامعية - الجزائر ١٩٨٠ ص ٣١ - ٣٢ .
الدكتور رمضان ابو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ج ١ القاعدة القانونية - الدار الجامعية -
بيروت ١٩٨٣ ص ٨٤ .

(٢) خصص المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على
الاشخاص وتكلم في الباب الاول عن (الجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة بدنه) وخصص للقتل العمد (المواد
٤٠٥ - ٤٠٩) ثم بين في المادة ٤٠٨ للانتحار على النحو التالي :

(١) - يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبعم سنوات من حرص شخص او ساعده باية وسيلة على الانتحار اذا تم
الانتحار بناء على ذلك . وتكون العقوبة الحبس اذا لم يتم الانتحار ولكن شرع فيه .

٢- اذا كان المنتحر لم يتم الثامنة عشرة من عمره او كان ناقص الادراك او الارادة عد ذلك ظرفا مشددا ويعاقب
الجاني بعقوبة القتل عمدا او الشروع فيه - بحسب الاحوال - اذ كان المنتحر فاقص الادراك او الارادة . =

الاسلامي^(١) . كما تركت مدرسة القانون الطبيعي تأثيراتها الواضحة في الفقه المدني الفرنسي وعلى واضعي القانون المدني الفرنسي ، وهي تقر ان الانسان يولد حرا بطبيعته وليس لاي سلطة مهما كانت ان تحد من هذه الحرية الا بالقدر الذي يحقق سعادة المجتمع ، ومن انصار مدرسة القانون الطبيعي (القديس توما الاكويني) ثم جاء من بعده كروسيوس^(٢) .

المبحث الثالث

موقف التشريعات الوضعية

لم تتفق التشريعات الوضعية على اتجاه موحد من تنظيم الحكم القانوني للعمل الطبي في نقل الاجزاء والاعضاء البشرية . فالبعض من الدول نصت على بعض جوانب هذا الحكم في القانون المدني وضمن مبدأ حرمة جسد الانسان ، بينما تركت بعض الدول تنظيم عمليات نقل الاعضاء لقوانين متفرقة ، بعضها يتعلق بنوع العضو البشري المراد نقله وغرسه كالعين او الكلية ، وبعضها يخص الجثة بينما لم تنظم بعض الاعمال الطبية كنقل الدم حتى الان بقانون معين كما هو الحال في العراق .

وقد جاءت قلة من القوانين صريحة في معالجة موضوع التصرف القانوني ببيع الاجزاء والاعضاء البشرية او بيع الجثة ومن هذه القوانين القانون المصري الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم الذي اباح البيع ، في حين ان تشريعات اخرى سكنت عن بيان الحكم من جواز او عدم جواز التصرف بالبيع ، بينما ذهبت الكثير من التشريعات الى تحريم بيع الاعضاء البشرية وعدته تصرفاً باطلاً لمخالفته النظام العام والاداب الحسنة .

ولغرض القاء الضوء على اهم هذه التشريعات وبيان مواقفها المتباينة من بيع الاجزاء والاعضاء الادمية لابد من تقسيم المبحث على الشكل التالي :

المطلب الاول - موقف المنظمات الاقليمية والدولية .

المطلب الثاني - حكم بيع الاعضاء في الدول الاجنبية .

المطلب الثالث - حكم بيع الاعضاء في بعض القوانين العربية .

(١) انظر الاطروحة القيمة لزميلنا الدكتور محمد شريف احمد - فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين - شباط ١٩٧٦ ص ٢٥٨ .

(٢) تفصل اراء توما الاكويني وكروسيوس انظر :

الدكتور منذر الشاوي - مذاهب القانون - مجلة العدالة - العدد ٢ السنة ١٩٧٥ ، ص ٣٣١ - ٣٣٢ .

د . احمد محمود سعد - زرع الاعضاء - ص ٢٤ - ٢٥ .

د . حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ٢٢ وما بعدها .

الدكتور بدر جاسم اليعقوب - المرجع السابق - ص ١٢١ .

هذا فوق ان انصار بيع الاعضاء الادمية لم يتطرقوا الى مسألة موضوع اهلية المتنازل وحكم تصرفه وهل يعني ذلك الرجوع للقواعد العامة ام ان لها قواعد خاصة ؟ ثم كيف لم يلحظ انصار هذا الاتجاه ان كثيرا من الفقه الفرنسي والعربي ، وسبقهم الى ذلك الفقه الاسلامي ، منعوا البيع الوارد في هذا الخصوص حفاظا على كرامة الادمي ؟ ونعتقد ان الثمن النقدي يحط من القيمة الانسانية للانسان ويشجع على السمسرة ويفقد القيم .

فأي شعور يدور في خلد من يقبض ثمنا لقنينة من دمه قياسا الى مشاعر الشخص الذي يهب لنجدة مريض متبرعا انقاذا لحياته ولا يدفعه سوى حب الخير والايثار والتضحية والقيم الانسانية النبيلة ؟ والفارق بين الاثنين ليس كبيرا بل عظيما ويستحق الثاني والتقدير وللاول الاحتقار والاستهجان . وكذا الحال فيمن يبيع جثته مسبقا وبين يوصى بجثته للاعراض العلمية والتشريحية خدمة للانسانية .

ونقترح بهذه المناسبة على دوائر الدولة والقطاع الخاص تقديم المكافآت والتكريم لمن يضحى لمن اجل الاخرين فتقوم شركة التأمين مثلا بتقديم بوليصة تأمين على الحياة لمدة ١٠ سنوات بمبلغ معين وتتولى الصحف الاشادة باسمه وتذكير الناس بدوره من اجل توطيد القيم الخيرة في المجتمع . ثم ان المساس بالتكامل الجسدي في الحالتين قائم الا ان الثاني كان باسم القيم الانسانية والتضامن الاجتماعي لا من اجل الدراهم المعدودة والانسان اسما من ان تقييم اعضاؤه بالنقود ، فهو القيمة العليا وهو ارقى المخلوقات .

والخلاصة فان الحقوق المتعلقة بشخص الانسان عديدة منها حق الشخص في سلامة كيانه البدني وحياته في مواجهة الغير والشخص نفسه وحقه في سلامة كيانه الادبي كالشرف والسمعة والاعتبار وفي سلامة حرياته الشخصية ، غير ان اهم هذه الحقوق (الحق في الحياة)^(١) . فلا يجوز الاتفاقات بين طرفين على ا يقوم احدهما القيام بقتل اخر رحمة به اذ ليس للانسان سلطة على روحه ولا على جسده ومثل هذا الفعل لا يعفي الجاني من المسؤولية الجنائية والمدنية حتى لو اثبت رضاه المجني عليه بذلك .

ومن البديهي ان مسألة الحقوق الطبيعية للصيقة بشخص الانسان المشار اليها ترجع الى الفقه

(١) انظر حول ذلك تفصيلا :

JEAN CARBONNIER - DROIT CIVIL - op cit. (pp. 234-235)

BORIS STARCH - DROIT CIVIL - op. cit. pp. 79-81.

BERNARD TEYSSIE - DROIT CIVIL- op. cit. pp. 14-16.

الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحميد الجمال - المرجع السابق - ص ٣٢٤ وما بعدها .

الدكتور رمضان ابو السعود - المرجع السابق - ص ٥١١ وما بعدها .

المطلب الاول

موقف المنظمات الاقليمية والدولية

لم تغفل اللجنة الفنية لمجلس وزراء العرب مسألة بيع الاعضاء الادمية ففي اجتماعها المعقود في تونس (كانون الاول ١٩٨٦) الذي خصص لنقل وزراعة الاعضاء الجسمية للانسان ، درست الموضوعات المتعلقة بالموضوع واعد مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الاعضاء البشرية فجاء في المادة (٧) منه ما يلي :

«يحظر بيع وشراء الاعضاء بأي وسيلة كانت او تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي اجراء العملية عند علمه بذلك» .

واذا كانت اللجنة الفنية اتخذت موقفاً صائباً من مسألة حظر التعاقد بالبيع على اعضاء الجسد ، واغفلت الاشارة الى الاجزاء كالدماغ ، الا انها لم تكن موفقة في صياغة النص المقترح لأن النص ورد مطلقاً في الحظر وهو اتجاه غير صحيح . وفي اعتقادنا يلزم التفرقة بين الثمن النقدي كمقابل مادي في عقد البيع وهو ما يجب اعتباره من الالتزامات الباطلة ومنع الطبيب الاختصاصي او المستشفى من مباشرة اجراء العملية عن العلم بذلك ، وبين المقابل العيني او النقدي او الاثني معاً الذي يقدمه المتلقي او اسرته تعبيراً عن العرفان والتقدير والمحبة للموقف من المتنازل . وللتمييز بين الحالتين يتم الركون الى مختلف الظروف .

فالمقابل الاخير التزام صحيح من المتلقي ويكون التزام الواعد بارادته المنفردة معلقاً على شرط واقف ولا يؤثر هذا المقابل في بطلان الالتزام المدني . فالمتلقي للعضو او اسرته مثلاً لا بد ان يعبروا عن مشاعرهم لمن انقذ حياة الشخص المريض وقد لا تكفي الالفاظ عن هذه المشاعر فتقدم للمتنازل قطعة ارض او سيارة او شقة سكنية او بوليصة تأمين على الحياة او كمية من الذهب والنقود او غيرها . ورغم ان النتيجة واحدة هو وجود المقابل المادي الا ان الفارق كبير بين الحالتين .

اما منظمة الصحة العالمية فقد جاء في تقرير المدير العام للمجلس التنفيذي في الدورة ٧٩ المؤرخ (٣-١٢-١٩٨٦) على ان الاتجاه العام في المنظمة من اعضائها هو حظر بيع العضو البشري لأنه من الاعمال غير الاخلاقية ان يقدم الشخص احد اعضائه لقاء ثمن نقدي ، الا انه ليس من قبيل عدم الاخلاق تعويض مانح حي عن نفقاته الشخصية اثناء فترة التحضير وعن اعملية الجراحية التي تجرى له وعن فترة الشفاء ما بعد العملية^(١) ، لاسيما وان القدرة على الكسب

(١) البند ٧-٢ من جدول الاعمال المؤقت للتقرير المذكور ص ١١ .

ستكون اقل من السابق .^(١)

كما أقر مجلس مجمع الفقه الاسلامي في جدة في شباط ١٩٨٨ عمليات زرع الاعضاء البشرية والحكم الشرعي منها الا انه اشترط ان يتم نقل وزرع الاعضاء ليس عن طريق البيع للاعضاء ، فجاء عن المجلس في احدي قراراته مايلي :

«اذ لا يجوز اخضاع اعضاء الانسان للبيع بمال ما ، اما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة او مكافأة وتكريماً فمحل اجتهاد ونظر» .^(٢)

المطلب الثاني

حكم بيع الاعضاء في الدول الاجنبية

لم تكن التصرفات القانونية على الاعضاء البشرية عن طريق التعاقد عليها بشرائها من اصحابها محظورة في الولايات المتحدة الامريكية وانما كانت خاضعة للعرض والطلب والمساومة على الثمن ، فمن يملك المال يحصل على ما يريد حتى صدور (القانون الوطني لغرس الاعضاء) عام ١٩٨٤ اذ حلت هذه المشكلة وتم منع البيع في ميدان غرس الاعضاء البشرية .^(٣)

وعلى الرغم من وجود هذا المنع الواضح في تحريم بيع الاعضاء البشري ، الا ان الجسم البشري ظل مادة تجارية رابحة بيد السماسرة والمهربين الامريكيين يبيعون الاجزاء والاعضاء كأي سلعة تجارية تحقق لهم الارباح الكبيرة حيث بدأت المتاجرة اولاً باجساد الاطفال ، ففي ١٠-٥-١٩٨٧ كشف النقيب في غواتيمالا عن تصدير (١٢) طفلاً تتراوح اعمارهم بين خمسة اشهر الى ١١ سنة الى الولايات المتحدة الامريكية وانتزعت بعض اعضائهم من ابدانهم لغرسها في اجساد ابناء الاثرياء .^(٤)

(١) ذكر الفقه المدني ان التجارب اثبتت عدم تحقيق الاضرار للمتنازل عن الكلية فلا تنقص قدرته الجسدية بل يمكن للانسان ان يحيا بكلية واحدة وقدرت وكالة التأمين الامريكية نسبة الخطر ١٢٠٪ وهي شبيهة بمن يسير بسرعة ١٦ كم في الساعة بسيارة في يوم عمل من حيث درجة المخاطر بينما تكون نسبة الفائدة للمتلقي ١٠٠٪ .
د . حسام الالهواني - المرجع السابق - ص ٣٦ . د . أحمد محمود سعد - المرجع السابق - ص ٢٩ .

(٢) الفقرة (سابعاً) من قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي المنعقد في جدة (٦-١١ شباط) ١٩٨٨ .

(٣) البند ٧-٢ من جدول الاعمال المؤقت للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية ص ١١ .

(٤) كشف هذه الواقعة (بودليير هيشو) مسؤول الشرطة الوطنية وذكر بأن هذه المرة هي الرابعة خلال ستة اشهر يتم فيها اكتشاف بيوت التسمين في كل من غواتيمالا وهندوراس لاعداد الاطفال وتصديرهم الى الجهات الثرية المستفيدة . وانظر : تصريح وزير الصحة الهندوراسي بهذا الخصوص .
جريدة الثورة البغدادية - (التقارير الاجنبية) - صحيفة يوم ٣٠-٦-١٩٨٨ ص ١٢ .

وطبقاً للقانون الانجليزي Common Law ان الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني بجسده اذ يحظر القانون الانجليزي التصرف ببيع جثة الشخص او العضو الجسدي اثناء الحياة الا انه يجيز للانسان ان يحدد طريقة الدفن او تشريح الجثة او الوصية بها الى جهة علمية او مركز بحث علمي^(١).

كما يستطيع الشخص ان يطلب تجميد جثته بعد وفاته أملاً في العثور على العلاج للمرض الذي مات بسببه من اجل مصلحته وفائدة الجميع .

واذا كانت فكرة معصومية جسم الانسان وقدسيته لم تجز المساس بكيان الانسان فلم تنظم القوانين المدنية الا المعاملات المالية فان الاتجاه الحديث يميز المساس بجسد الانسان في مجالات ثار حولها الجدل والاختلافات الفقهية والتباين في النصوص القانونية وتنشأ المسؤولية المدنية او الجنائية عند تجاوزها ، غير ان الاتجاه العام بقي في اطار المحافظة على هذه القدسية ومنع بيع الاعضاء البشرية او جثة الانسان لأن هذا التصرف يتنافى وهذه القدسية .

ففي فرنسا اتجه الرأي في ميدان الفقه المدني الى حماية الكيان البدني للانسان في مواجهة الغير من جميع اشكال الاذى يسبب الضرر الجسمي سواء نشأ عنه ضرر مادي ومعنوي ام مساس ممنوع فقط ، ومن اوجه الحماية التشريعية لهذا الكيان حق الضرر في طلب التعويض عن الاضرار البدنية التي لا تثبات او نفي البتة مثلاً الا انها لا تستطيع اجباره على ذلك^(٢) ، لأن هذا الاجبار يتعارض وحق الانسان في سلامة الكيان الجسدي .

ان النظام القانوني الفرنسي يخلو من تنظيم تشريعي لموضوع بيع الاعضاء البشرية فهل يعني ذلك جواز البيع لغياب النص التشريعي ؟

للإجابة عن ذلك نقول ان غياب النص التشريعي في فرنسا لا يعني اباحة عمليات زراعة الاعضاء البشرية بكل حرية دون ضوابط وانما يلزم خضوع الاعمال الطبية للنظرية العامة للالتزامات المدنية في قانون نابليون ١٨٠٤ ولقانون العقوبات الفرنسي (المادتان ٣٠٩ و ٣١١) عند حصول الضرر بسلامة الكيان البدني^(٣).

(١) الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ١٦٦ .

وفيما يخص سلامة الكيان البدني والمساس به بالانتحار ، كان القانون الانجليزي يعاقب من يحاول الانتحار منذ عام ١٨٥٤ حتى عام ١٩٦١ حيث الغيت العقوبة وبقيت المسؤولية الجنائية قائمة على من يشترك او يساعد او يحرض على محاولة ايداء النفس بالانتحار وقد تمتد عقوبة الشخص المذكور لمدة لا تزيد على اربعة عشر سنة .

(٢) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحميد الجمال - المرجع السابق - ص ٣٢٧ .

(٣) صدر في فرنسامرسوم في ٢٠ - ١٠ - ١٩٤٧ ينظم بعض عمليات زرع الاعضاء البشرية الذي رخص =

ومن الاتفاقات لمخالفاتها للنظام العام وقواعد الاداب الحسنة بيع الاجنة الساقطة والمواليد الحديثة الميثة ، وقد تبين ان بعضا من المصانم المختصة في انتاج مساحيق التجميل في جنوب فرنسا تقوم بشراء هذه الاجنة والمواليد من المستشفيات الايطالية^(١).

وطبقاً للقانون الفرنسي ، فان المادة ٦ نصت على بطلان كل اتفاق يخالف النظام العام والاداب العامة^(٢) ، كما نصت المادة ١١٢٨ على انه لا يمكن ان يكون معلقاً لاتفاق مشروع الا الاشياء الداخلة في المعاملات ، ثم نصت المادتان ١١٣١ و ١١٣٣ على بطلان الالتزام الا كانت الباعث الدافع الرئيس غير مشروع ، يمكن ان تجعل من اتفاقات بيع الاعضاء البشرية باطلة .

غير ان هذه القواعد العامة تظل عاجزة عن تنظيم تفاصيل الاحكام القانونية لاعمال الطبية ومنها مسؤولية الطبيب او المستشفى ودورهم في حالة العلم بعملية البيع للعضو البشري وغيرها .

ان الاتجاه السائد فقهاً في فرنسا عدم اطلاق اباحة عمليات زرع الاعضاء البشرية (أراء الفقهاء سافاتييه وديموج وبلانيول وربير وايسمان ومازو) لأن مثل هذه الاعمال الطبية تخالف القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي ونصوص محل الالتزام العقدي وسبب الالتزام وتتنافى مع الحق في سلامة البدن لأن سلامة الحياة والجسد فوق كل اعتبار ولأن الحياة لا تدخل في التعامل المالي وان رضا المتنازل عن عضو من جسده لقاء ثمن نقدي باطل^(٣).

= للمؤسسات الطبية تطبيق التشريع على الجثة ونقل الاعضاء بهدف علمي او علاجي ولم يذكر حالة التصرف القانوني بالبيع . ثم صدر قانون رقم (٧٦/٧٧٨٧) في ٢٢ - ١٢ - ١٩٧٦ اجاز بموجبه التبرع بالعضو البشري من الشخص البالغ المتمتع بقواه العقلية وموافقة الولي المختصة فان رفض القاصر ذلك يلزم احترام رغبته . الا ان القانون جاء خالياً من الاشارة الى حكم بيع العضو البشري .

د . عادل عبد ابراهيم - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - موندلية ١٩٨٧ (بالفرنسية) . انظر الفصل الخاص بزراعة الاعضاء البشرية .

(١) اكتشف عمدة مرسيليا عام ١٩٨٤ هذه الحالة ونشرتها الصحف الفرنسية والجزائرية وبتاريخ ٣٠ - ٦ - ١٩٨٨ نشرت جريدة الثورة البغدادية (ص ١٦) خبراً تحت عنوان (سماسرة للمتاجرة بأعضاء الجسم وماقيا لتهديب قطع الفيار البشرية) جاء فيه : ان احد اساتذة جامعة سينول في كوريا الجنوبية كان يقوم باجراء العمليات القيصرية للحوامل اللواتي لم يكملن بعد الشهر الثامن من الحمل بحجة وجود المضاعفات الولادية لغرض الاستفادة من اعضاء الجسم للجنين . وصرح للصحيفة اليابانية (اساهي شيمبون) انه في عام ١٩٦٩ كانت مختبرات الصحة والادوية (فلو) في روكفيل بماريلاند في امريكا قد عرضت عليه خمسة عشر دولاراً لقاء زوج من كلية جنين بهدف قيامها بالبيع ثانية لمن يحتاجها .

(٢) انظر مفهوم النظام العام في القانون المدني الفرنسي

MAZEAUD (H.L.J)- LECONS DE DROIT CIVIL-TOME DEUXIEME-PARIS 1966 P. 230.

(٣) انظر : =

المطلب الثالث

حكم بيع الاعضاء في بعض القوانين العربية

قبل بيان الحكم القانوني مع بيع الاعضاء والاجزاء البشرية ، لابد من الاشارة اولاً الى ان القوانين المدنية العربية والقوانين الخاصة الطبية لم تنص على مسألة تنظيم الاعمال الطبية في نقل وغرس الاعضاء البشرية عن طريق التصرف القانوني بالمقايضة .

والمقايضة عقد تبادلي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلاً لما يعطي ولا يكون المقابل فيه من النقود تمييزاً له عن عقد البيع . ومن الممكن ان تتصور ظهور مصلحة مشتركة لطرفين محتاجين يتبادلان بالاعضاء او الاجزاء البشرية . بل هي قائمة فعلاً في مجال نقل الدم البشري حتى عند عدم وجود نص قانوني ينظم هذه الاعمال الخطيرة و نعتقد ان تصور القانون الطبي هذا لا يعني الحظر لهذا التصرف .

اما عن حكم البيع ، فلابد من الاشارة الى ان القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ ، الذي نظم عمليات زراعة الكلية للمرضى ، اغفل النص على منع بيع وشراء الكلية او حتى الاعضاء البشرية الاخرى القابلة للنقل والزرع من الاعضاء المكررة ولم نجد ما يشير ايضاً الى منع بيع الجثث . واما هذا النقص التشريعي هل يعني ذلك جواز البيع الوارد على الاعضاء والاجزاء البشرية في دولة الكويت ؟

ثم نتساءل ما مدى صحة هذه التصرفات القانونية ان وجدت ؟ وهل ينضوي هذا العمل تحت نطاق المواد (١٦٧، ١٧٢، ١٧٦)^(١) ، من القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠ الخاصة بمحل الالتزام العقدي وبمحل الالتزام عموماً الذي يلزم الا يخالف النظام العام والاداب العامة ؟

ان الجواب عن ذلك يكون بالاجاب ، فالقصور الحقيقي في التشريعات الطبية الكويتية المنظمة

(١) نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ الذي نفذ من ٢٥ - ٢ - ١٩٨١ ما يلي : (يلزم ان يكون محل الالتزام ، الذي من شأن العقد ان ينشئه ، ممكناً في ذاته ، والا وقع العقد بطلاً) . والامكانية هنا معناه عدم الاستحالة من الناحيتين القانونية والطبيعية والا وقع العقد باطلاً اذ لا التزام بمستحيل . كالاتزام باجاء ميت او الالتزام برفع الاستئناف بعد انقضاء مدته .

كما نصت المادة ١٧٢ على ما يلي : (اذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون او للنظام العام او لحسن الاداب ، وقع العقد باطلاً) . ولم يبين المشرع الكويتي مفهوم النظام العام والاداب الحسنة شأنه شأن العديد من القوانين الوضعية الاخرى .

ونصت المادة ١٧٦ على ما يلي : (١- يبطل عالعقد ، اذا التزم المتعاقد دون سبب ، او لسبب غير مشروع . ٢- ويعتد ، في السبب ، بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد الى التعاقد ، اذا كان المتعاقد الاخر يعلمه ، او كان ينبغي عليه ان يعلمه) .

وبهذه المناسبة يشير جانب من الفقه الفرنسي رافضاً عمليات التعاقد على الاعضاء البشرية والتصرف فيها عن طريق البيع قائلاً : لا يوجد المقابل النقدي لاعضاء جسم الانسان الا في مسرحية شكسبير (تاجر البندقية) أي المدين الذي يعطي ٢ كيلو من لحم جسده مقابل مبلغ من المال لم يقدر على سداه .^(١)

اما بالنسبة للتشريعات الايطالية فان المادة (٥) من القانون المدني الايطالي منعت القيام بأي عمل يمس سلامة الحياة والبدن لتعارضه مع مبدأ التكامل الجسدي اذا كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها ، وصدر قانون ينظم عمليات غرس الكلية في ٢٦ - ٦ - ١٩٦٧ ، واذا كان الغرس للاعضاء البشرية جائزاً لاسيما (غرس الكلية) الا ان هذا العمل الطبي وضعت له ضوابط منها ان يكون الغرس بين الاقارب حتى الدرجة الثانية وان يكون مصدره التبرع فالبيع محظور والالتزام الاطراف يكون باطلاً ولا اثر له ان ورد في صورة بيع الاعضاء ، وقد اوجب المشرع الايطالي ان يكون التنازل من الاجنبي عن عضو من جسده بدون مقابل .^(٢) الا ان المشرع الايطالي اغفل مسألة مهمة وهي عدم الاشارة الى المقابل النقدي او العيني الذي يسلم للمتنازل لتغطية نفقات المعالجة اثناء وبعد العملية وعند تكريمه بمقابل كوثيقة تأمين او سفرة مجانية او غيرها فلم يبين حكم ذلك .

JEAN CARBONNIER- DROIT CIVIL-4-PI

MAZEAUD (H.J.L)- OP. Cit. PP. 222-223.

CODE CIVIL 1987- Article 1131, 1133.

ولم يحدد المشرع الفرنسي تعريف السبب ولا مفهومه ولهذا فسر القضاة الفرنسي على انه الباعث الدافع الرئيس . نصت المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي على ان الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يصرح بسببه . وقد عدلت هذه المادة ووضعت التطبيق عام ١٩٨٨ :

MISE Jour 1988 De Code Civil 1987 P. 20.

(١) انظر : تفصيل هذه الآراء : د . احمد محمود سعد- المرجع السابق- ص ٢٢ - ٢٤ - ٢٦ .

عبدالسلام التونسي - المرجع السابق- ص ٢٢٤ .

MAZEAUD (HJL) opcitP

(2) NERSONES SUR LE DROIT CIVIL-REV TRIM 1970-P -

مشار اليه في مؤلف د . احمد محمود سعد ، ص ٣٢ هامش رقم ٣ .

(٣) احمد محمود سعد - ص ١٩ - ٢٠ .

على المانح للعوض ان يتنازل بدون مقابل ويتقدم بطلب للمقاضي المختص الذي يقوم بتبصير الاطراف بخطورة العمل فان رفض الطلب يمكن النظر فيه مجدداً من المجلس الاستئنافي وعلى ان يكون مؤمناً مسبقاً من الاخطار الحاضرة والمستقبلية من العملية الجراحية علماً ان القضاء الايطالي اجاز عمليات غرس الاعضاء منذ عام ١٩٣٤ رغم غياب النص التشريعي .

وهذا النص المقترح من النصوص العامة التي تقابل ما ذكرته المادة ٥٠ من القانون المصري والتي تخص الحق في الحياة والحق في سلامة البدن والحق في سلامة الكيان الادبي كالسمعة والشرف وغيرها ، حيث يحق للمضروب المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حل به ، سواء أكان الضرر من الاضرار المادية ام المعنوية أم عن النوعين معاً حسب ظروف الضرر ونوع الضرر .

ونشير كذلك بأن نصوص قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ جاءت ناقصة عن معالجة الكثير من الحالات الخاصة بالكيان البدني والجثث ، فلم يبين حكم مصير الجثث للعراقيين والعرب والاجانب من الاشخاص مجهولي الهوية الى ان صدر التعديل الرابع لقانون الصحة العامة في عام ١٩٨٧ .^(١)

لقد جاء قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠^(٢) ، لتنظيم الاعمال الطبية الواردة على العيون فقط . وقبل عام ١٩٧٠ لم نعثر على نصوص قانونية تنظم الاعمال الطبية في زرع الاعضاء او التجارب الطبية او الاعمال الجراحية او غيرها وهذا يعني الرجوع لقواعد الشرع العام (القانون المدني) لذي كان هو الاخر غافلاً عن تنظيم ذلك مما يوجب الاستعانة بأركان العقد وقواعد الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) الى جانب نصوص القانون الجنائي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل (المواد ٤٠٥ وما بعدها) وهي الجرائم الواقعة على الاشخاص . كذلك الرجوع الى قانون العقوبات العسكري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل بالنسبة للعسكريين .^(*)

ان قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ لم ينص على منع بيع وشراء العيون البشرية

(١) انظر هذا التعديل في المجموعة الشهرية للوقائع العراقية . ايار ١٩٨٧ قانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٧ .

(٢) نشر بجريدة الوقائع العراقية عدد (١٨٨٥) ١٩٧٠ .

اصل القانون يعود لقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ المصري .

(*) خصص قانون العقوبات العسكري العراقي المواد (٧٠-٧٣) لتنظيم حالات التمارض او الحاق الاذى بالنفس للتخلص من الخدمة العسكرية وحالة تأخير الشفاء من العسكري وطرق الاحتياك للتخلص من الخدمة العسكرية . فالمادة (٧٠) وضعت العقوبة على كل عسكري تمارض او سبب في نفسه مرضاً او عاهة بدنية تخلصاً من الخدمة العسكرية كقطع الاطراف او الساق او غيرها ولا شك ان ثبوت تنازل العسكري عن جزء من جسده او عضو منه كالعين للتخلص من الخدمة يدخل تحت لواء هذه العقوبة .

كما ذكرت الفقرة (ب) على تطبيق نفس العقوبة اذا تعمد بنفسه او سمح لغيره تعطيل عضو من اعضاء جسمه او من اعضاء عسكري اخر او اوقع الضرر بنفسه عمداً او بواسطة غيره ابتغاء ان يجعل نفسه او غيره غير اهل للخدمة العسكرية . والعبرة هنا بالباعث الدائم عند تنازل العسكري عن عضو من اعضائه للكشف عن مدى صحة الالتزام المدني .

كما يعاقب العسكري بالاعدام اذا وقع الفعل حيث مجابهة العدو . ونصت المادة (٧١) على عقاب من يؤخر شفاؤه من المرض او يزيد في العاهة تخلصاً من الواجبات العسكرية . وجاءت المادة (٧٢) مبينة عقاب العسكري الذي يحتال للتخلص من الخدمة العسكرية .

لعمليات نقل الكلية يوجب تطبيق الشرع العام وهو (القانون المدني) . كما نعتقد ان اتجاه المشرع الكويتي لا يقبل حتما ان يكون هناك التزام مدني لايرتكز على قواعد اخلاقية فردية واجتماعية مقبولة ومنسجمة مع الاخلاق العامة والاعراف الاجتماعية وقواعد الشريعة الاسلامية .

كما لا تتفق مع ما اتجه اليه المشرع المصري حين حدد بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ ان احد مصادر الحصول على الدم من البشر يكون عن طريق الشراء وحسب تسعيرة محددة قانوناً وهي (٥٠) قرشاً للقينة الواحدة كما لم يحظر قانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ التعامل المالي على اليون البشرية .

بل ان ذات الانتقاد يوجه الى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الذي حل محل القانون سالف الذكر . هذا فوق ان المشرع المصري لم ينظم عمليات زرع الاعضاء البشرية الاخرى فهل يسري القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ على جميع عمليات النقل والغرس ام يقتصر على غرس العيون فقط ؟

ان هذه الاسئلة المهمة تحتاج الى الاجابة لأن هناك تبعات قانونية تنشأ على كل موقف ، سواء فيما يخص المسؤولية الجنائية ام بالنسبة للمسؤولية المدنية فقط . فهل ان الطبيب الذي ينقل جزءاً من جلد الشخص لغرسه في جسد آخر يعد مرتكباً لجريمة الايذاء والجرح العمد ام يعد عمله صحيحاً ولا مسؤولية عليه ؟ وما حكم حالة الضرورة ؟ وما هو الوضع القانوني لعديم الادراك او ضعيف الادراك ومن هو في حكمه بالنسبة لرضا الشخص المذكور او من ينوب عنه ؟

ويرى جانب الفقه المصري الى انه يمكن القياس في عمليات غرس الاعضاء البشرية ، والى ان ذلك لا يتعارض مع نص المادة (٥٠) من القانون المدني ، على ما نصت عليه الاداة ٤٣ من الدستور المصري من جواز اجراء التجربة الطبية بعد الحصول على موافقة الشخص ، بينما يرفض البعض مثل هذا القياس^(١) .

اما في العراق فان القانون المدني لسنة ١٩٥١ لم ينص على نقل وغرس الاعضاء البشرية ولا على ما يقابل نص المادة (٥٠) من القانون المدني المصري . واما المادة ٤١ من القانون المدني العراقي فهي ليست الا محصورة بالحق في حماية الاسم . كما اغفل مشروع القانون المدني العراقي الجديد كذلك النص على بيان الحكم القانوني للاعمال الطبية المشار اليها الا انه نص في المادة ٦٧ على ما يلي : (لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب ذلك) .

(١) الراضون والمؤيدون لهذا القياس يراجع :

الدكتور احمد محمود سعد- زرع الاعضاء - المرجع السابق- ص ٦٤- ٦٦ .

(يمنع بيع وشراء الاعضاء بأي وسيلة ويمنح الطبيب الاختصاصي من اجراء عملية عند العلم بذلك) .

اما الجزاء القانوني على مخالفة هذه المادة فانه يتضمم مما نصت عليه المادة الرابعة على النحور الاتي يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف احكام هذا القانون) .

والسؤال الذي يطرأ هنا ، هل ان المسؤولية القانونية المذكورة تقوم حتى عند نجاح العملية ؟ ام عند فشلها ؟ ان النص جاء مطلقاً ويجوز اقامة الدعوى ممن له مصلحة في ذلك لأن لا دعوى بلا مصلحة وتكون المسؤولية مشتركة (تضامنية) ان كان الطبيب الاختصاصي عالماً بالبيع وعليه عبء الاثبات في نفي العلم . غير ان هناك استحالة مطلقة في معاقبة الشخص الذي يبيع قلبه او احد اعضاءه المنفردة لاستحالة معاقبته فتحدد المسؤولية على الطبيب فقط وربما على المستشفى ايضاً لأن المتنازل عن عضو يؤدي الى هلاكه لا يمكن ان يكون مردكاً لعمله ومن لا ادراك له يمكن ان يلتزم لانعدام الارادة وهي التي تنشيء الالتزام .

كما نشير الى ان التشريعات الوضعية لم تنص كذلك على حكم التصرف القانوني بالجثة عن طريق البيع او المقايضة وان حماية سلامة حياة وجسد الانسان وحقوقه الاساسية العامة الاخرى تمتد منذ لحظة التكوين (أي حينما يكون جنيناً) الى ما بعد الوفاة في صورة (حق الفرد في احترام جثته) .^(١)

وطبقاً لقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل فان المشرع يعاقب على انتهاك حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجناز والموتى في المواد من ٣٧٣ - ٣٧٥ لأنها من الجرائم الاجتماعية . الا ان بعض القوانين الوضعية اجازت للشخص ان يتصرف بجثته وفي طريقة الدفن او في تخصيص الجسد بعد الوفاة للاغراض العلمية او الطبية .^(٢)

(١) الدكتور رمضان ابو السعود- المرجع السابق - ص ٥١٧ .

(٢) الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق- ص ١٥٧ - ١٦١ .

من الاحياء او من الاموات (بموافقة الاقارب) لاغراض عمليات غرس القرنية . كما لم ينص على ضرورة حظر التصرف القانوني بالقرنية الواحدة ان كانت للشخص قرنية واحدة فقط . لأن العين الواحدة هنا بحكم العضو المنفرد التي يكون التصرف بها بأي طريق مفضياً الى الضرر والعاهة في الجسم .

نضيف على ذلك الملاحظات الاتية الواردة على القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وهي :

١- ان القانون المذكور لم يحدد انواع المصادر الاخرى للحصول على العيون كعيون ضحايا حوادث السيارات او عيون الاشخاص الذين ينتحرون وهل يجوز شرائها من اقاربهم بعد موتهم ، او بالنسبة لعيون الاشخاص الذين يحكمون بالاعدام .

٢- حصر القانون اجراء العمليات على العيون في المستشفيات الحكومية وهو حصر لا مبرر له اذ حدد مصارف العيون والمستشفيات التي يجري فيها الغرس وهو لا مبرر له خاصة بعد توسع وانتشار المستشفيات الخاصة في العراق .

٣- لم يكن المشرع العراقي موثقاً في صياغته لنص الفقرة (٢) من المادة الثالثة حين استخدم مصطلحي (القاصر) و (ناقص الاهلية) وهي صياغة ضعيفة . لأن الاهلية تتأثر بعاملين هما السن والعوارض (كالجنون والسفه والعتة والغفلة) . فالادراك هو الاساس وكان ينبغي استخدام مصطلح (ضعيف الادراك) ليشمل صغير السن ومن في حكمه وبيان حكم البيع في هكذا حالات .

٤- لم يحدد القانون معيار تحديد الموت هل هو موت جذم الدماغ ام موت القلب او موت الاثنين معاً ؟

وإذا كان المشرع العراقي لم ينظم نقل الدم البشري بقانون وان مجرد الضوابط او التعليمات التي يصدرها السيد وزير الصحة ليست كافية ، لهذا فان اعداد مشروع قانون لتنظيم نقل الدم بين البشر اصبح أمراً ضرورياً ويجب ان يذكر المشرع المنع الصريح من الحصول على الدم عن طريق البيع والشراء بين الاشخاص او بين الاشخاص ومركز جمع الدم للاغراض الطبية . وندعو الى سد هذا النقص ومحاربة الظواهر الاجتماعية المنبوذة اجتماعياً واخلاقياً في بيع الدم عن طريق المساومات والعرض والطلب عند ابواب المستشفيات والتأكد من فحص الدم وسلامته من الامراض .

الا ان المشرع العراقي ذكر لأول مرة في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ منع بيع الاعضاء البشرية ولم ينص على الاجزاء فجاءت المادة الثالثة على النحو الاتي :

المبحث الاول

التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة (١)

المقصود بالهبة عموماً تملك مال الاخر بدون عوض (٢) ، واذن المشرع الاردني على ذلك (تمليك الحق المالي حال حياة المالك) (٣) . فالهبة تصرف قانوني ينعقد بارادتين وقد نصت المادة ٥٥٨ من القانون المدني الاردني على ما يلي : (١- تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض ، ٢- يكفي في الهبة مجرد الايجاب اذا كان الواهب ولي الموهوب له او وصيه والشئ الموهوب في حوزته وكذا لو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته) .

ولم ينص القانون المدني العراقي على ما يقابل المادة سالفة الذكر لانها مجرد تطبيق للقواعد العامة في ان الهبة عقد ويلزم لانعقادها الايجاب والقبول والقبض في المنقول . كما اغفلت المادة ٦٠٨ من القانون المدني العراقي النص على (هبة الاجزاء او الاعضاء البشرية) وقد جاء النص عاما على النحو الاتي : (يشترط ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً اهلاً للتبرع . فان كان كذلك ، جاز له ان يهب في حال صحته ماله كله او بعضه لمن يشاء سواء كان له اصل له او فرعاً او قريباً او اجنبياً منه ، ولو مخالفاً لدينه) . والاختلاف في الدين لا يمنع من الهبة) .

واذا كانت الهبة تصرفاً قانونياً بارادتين لانتاج الاثر القانوني من المتعاقدين او من ينوب عنهما قانوناً فان الاثر المترتب هو (افتقار الواهب) و(اثر الموهوب له) على رأي الفقه المدني الراجح .

(١) المراجع المعتمدة في هذا التمييز انظر :

الاستاذ الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - ج ١ ص ٤٩١ .

الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور - المصادر الارادية للالتزام - ص ١٦-١٧ .

الدكتور غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام - ص ٧٦-٧٨ .

الدكتور بدر جاسم اليعقوب - اصول اللاتزام - ص ١٩٨ .

MAZEAUD (H.L.J)- LECONS DE DROIT CIVIL - op. Cit. P. P. 78-80.

الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي ترد على الملكية) ج ٥ - دار احياء التراث العربي - بيروت بدون سنة نشر ص ٥ وما بعدها .

الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحاميد الجمال - المرجع السابق - ص ٣٣٥ .

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ج ١ ، ١٩٦٧ ، ص ١٠٠-١٠٢ .

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في الاقنون المدني ج ١ ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) المادة ١/٦٠١ مدني عراقي .

(٣) نصت المادة ١/٥٥٧ من القانون المدني الاردني بأن : (١- الهبة تملك مال او حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض) .

الفصل الثاني

هبة الاعضاء البشرية

ابتداء لابد من القول ان التصرف القانوني في اتجاه الارادة المدركة الى التنازل عن العضو البشري او الجزء من جسم الانسان ، لاغراض العمليات الطبية وغرس الاعضاء البشرية ، هي الاكثر شيوعاً في الحياة العملية . فالمانح (الواهب) الحي يقوم بالتنازل عن الجزء او العضو لانقاذ حياة الاخرين وهو تصرف قانوني يقره الفقه المدني والتشريعات الوضعية اذا كان التنازل لا يلحق بالتنازل خطراً كبيراً حيث تقضي القواعد العامة الموازنة بين المصلحة والخطر .

غير ان هذه التشريعات والفقه المدني لم يستقر فيهما من تحديد الاهلية القانونية المطلوبة لتصرف الواهب المفقر له والذي يكون من جهة اخرى مثيراً للتمنازل اليه فهل يا ترى يشترط لصحة هذا التصرف الاهلية القانونية الكاملة او يكفي التمييز ؟ وهل يمكن للولي او الوصي او النائب القانوني بوجه عام ان يعبر عن رضا المانح ويكون رضاه صحيحاً ؟

كما يثار السؤال بخصوص شرعية التصرف المذكور اذ وجد المقابل النقدي او العيني في صورة التكريم او المكافأة فهل يؤثر على صحة الالتزام المدني ويجعله باطلاً ؟

للاجابة عن هذه الاسئلة لابد من توزيع الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الاول - التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة .

المبحث الثاني - موقف الفقه المدني .

المبحث الثالث - موقف التشريعات الوضعية .

ولنا ان نتسأل هنا عن حالتين : اولهما حكم النيابة الاتفاقية في الهبة بالاجزاء او الاعضاء البشرية عند غيبوبة المتنازل (الواهب) او المتلقي (الموهوب له) ، وثانيهما ، حكم هبة الشخص لعضو مزدوج من جسده للمساس بسلامة كيانه البدني وذلك من اجل التأثير على قدرته البدنية للعمل والكسب او تأخير الشفاء للاضرار بالدائنين ؟

ان احكام وقواعد النيابة الاتفاقية في القانون المدني جاءت قاصرة على الاموال فقط فهل تسري على الجسد والجثة ؟ ليس هناك نصاً قانونياً يمكن ان يعطينا الجواب الواضح ولا بد من الرجوع للقواعد العامة . اما عن السؤال الثاني فهو يتمثل في اضرار المدين بجسده وايذاء بدنه او صحته تخلصاً من ديون الدائنين كأن يتمارض المدين او يؤخر شفاءه بنية اضرار الدائنين بافتعال الذرائع لتأجيل الحالة مثلاً ؟

لقد جاء في المادة ٦١٠ من القانون المدني العراقي نص عام هو : (لا تجوز الهبة اضراراً بالدائنين) . وهذا النص اصلاً محصور بالاموال المنقولة والعقارية فلا تجوز هبة المنقولات او العقارات بهدف الاضرار بدائني الواهب لأنها تنقص من الضمان العام . وفي تقديرنا لا تسري على حالة هبة المدين لعضو من جسده او الحاق الاذى او احداث العاهة بالجسم للاضرار بالدائنين لأن المشرع العراقي اصلاً لم يدر بخلده مثل هذا التساؤل .

ومن القواعد العامة في مجال وسائل تحققت الهبة فانها تقم اما باعطاء حق عيني على منقول او عقار وهذه هي (الهبة العينية) حيث يلزم القبض او التسجيل لأن كلا منهما ركن لقيام عقد الهبة في القانون المدني العراقي ، واما بالنزول من الواهب للموهوب له عن حق عيني او عن حق شخصي كالدين وهذه هي (الهبة الابرائية) او في جعل الواهب نفسه مديناً للموهوب له وتلك يطلق عليها (هبة الالتزام)^(١) . كالقيام بعمل او تسليم شيء او الامتناع عن القيام بعمل .

بناء عليه فان التصرف القانوني في الاجزاء والاعضاء البشرية يكون طبقاً لعقد الهبة من طريق هبة الالتزام حيث يلتزم الواهب بالقيام بعمل وتسليم شيء وهو الجزء او العضو البشري للموهوب له لأن الواهب جعل نفسه مديناً للموهوب له دون عوض فقبل المخاطرة في التنازل عن الجزء او العضو . ولهذا السبب فان المشرع العراقي اوجب ان يكون رضا الواهب حراً صحيحاً مكتوباً (الشكلية القانونية الكتابية) لاتعقاد عقد الهبة بهدف التثبيت من جدية التصرف وللتبصير بحقيقة الامر منعاً للمنازعات والمسؤولية القانونية .

اما عقود التفضيل فهي تخرج عن مجال دراستنا كالكفالة المجانية وعقد عارية الاستعمال وعقد

الوديعة المجانية اذ لا يترتب عليها افتقار في الذمة المالية للمتفضل كأن يعمل شخص عملاً لآخر لا يأخذ مقابلاً له ولكن لا يترتب عليه افتقار في الذمة .^(١) فالتبرع هنا عقد تفضيل Acte de breñasace اذا كان ما يقدمه المتبرع للمتبرع له منفعة او خدمة دون ان يخرج عن شيء من ماله^(٢) ، كما في اعارة الكتب من المكتبة والوديعة المجانية في كراج الكلية وفي الكفالة المجانية .

ويذكر الاستاذ السنهوري^(٣) ، ان للهبة مقومات اربعة هي :

١- ان الهبة عقد ما بين الاحياء .

٢- ان الهبة ترد على الاموال ويقوم الواهب بالتصرف بها .

٣- انتفاء العوض .

٤- نية التبرع .

ولاشك ان الهبة كما ترد على الاموال من المنقولات او العقارات حيث يعقد الواهب تصرفاً قانونياً مع ارادة الموهوب له في هبة عين او حق او دين او القيام بعمل ، فانها ترد على اجزاء واعضاء من جسد الانسان . وان التشريعات الخاصة تذكر (التبرع بالاعضاء) ويقصد من العبارة (الهبة في حال الحياة بالاجزاء او الاعضاء البشرية) . فالهبة مهما كان محلها لاتنعقد باردة واحدة من الواهب وهذا هو الذي يميز الهبة عن الوصية مع فروق اخرى ، الا لا يجوز الرجوع في الهبة الا في احوال معينة وان اثرها لا يتراخي حتما الى موت الواهب بينما تنعقد الوصية بارادة الموصي المنفردة ويجوز لهذا ان يرجع فيها مادام حياً^(٤) . الا ان من حق الواهب ان يتراجع عن الهبة بالعضو البشري الذي

(١) د . عبدالحى حجازي - المرجع السابق- ص ٤٩١ .

(٢) د . احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٦٣ .

(٣) الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٥ ص ٥ .

(٤) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ٥ ص ٦ .

نصت المادة ٦٤ من قانون الاحوال الشخصية المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ان الوصية (تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض) .

ويرى جانب من الفقه في العراق ان اختيار هذا التعريف للوصية مبني على اساس ان الوصية نوع من انواع عقود التبرعات المالية تنشأ بالارادة المنفردة وسبب من اسباب كسب الملكية ولكن الوصية اعم من هذا التعريف فهي تشمل بالإضافة الى ذلك : ابراء المدين من الدين وبراء المدين مما تكفل به واداء واجب عليه محم وجب عليه ولم يحم وزكاة وجبت في ماله ولم يدفعها ورد الامانات الى اهله ، وتسدد الديون الواجبة عليه وغير ذلك . كما ان تبرعات المريض مرض الموت تخضع لاحكام الوصية وفقاً لرأي جمهور الفقهاء المسلمين .

انظر رأي الاستاذ الدكتور مصطفى الزلمي - شرح قانون الاحوال الشخصية - (احكام Code Civil- 1987 Arti- 1105 cle- الميراث والوصية)- بغداد - ١٩٨٧ ص ٥ .

(١) الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص ٤٩١ .

يريد هبته الى الوقت المحدد لاجراء الغرس ، ولايمن الزامه على التنازل غير ان السؤال يثار حول النفقات المادية المبذولة فهل يمكن الرجوع بها عليه عند تراجعه ؟

والهبة الواردة على الدم او العين او الكلية او الجلد او اللب على نحو ما بيناه بالنسبة للاعضاء المزروجة والاجزاء المتجددة جائزة في ضوء الشروط التي اوضحناها وهي جائزة وان كان ذلك خروجاً على مبدأ معصومية حسد الانسان .

اما عقد التبرع contrat a titre gratuit فهو عقد يولي به احد الطرفين الاخر فائدة من دون أي مقابل (المادة ١١٠ من الاقنون المدني الفرنسي)^(١) . واغلب عقود التبرع عقود ملزمة لجانب واحد لأن المتعاقد لا يأخذ مقابلاً لما يعطي ومثاله عقد الهبة العارية وعقد الكفالة بدون اجر وعقد الوديعة بدون مقابل وعقد القرض من دون اجر وغيرها .^(٢) ويرى جانب من الفقه المدني في مصر ان التبرع ليس تصرفاً قانونياً وانما هو (صفة) يلحق بالثرفات القانونية .^(٣)

ويرى الاستاذ السنهوري ان عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما اعطاه .^(٤) فيدخل في عموم التبرع ، عقد الهبة وعقد الوكالة بدون مقابل وعقد الاعارة الكفالة بدون اجر وكذلك الوديعة والقرض ان كانتا بدون عوض .

الا انه لا بد من القول في ان عقد الهبة في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فلا تنفذ الا في ثلث التركة ، لو ارث او لغير وارث اذا وردت على اموال المورث .^(٥) الا ان الهبة الواردة على العضو البشري في مرض الموت يلزم ان تختلف احكامه وتستقل عن هبة الاموال في مرض الموت والكثير من التشريعات لم تبين الحكم القانوني للعمل الطبي من الهبة للاعضاء في مرض الموت .

ان التبرع اما ان يكون من الهبات او عقود التفضيل ، فان نقصت ذمة الشخص بتقديم شيء او

(١) د . احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٦٣ .

(٢) قد يطون عقد التبرع ملزماً لجانبين كالهبة العوض .

(٣) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحميد الجمال- ص ٣٣٥ - ٣٣٦ . يختلف الوصف عن الصفة ، فأوصاف الالتزام «الشرط والاجل وتعدد المحل وتعدد الاطراف» بينما الصفة التبرعية في الالتزام تأتي للدلالة على انتفاء العوض او عدم تناسبه مع الالتزام بشيء كما في الهبة بعوض عيني .

(٤) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ١٩٣٤ ص ١٣٦ .

(٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ٥ ص ٧ .

جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق في ٢٠- ٤- ١٩٧٤ قولها ما يلي :

(٥) (ان مرض الموت يرجع فيه الى الشريعة الاسلامية حسب المادة الاولى من القانون المدني وهو الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فان طال مدتة اكثر من سنة وهو على حال واحد فان تصرفات المريض تعتبر كتصرفات الصحيح) .

رقم القرار ٢٩٨ / هيئة عامة اولى ١٩٧٣- النشره القضائية - العدد الثاني- السنة الخامسة- ١٩٧٤ ص ١٠٢ .

التنازل عن عضو عد التصرف هبة وان كان التصرف تقديم خدمة او منفعة دون نقصان في الذمة كالاغارة والكفالة بدون اجر عد التصرف من عقود التفضيل ، الا ان الهبة اشد خطراً على المتبرع من عقد التفضيل وهذا هو الذي دفع المشرع الى احاطة عقد الهبة ، دون التفضيل بالشكلية القانونية الرسمية والكتابية للانعقاد^(١) . ولان في الهبة جانب التملك سواء ورد على منقول ام العقار ام على جزء من الجسد المتجدد كالدم واللبن ام على عضو مزدوج .

والخلاصة فان عقد الهبة يدخل في عموم عقد التبرع و التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للتأكيد على ان الواهب يعطي اثناء الحياة احد اعضاءه البشرية المكررة والتي لا يتوقف عليها حياه بدون مقابل وبنية التنازل وان الباعث الدافع على التعاقد هو المحرك الرئيس الذي ينبغي ان مشرعاً فلا يجوز هبة احد الاعضاء بدافع القيام بالتجربة الطبية دون مراعاة لشروطها او للتخلص من الخدمة العسكرية على نحو ما نصت عليه المواد (٧٠-٧٢) من قانون العقوبات العسكري على نحو ما نصت عليه الواد قانون العقوبات العسكري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل ، او للحصول على مبلغ نقدي على العكس من حالة بذل المال او الاعيان من المستفيد .

ونشير بهذه المناسبة ان عقد الاشتراط لمصلحة الغير يمكن تصوره في مجال الاجزاء والاعضاء البشرية فتسري نصوص القانون المدني العراقي (١٥٢-١٥٤) على هذا الموضوع . فالواهب لدمه يستطيع ان يشترط في عقد الهبة تقديم الدم لشخص محتاج من ابناء القوات المسلحة مثلاً ومن يتنازل عن كليته يمكن له ان يشترط في (عقد الاشتراط) ان تقدم الكلية لشخص عراقي فقط ويجوز اتفاقات المشترط وهو الاب مع المتعهد (المتنازل) طبقاص لعقد الاشتراط على ان يتنازل الى اخر (المستفيد) عن جزء او عضو بشري .

والاشتراط لمصلحة الغير استثناء من نسبية آثار العقد وهو هنا من اعمال التبرعية (من التصرفات القانونية القائمة على نية التبرع) وهي هبة التزام ويلزم مراعاة الشروط اللازمة لقيامها كالكتابة أي كتابة العقد ، ولم يقر القانون الانجليزي الاشتراط لمصلحة الغير وكذلك القانون المدني الفرنسي الا بفضل القضاء الفرنسي في مراحل لاحقة . ويرى الاستاذ السنهوري ما يلي :
«ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير (هبة غير مباشرة) لأنه لا يتضمن التزاماً بنقل حق عيني او نقل حق شخصي فهي كالبراء من المدين» . ولا يقصد الاستاذ السنهوري الاعضاء البشرية وانما الاموال .

اما المعاوضة فهو العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلاً لما يعطيه كالبيع والايجار

(١) راجع : د . احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام ص ٦٣ - ٦٤ .

انظر : السنهوري- الوسيط- ج ٥ ص ١١ .

والمقاوله والتوريد والفندقه وللمتميزين بين عقد المعاوضة وعقد التبرع نرجم الى السبب الموضوعي من الالتزام^(١). أي تحليل هدف الطرفين من ابرام العقد ، وهل كان احد الطرفين مدفوعاً في تعاقدته برغبته في اشباع حاجة اقتصادية فيكون العقد معاوضة ام كان مدفوعاً بدافع غيري اثر فيه مصلحة على مصلحته بدوافع نكران الذات والتضحية فيكون العقد عندئذ تبرعاً وان وجد المقابل النقدي او العيني .

أي ان العوض النقدي او العيني قد يكون موجوداً ولايغير هذا من حقيقة التصرف القانوني في ان العمل القانوني من الاعمال التبرعية وهو (هبة) كمن يهب كليته لآخر ويقدم المستفيد على سبيل البذل المكافأة على التضحية من الواهب ولوقفه النبيل .

ولابد ان نشير الى ان المقايضة وهي من العقود الواردة على نقل الملكية (عقود التمليكات) يمكن ان نتصور وجوده في مجال نقل الدم مع مصرف الدم ويراد بالمقايضة : عقد به يلتزم كل من المتعاقدين ان ينقل الى الاخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود^(٢).

المبحث الثاني

موقف الفقه المدني من هبة الاعضاء البشرية

سبق ان بينا ان هناك جانبا من الفقه يرفض جميع اشكال عمليات نقل وغرس الاعضاء البشرية ويرى ترك الحالات المرضية على حالها دون أي مساس بخلق الله^(٣) . الا ان هذا الموقف ليس جديداً في هذا المجال اذ يرى انصار (معصومية جسد الانسان) عدم جواز المساس بسلامة جسم الانسان لاي غرض كان عدا العلاج الطبي لجسم الانسان الذي تتحقق فيه مصلحة الراجعة .

واذا كان الرأي الفقهي في فرنسا ومصر والعراق وفي دول عديدة اخرى استقر على جواز نقل الاعضاء وزرعها وان قلنا من الفقهاء تذهب الى الحصول على هذه الاعضاء عن طريق البيع والشراء وفقاً لتسعيرة الدولة على نحو ما تقدم ، الا ان الاجماع يكاد يكون كاملاً في جواز (عقد الهبة) بهذه الاعضاء من الواهب Donor الى المتنازل اليه او المتلقي او الموهوب له نظراً لوجود البواعث الدافعة الرئيسية في التصرفات بالاعضاء القائمة على التضحية ونكران الذات والايثار وهي من الاخلاق الفردية والاجتماعية التي تصلح سبباً للالتزامات المدنية لكونها (سبب مشروع) .

(١) الدكتور عبدالمجيد الحكيم - نظرية العقد - ص ١٠٠ .

الدكتور عبدالحلي حجازي- ص ٥٣٤ - ٥٣٥ .

(٢) لم يعرف القانون المدني العراقي عقد المقايضة على العكس من القانون المدني المصري المادة (٤٨٢) والمادة (٥٥٢) من القانون المدني الاردني .

(٣) راجع رأي الدكتور محمد قطب الدين سالف الذكر .

ان القوانين التي تنظم عمليات غرس الاعضاء البشرية تجيز الهبة بهذه الاعضاء وتطلق عليها مصطلح (التبرع) وقد اوضحنا ان التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للدلالة على انتفاء العوض وهو يشمل (هبة الالتزام) وعقد الاعارة وعقد الوكالة بدون اجر وعقد الوديعة بدون مقابل وغيرها ، فالصحيح ان يقال هبة الاعضاء البشرية .

وقبل الوقوف على حكم الاهلية القانونية المطلوبة في الواهب وشروط صحة التصرف القانوني من ناقص الاهلية او ممن هو (ضعيف الادراك) وقبل توضيح خطأ الطبيب من الناحية المدنية ورضاء المتضرر بالضرر وقبوله بالمخاطر حيث يلتزم المتنازل بمنح العضو او الجزء من الجسد عن طريق الهبة ، لابد من الاشارة الى الحكم الشرعي من خلال القواعد الكلية الفقهية في هذا المجال .

ان الفكرة الجوهرية التي تقوم عليها عمليات نقل وغرس الاعضاء البشرية ليس المساس بكرامة الانسان ولا التلاعب بخلق الله او ارواح البشر وانما هناك اهداف انسانية عليا نبيلة شجعها الاسلام وسعى لها من اجل الصالح العام انطلاقاً من ترجيح المصالح . فقد ذكر (ابن عابدين) في احدى الفرضيات مايلي : (حامل ماتت ولدها حي يضطرب يشق بطنها من الايسر ويخرج ولدها . . ولو مات الولد في بطنها وهي حية وخيف على الام قطع واخراج بخلاف ما لو كان حياً)^(١) .

والمبدأ هو جواز اتلاف جزء من الميت لابقاء حي لقوله تعالى (من قتل نفساً بغير نفس او فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً . .)^(٢) . ويمكننا القول ان هذا المبدأ الشرعي هو اهم الاسس التي يقاس عليه غرس الاعضاء البشرية في الاجساد وهنا رجحت مصلحة الجنيت على مصلحة حرمة الجثة^(٣) .

يضاف الى ذلك ، ان القواعد الفقهية التالية تصلح اساساً شرعياً كذلك في اجازة العمليات الطبية لغرس الاعضاء البشرية اذا كانت بواعثها اخلاقية شريفة لا تفضي الى هلاك المعطي منها :

١- قاعدة (تحمل اخف الضررين لدفع اشدهما) .

٢- قاعدة (يختار أهون الشرين) .^(٤)

(١) رد المختار على الدر المختار - ج ١ ط ٢ ، القاهرة ١٣٢٣ هـ ص ٦٦٨ .

(٢) المائدة / ٣٥ في الآية ارشاد الى ما يجي من وحدة البشر وحرص كل منهم على حياة الجميع والابتعاد عن ضرر كل فرد فانتهاك حرمة الفرد انتهك حرمة الجميع والقيام بحقت الفرد بمقدار مقرر له في الشرع قيام بحقت الجميع) .

(٣) ان حرمة الجثة في الاسلام بلغت صيانتها وحرمتها الواضحة في قول الرسول الكريم (ان كسر عظم الميت كسره حياً) . فالجسد في الحياة والجثة بعد الوفاة لهما حرمة كبيرة في الاسلام .

نهاية المحتاج للرملي- ج ٣ - مكتبة الحلبي- ١٩٣٨ ص ٢ .

(٤) المادة ٢٩ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ٢١٣/١ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ .

٣- قاعدة (إذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما). (١)

٤- قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف). (٢)

٥- قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام). (٣)

٦- قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها). (٤) فهذه القاعدة توجب دفن الجثة بعد تشريحها وعدم

التمثيل بها بعد نقل الاعضاء منها . ونعتقد ان من حق الورثة مطالبة المستفيدين من عملية الغرس (وربما حتى الكادر الطبي والمستشفى) عن الضرر المعنوي LE DOMMAGE MORALE الذي لحق بهم عن الصدمة النفسية في رؤية جثة قريبهم ممثل بها . (٥)

٧- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات). (٦)

والقاعدة في هذا المجال ان أي التزام مدني يلزم ان يكون له قاعدة اخلاقية يرتكز عليها حتى تحدث النتيجة القانونية المطلوبة . فالام التي تهب كليتها لابنها انقاذاً لحياته فان التزامها المدني هذا يقوم على قاعدة اخلاقية جوهرها الحب والتضحية ونكران الذات والفداء وهي معاني انسانية نبيلة وبواعث شريفة مما يجعل التزامها صحيحاً ومشروعاً حتى وان كان يمس سلامة كيانها البدني لاسيما وان تنازلها عن الكلية لا يعرض حياتها للهلاك ولرجحان المصلحة على المخاطر وهو ينقذ حياة الابن .

(١) المادة ٢٨ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ١/٢١٣ من القانون المدني العراقي .

(٢) المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) المادة ٢٦ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ١/٢١٤ من القانون المدني العراقي .

(٤) المادة ٢٢ من مجلة الاحكام العدلية .

(٥) الضرر المعنوي هو الاذى لا يصيب الشخص في ذمته المالية وانما يصيب مصلحة غير مالية كالالام الجسمية وكل ما يمس الشرف والكرامة والاعتبار والعاطفة والشعور والحنان وغيرها وهو يقدر (جملة واحدة) على خلاف الضرر المادي الذي يقدر طبقاً لنص ٢٠٧ من القانون المدني العراقي وفقاً لعناصره وهما (ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب) .

وقد استقر الفقه والقضاء والتشريعات الوضعية في دول العالم على التعويض عن الضرر المعنوي باعتباره (اذي يصيب الشخص) كعنصر قائم بذاته لأنه ضرر محقق عاجته المادة ٢٠٥ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري كما اختلفت التشريعات في تحديد المستحقين رقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ والقرار ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ الى حصره بالدرجة الاولى فقط في نطاق حوادث السيارات فان الفقرة ٢ من المادة ٢٠٥ لم تحدد المقصود ب (الاقربيب من الأسرة) في حيث تذهب تشريعات متعددة الى حصره بالدرجة الثانية من القرابة . تفصيل ذلك انظر : بحثنا الموسوم ب (الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية) - مجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد/ ٦ ، ١٩٨٧ ، ص٢٥٥ وما بعدها .

(٦) المادة ٢١ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ١/٢١٢ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ .

ولابد من التذكير هنا ان (عقد الهبة) من المتنازل وان كان ملزماً لجانبا واحداً لما فيه من التبرع الا انه قد يكون ملزماً لجانبيين ان كان معاوضة سواء وقم التنازل عن الجزء او العضو البشري من قريب او بعيد للموهوب له طبا للقواعد العامة ، وهو فوق ذلك من العقود الشكلية اذ اوجب قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ في المادة الثالثة وجوب الكتابة (الاقرار التحريري) من المتنازل .

ان الاقرار التحريري هو (شكلية قانونية كتابية) وهو بلا شك ركن في انعقاد الهبة ، اوجبها المشرع لاعتبارات كثيرة منها التثبيت من صحة رضاه المتنازل والتذكير بخطورة العمل الذي يقدم عليه . وقد سبق ان عالجنا هذه المسألة وتسالنا عن حالة تخلف الشكلية المذكورة والمسؤولية الناتجة عن ذلك . وما هذه الشكلية القانونية التي فرضها القانون الا استثناء على الاصل العام الذي يقضي بانعقاد العقد عند قيام او استجماع اركانه الاساسية .

وفيما يخص الفقه المدني الفرنسي فان الاستاذ سافاتييه SAVATIER يرى ان يكون التصرف القانوني في الاعضاء البشرية التي يمكن التصرف بها (تبرعاً) - وهو يقصد الهبة المجانية - ويشترط لذلك ان لا يكون المتنازل محترفاً في مجال التنازل عن الدم فيبغى من المتنازل عن دمه الكسب المادي ويقترح عدم تقبول الدم من هؤلاء المحترفين وهو لا يحيد استخدام عبارة (بنك الدم او بنك العيون) لأن مثل تلك العبارات تثير في الذهن كون اعضاء البدن محلاً للمعاملات المالية التجارية وهو ما يجب استبعاده ، الا ان تقديم المتلقي المكافأة للمتنازل لما بذله من وقت وجهه عن هبة الدم للمستفيد او عن احد الاعضاء لا يؤثر في شرعية التصرف فالاصل عدم جواز التصرف بالجسد والاستثناء هو ان يكون من دون مقابل . (١)

ان عقد الهبة من التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً في حق الموهوب له الا انها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً في حق الواهب لانها تمس سلامة الجسد حتى عند وجود المقابل او المكافأة ، لأن العوض المذكور لت يغير من جوهر عقد الهبة سوى انها تكون ملزمة للجانبيين عند وجود المقابل غير ان نية التبرع تظل قائمة وهو العنصر المعنوي . ولهذا فان تطبيق القواعد العامة للعقد و (قواعد عقد الهبة) بوجه خاص يطرح للناقش مسألة (الاهلية القانونية المطلوبة) وضرورة توافرها كاملة عند الواهب وبأن يكون كامل الاهلية وقوي الادراك وغير محجور عليه حتى يكون التعبير عن الارادة بالقبول من الواهب صحيحاً .

ومن جهة اخرى فان رضاه المتنازل وقبوله بالمخاطر يجب ان يكون خالياً من العيوب المؤثرة في

(١) انظر رأي الاستاذ سافاتييه وبقية الفقه الفرنسي حول الموضوع تفصيلاً : الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص١٢٨ - ١٣٠ .

صحة الرضاء (كالإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال)^(١) . وليس ضرورياً أن يكون الموهوب له كامل الأهلية حتى يكون تعبيره عن ارادة صحيحاً حتى وان قدم مقابلأ مالياً نظير الدم أو العضو البشري الذي يحتاجه ، إذ قد يكون فاقداً للوعي ولا ارادة له وليس له ادراك أو ضعيف الادراك .

والسؤال المطروح هنا حكم استغلال الطيش أو الهوى الجامح (الشهوة الجامحة) أو عدم الخبرة أو ضعف الادراك واستدراج المتنازل لكي يوهب كلية أو قرنية أو الدم مثلاً ؟ بل ما هو حكم استغلال حاجة المتنازل للمال ومعرفة المتلقي لهذه الحاجة فيقدم المتنازل على منح العضو أو الجزء منه تحت وطأة هذه الحاجة ؟ .

وإذا كان الاختلاف في نطاق الفقه المدني ليس كبيراً بشأن الهبة من كامل الأهلية بجزء من جسده أو عضو منه لأنه قوي الادراك ويفهم عواقب الأمور اثناء الحياة شرط ان يكون الباعث مشروعاً لا التخلص من الخدمة العسكرية مثلاً أو الحصول على المكاسب النقدية أو الشهرة والاضواء ، فإن هذا الاختلاف الفقهي كان موجوداً بصورة ملحوظة بخصوص الهبة بالأعضاء البشرية من ناقص الأهلية (ضعيف الادراك) فهل ان الهبة وهي تصرف ضار ضرراً محضاً في جسده وصحته ونفسيته تكون صحيحة ؟ وما حكم هبة القاصر المتزوج والقاصر المأذون؟^(٢)

(٢) الإكراه من عيوب الإرادة المؤثرة في صحة العقد وهو إجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه والعبارة بالرهبة في النفس التي تفسد الاختيار ولا تعدم الرضاء فيتوقف العقد (لا ينفذ) في نطاق المعاملات المالية . وقد عالم المشرع العراقي الإكراه في المواد (١١٢-١١٦) متأثراً بالفقه الحنفي والقانون المدني الفرنسي .

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الحال على غير حقيقته فيصيب الإرادة وقد يمنم من انعقاد العقد أو يوقفه وخصص له القانون العراقي المواد (١١٧-١٢٠) .

والتغرير مع الغبن عالج المشرع العراقي في المواد (١٢١-١٢٤) ولم ينص عليه المشروع المدني الجديد بحكم مستقل وإنما عالج التغرير مع الغلط (الغلط بفعل التدليس) وعالج الغبن مع الاستغلال . والاستغلال خصص له القانون العراقي المادة (١٢٥) وحالاته هي :

١- استغلال الحاجة .

٢- الطيش الدين (النزق وعدم التفكير السليم بعواقب الأمور) .

٣- الهوى الجامح ولا يقصد بها المحبة والتعاطف وإنما الشهوة الجامحة .

٤- عدم الخبرة .

٥- ضعف الادراك بفعل السن أو عارض من عوارض الأهلية كالمعتوه المميز .

(٢) القاصر المتزوج هو من اكمل الخامسة عشرة من عمره وكان متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وتزوج بأذن المحكمة فيكون (كامل الأهلية) طبقاً للمادة (٣) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ والمادة (٤٧) من مشروع القانون المدني الجديد وهو اتجاه لا تتفق معه لأنه ليس في مصلحة القاصر المذكور لاسيما =

ان بعض التشريعات اغفلت بيان حكم هذه الحالات ، كما سيتضح لنا في المبحث التالي ، ونعتقد ان عبة ناقص الأهلية (ضعيف الادراك) لصغر السن أو لعارض من العوارض المؤثر في الادراك (كالجنون والعتة والسفه والغفلة) تكون باطلة .

وبطالان هبة ضعيف الادراك أصل عام يقرر حماية له سواء في ماله أم في أعضائه أم في دمه لأنه محدود الإرادة لا يفقه حقيقة ما يقدم عليه وما سيترتب من نتائج خطيرة ناجمة عن المساس بالجسد ، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة التنازل للشقيق (بعد موافقة الولي) وللضرورة التي يقتضيها العلاج الطبي وبصورة يثبت فيما نجاح العملية بالموازنة بين المصلحة والخطر من أجل انقاذ حياة الشقيق من هلاك محقق .

نضيف إلى ذلك بأن هذا الحكم يسري على القاصر المأذون أيضاً على الرغم من عدة (كامل الأهلية) وبمنزلة البالغ سن الرشد في التصرفات المالية المأذون له في القيام بها (المادتان ٩٨ و٩٩ من القانون المدني العراقي) ، لأن ولاية الصبي المأذون محصورة بالمال وليس له أية ولاية على روحه أو جسده .

وبهذه المناسبة فإن ما اتجه إليه المشرع العراقي في المادة ٣ من قانون رعاية القاصرين وفي المادة ٤٧ من المشروع المدني الجديد لا يتفق معه وعتقد أن القاصر المتزوج ليس له الولاية الكاملة لا على أمواله ولا على جسده وهو بمنزلة القاصر المأذون لأن الزواج لا يغير من ادراكه شيء فيقويه ولهذا نرى أن يخضع لحكم الضعيف الادراك فيما يخص التنازل عن الدم أو العضو البشري ، بل أن الزواج في مثل هذا العمر لا بد أن يقوم على أسس هشّة سرعان ما تتهدم لأن الزواج رابطة انسانية نبيلة لا يفقه مضمونها من بلغ هذا العمر ولا يدرك الأعباء والمسؤوليات الجسيمة الناتجة عن هذه الرابطة مما يجعلنا نقول أن الزواج في هذا العمر أمر يلزم عدم تشجيعه .

= وان الشخص المذكور في طور الحضانة وفقاً للفقرة ٥/ من المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

القاصر المأذون هو الصغير المأذون الذي أكمل الخامسة عشرة من عمره واذن له وليه في مقدار معين من المال لممارسة العمل التجاري ويكون بمنزلة البالغ سن الرشد في نطاق الاذن طبقاً للمادتين (٩٨ و٩٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وطبيعي ان الاذن محصور في التصرفات المالية فقط التي تدخل في نطاق الاذن الا انه يظل ناقص الأهلية من حيث تصرفات الواقعة على سلامة الكيان البدني له .

المبحث الثالث

الموقف التشريعي من هبة الأعضاء البشرية

يعتبر القانون اللبناني الخاص بغرس الأعضاء البشرية رقم ١٠٩ الصادر في ١٦/٩/١٩٨٣ من القوانين المتشددة في مجال حضر البيم لهذه الأعضاء ووضع الشروط حتى في حال هبة المتنازل بالعضو البشري ، فقد جاء بالمادة الأولى من القانون المذكور الذي نشر في الجريدة الرسمية عدد ٤٥ في ١٠/١١/١٩٨٣ الخاص بأخذ الأنسجة البشرية لحاجات طبية وعلمية ما يلي :

(يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر وفقاً للشروط التالية مجتمعة :

أولاً- أن يكون الواهب قد اتم الثامنة عشرة من عمره .

ثانياً- أن يعاين من قبل الطبيب المكلف باجراء العملية والذي ينبغيه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك .

ثالثاً- أن يوافق الواهب خطياً وبملاء حريته على اجراء العملية .

رابعاً- أن يكون اعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير مشروطة) .

ومن الطبيعي أن العملية لا يجوز اجرائها لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك وان (المستفيد) قد عبر عن ارادته أي أن يكون الايجاب قائماً وبصورة تحريرية مسبقة ، وأن مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للعقوبة الجنائية مع الغرامة(*) .

ونصت المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب بجلسته المنعقدة عام ١٩٨٦ ما يلي : (يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً ويكون التبرع أو الوصية صادراً بموجب اقرار كتابي موقع منه بذلك) .

كما نصت المادة الثالثة على ما يأتي : (لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع) .

كما جاءت قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي الصادرة في شباط ١٩٨٨ مؤكدة

(*) أنظر مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٥١٢-٥١٣ .

ويلاحظ أن المشرع اللبناني في القانون المذكور أشار إلى نقل الأعضاء من جثة الميت في حالة الوصية أو غيرها من الوثائق الخطية الثابتة ، في القانون سالف الذكر .

د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٥١٩ .

هذا الاتجاه فبينت الحكم الشرعي حيث جاء في الفقرة رابعاً من القرار رقم (١) د-٤-٨-١٩٨٨ الخاص بشأن انتفاء الانسان بأعضاء جسم انسان آخر حياً أو ميتاً ما يلي : (يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من انسان حي إلى انسان آخر) .

لقد نظم القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ (عقد الهبة) ضمن العقود الواردة على الملكية فعرفتها المادة ٦٠١ على النحو الآتي :

(١- الهبة هي تملك مال لأخر بلا عوض . ٢- والصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب . وهي في أحكامها كالهبة الا فيما ورد فيه نث خاص) .

ثم أضافت المادة ٦٠٣ ما يأتي : (١- لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض . ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة ٢- وإذا اذن الواهب صراحة صحة القبض في مجلس الهبة او بعده . وأما أذنه بالقبض دلالة فمقتيد بمجلس الهبة . وعقد الهبة اذن بالقبض دلالة) .

ولا شك ان قواعد عقد الهبة الواردة في المواد من (٦٠١-٦٢٥) في القانون المدني العراقي جاءت متأثرة بأحكام الفقه الاسلامي وهي تخص الأموال ، فهل الجزء والعضو البشري ، من الأموال ولا تتم الهبة فيه الا بالقبض ؟ وهل يمكن الرجوع في الهبة ؟

وقبل الاجابة عن ذلك ، لا بد من الاشارة الى موقف المشروع المدني الجديد الذي خصص للهبة المواد (٧١٥-٧٢٩) وعرف الهبة على أنها : (عقد ينقل ملكية الموهوب من الواهب ، حال حياته ، الى الموهوب له بغير العوض) . ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له عوضاً معيناً (المادة ٧١٦) ولا يغير هذا العوض من جوهر عقد الهبة .

وفيما يخص الهبة بالأعضاء البشرية ، فان التشريعات الطبية الوضعية العربية والأجنبية توجب الكتابة كشرط لانعقادها ويلزم الحصول على اقرار (القبول) من الواهب تحريراً . فالهبة ليست عقداً ارضائياً وانما أصبحت من العقود الشكلية خلافاً للقواعد العامة في عقد الهبة للدلالة على خطورة التصرف من الواهب والتبث من صحة رضاه .

فقانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ نص على أن من مصادر الحصول على العيون هي : (١- عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها ٢- عيون الأشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبيياً) .

الا ان المادة الثالثة من القانون نصت على ما يأتي :

(يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة السابقة ضرورة الحصول على اقرار تحريري من المتبرعين أو الموصين وهم كاملو الأهلية ويسري على الحكم أيضاً على الحالات

الواردة في الفقرة (٢) فإذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيجب الحصول على اقرار تحريري من وليه ولا يشترط موافقة أحد في الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة السابقة) .
وعلى الرغم من وجود الملاحظات الجوهرية على الصياغة التشريعية لهذه المواد الخاصة بالعيون وغرسها ، إلا أن ما يلاحظ على قانون مصارف العيون بشأن هبة العين ما يلي :

أولاً- ميز القانون بين كامل الأهلية (قوي الادراك) وبين ناقص الأهلية في هذا المجال ، فكمال الأهلية لا تنعقد هبته إلا باتباع الشكلية القانونية الكتابية (القرار التحريري) وهو ركن لانعقاد الهبة تبصيراً للمانح لمخاطر التصرف وللتبث من حقيقة الرضاء وعدم وجود الثمن النقدي وهو فوق ذلك دليل كتابي على صحة الرضاء .

ولم يفصم المشرع او يعالج حالة (القاصر المتزوج) الذي اعتبرته المادة ٣ من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ (كامل الأهلية) ان كان قوي في قواه العقلية ولزواجه باذن المحكمة بعد بلوغه الخامسة عشرة من عمره ، وكذلك يلزم أن يذكر المشرع خضوع القاصر المأذون الذي نصت عليه المادتان (٩٨ و٩٩) لنفس أحكام ناقص الأهلية وان كان مأذوناً .

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يجوز للزوجة مثلاً ان تعترض على هبة زوجها القاصر بعينه أثناء الحياة وما حكم هذا الاعتراض ؟

ثانياً- لم يوفق المشرع في صياغة نص المادة (٣) والفقرة (٢) حين كرر عبارة (القاصر) و (ناقص الأهلية) و نعتقد بأهمية تعديل الفقرة والنص على حكم (ضعيف الادراك) سواء أكان ذلك بفعل السن او لعراض من عوارض الأهلية فإنه يلزم الى جانب الاقرار التحريري موافقة الولي او الوصي وعلى ان يكون التنازل للشقيق فقط ، والسماح له بالعدول عن هبته في اي وقت ممكن .

أما تصرفاته الأخرى ، كالهبة بعضو بشري لغير الشقيق ، تكون باطله ويتحمل الطبيب والمستشفى والمانح الاذن كالوصي مثلاً المسؤولية القانونية (الجنايية والمدنية) بالتضامن وفقاً للمواد (٢٠٢ و٢٠٥ و٢٠٩ و٢١٧ و٢١٩/١ من القانون المدني العراقي) وفقاً للمادة ٤١٢ أو ٤٠٥ من قانون العقوبات .

ثالثاً- ان الاشخاص الذين يقرر استئصال عيونهم طبيياً لا داعي لان يشترط المشتري على الاقرار الكتابي من كامل الاهلية او ممن هو ضعيف الادراك مع موافقة الولي او الوصي لزرع العين في جسد محتاج لها ، له ما قيمة هذا الاقرار او الموافقة بالنسبة لعضو بشري استئصل طبيياً ولا يستفيد منه المتنازل (المريض) ؟ الا اذا اشترط المريض منح العين المستأصلة لشخص معين .

رابعاً- أغفل القانون النص على منع التصرف القانوني لأي سبب كان بالعين الواحدة للمعطي ، لأن تنازل المعطي عن عينه يلحق به ضرراً جسيماً وهو العجز الدائم والحرمان من نعمة البصر والتمتع بمباهج الحياة ، هذا فوق أنه يعد (جريمة أذى للنفس) ، فصاحب العين الواحدة حسب جدول العطل العضوي هو من الدرجة السادسة ونسبته المئوية ٥٠٪ .

أما بالنسبة لقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ فقد نصت الفقرة (أ) من المادة الثانية على أن مصادر الحصول على الأعضاء من الأحياء من يتبرع بها (ويقصد المشرع هنا الهبة بها) حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع - الهبة- أو الايصاله وباقرار كتابي (الشكلية القانونية الكتابية) .

الملاحظات الواردة على هبة الأعضاء البشرية في التشريع العراقي

أولاً- لم ينص المشرع العراقي على منع هبة الشخص لأعضاء المنفردة التي لا تفضي إلى الهلاك كالعين الواحدة ، لأن التصرف بالعضو المذكور هو ضرر جسدي جسيم قد يكون الباعث فيه غير مشروع وهو من جرائم الأذى ضد البدن .

ثانياً- ان المشرع لم ينص على منع الهبة بالعضو البشري المنفرد التي تفضي الهبة به إلى الهلاك كالقلب والكبد أو تلك الأعضاء التي تترك على الجسد عاهة مستديمة . وهو تصور تشريعي يلزم النص عليه صراحة فطباً للقانون الحالي تصح هبة الشخص الحي بقلبه أثناء الحياة وان أفضى ذلك إلى موته وهو فعل يلزم أن يكون مشمولاً تحت نطاق الجرائم ضد الأشخاص المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ومحاسبة القائمين بالعمل الطبي المذكور .

أي ان المسؤولية الجنائية تنهض على القائمين بمثل هذا العمل الطبي فلا يجوز التضحية بحياة انسان من أجل انسان آخر ، فالأرواح لها نفس القيمة والحماية القانونية ، مما يستوجب العقاب على من أزهق الروح للحفاظ على روح أخرى ، والتوازن بين المصلحة والخطر غير موجود .

أما المسؤولية المدنية فتقوم ويحق للزوج والأقربين من الأسرة (حتى الدرجة الثانية) المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بهم حسن المواد (٢٠٥ و٢٠٧ و٢٠٣ و٢٠٩ من القانون المدني العراقي) .

ثالثاً- ان قانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ سالف الذكر لم يبين حكم الشخص ضعيف الادراك بالنسبة لهبته بعضو بشري ولم يبين كذلك حكم الهبة من القاصر المتزوج والقاصر المأذون . فهل ان عقد

الهبة - لقريب أو بعيد- عضو بشري من التصرفات النافعة نفعاً محضاً أم من التصرفات الدائية بين النعم والضرر أم أنها من التصرفات الدائرة بين النعم والضرر بالنسبة للواهب والموهوب له .
واعتقد أن على المشرع أن يبين هذه الأحكام التي هي في حقيقة الأمر قد لا تنطبق عليها القواعد العامة لنظرية العقد الخاص بالمعاملات المالية لأن الهبة هنا ترد على عضو بشري أو جزء منه يمى (الحق في السلامة الجسدية) ويتعارض مع مبدأ حرمة جسد الانسان . (فالحياة هي أعلى ما يحرص عليه الانسان ، لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي وان فقدتها يعتبر شر المصائب ، لأنه فوق الألم الجسماني الذي يصاحبه ، يحرم الانسان كل متعة ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته) (*).

هذا فوق ان الحياة وسلامة الجسم والصحة إغلى من الأموال ولأن ما يفقده الكيان البشري لا يمكن تعويضه عيناً لاستحالة ذلك في كثير من الأعضاء البشرية ، كالأطراف مثلاً ، في حين أن الأموال يمكن أن تعوض إذا لحقها التلف أو أصابها ضرر .

ضرورة التبصير بالمخاطر قبل القبول

قبل الدخول في الموضوع لابد من توضيح فكرة القبول بالمخاطر Acception des risques وأثر رضا المتضرر على قيام المسؤولية المدنية ، إذ الأصل أن قبول الشخص بالمخاطر لا يعني المسؤول عن مسؤوليته إذا كان قبول المتضرر قبولاً مخطئاً (خطأ المضرور) وهو سبب أجنبي يقطع رابطة السببية^(١) ، فيشترط أن يكون الراضي بالمخاطر أهلاً أي ذو أهلية قانونية^(٢) . فقلع ضرر المريض وحدث المضاعفات لا يعني الطبيب من المسؤولية بحجة أنه قبل بالمخاطرة^(٣) .

وفكرة القبول بالمخاطرة مفادها ان الشخص يقبل مختاراً على استعمال شيء خطره خطراً ليس عادياً وهو عالم بذلك ، كالركوب في سيارة سباق أو على حصان للمسابقة أو لعب رياضة عنيفة فالاجتهاد الحاصل هنا ان اقبال الشخص مختاراً على التعرض للخطر الناجم عن الشيء يعتبر بمثابة قبول منه بالضرر المتأتى عن هذا الخطر وان هذا القبول بالمخاطر من المضرور يبرأ الحارس من

المسؤولية فاختلقت الفقه المدني في بيان أساس البراءة فقال بعضهم بنظرية العقد ومصدر الضرر الاتفاقات الضمني على عدم مسؤولية الحارس وهو أساس ضعيف لأن الضرر لحق بالنفس أو الجسد وهو متعارض مع النظام العام فقال بعضهم بفكرة الخطأ من المتضرر^(١) .

أما في مجال زرع أو غرس ونقل الأعضاء والأجزاء البشرية فان التبصير للمتنازل للتثبيت من رضا الصحيح يكون من خلال الدليل الكتابي (الشكلية القانونية الكتابية) . وهو ما تتجه إليه الكثير من التشريعات الصحية . وقد جاء في المادة (٤) من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات غرس الأعضاء البشرية (والقوانين الخاصة بزرع الأعضاء البشرية) أن يحاط الواهب علماً بكل النتائج الصحية المحتملة والمؤكد في حالة استئصال العضو لغرسه في جسد المتلقي وإلى هذا اتجه الفقه والقضاء في فرنسا حيث يلزم الطبيب بتبصير الشخص بالنقل والزرع فجاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال ما يلي :

على الطبيب أن يقوم ب(افصاح بسيط وتقريبي ذكي وأمين)^(٢) .

الا ان هذا لا يعني على الطبيب أن يقوم بشرح مفصل ومسهب عن طبيعة العمل الطبي الذي سيقوم به ونسبة المخاطر والأعراض الجانبية والأمراض المحتملة وما إلى ذلك على نحو يجعل الواهب في حيرة وخوف وتردد ، أو بالعكس يقوم بتبسيط الأمر وتسهيله وهو في طبيعته من الأعمال الطبية المعقدة التي تستجوب فناً وعلماً جراحياً واسعياً وامكانات طبية متطورة .

ان الحصول على رضا المتنازل (وقبوله المعبر عنه بوسيلة كتابية) أو موافقة ذويه في حالة الاستحالة الشخصية لضعف الادراك بفعل عامل السن أم العوارض ، ركن في انعقاد عقد العلاج الطبي كمبدأ عام فيما عدا حالة الضرورة أو الاصابة بمرض خطير كالإيدز أو الكوليرا فيخضع المريض رغم ارادته للمعالجة حفاظاً على الصالح العام .

فالطبيب لا يلتزم باعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع استيعابها علمياً سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة ، فهو لا يستطيع أن يشرح للمريض كل ما

(١) عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ - ٢١٦ .

أن سلامة الانسان في جسده أمر يتعلق بالنظام العام وهو أمر يجاوز ارادته لأن المجتمع السليم يفترض أن يكون أفراده سليمي البنية الجسدية والنفسية ، لا سيما وأن أي خلل حاصل في هذه البنية ينعكس سلباً على الحياة الاجتماعية كما يرتب أعباء على السرة والمؤسسات الخاصة بالرعاية الاجتماعية هذا فضلاً عن الأثر السيء الذي تتركه العاهة في نفسية المواطن وإلى هذا اتجهت محكمة النقض الفرنسية .

أنظر الدكتور مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام ، ج ٢ ، المسؤولية الجنائية ، مؤسسة نوفل ١٩٨٥ ، ص ٥٠٥ .

(٢) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣ .

(*) الدكتور سليمان مرتق ، في انتقال الحق في التعويض إلى ورثة المجنى عليه- مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ١١٥ ، ١٨٨ ، ١٩٤٨ ، ص ١١٥ .

(١) تمييز فرنسي ٨-١-١٩٧٦ دالوز ١٩٧٧ مشار إليه في مؤلف عاطف النقيب ، النظرية العامة للموجبات (مصادر الموجبات) ، ط ٢ ، ١٩٨١ ، ص ٢١٥ ، هامش ١ .

(٢) تمييز فرنسي الفرقة الرابعة قرار نهائي رقم ٧٨-٧٢-١٩٧٢ ص ٩٢ مار إليه في مؤلف عاطف النقيب السابق ، ص ٢١٥ .

(٣) استئناف كؤمال ٢٤-٦-١٩٧٥ دالوز ١٩٧٦ مشار إليه في مؤلف عاطف النقيب ، ص ٢١٥ .

يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير أو الصدمات الكهربائية طالما ان تلك الطرق من المتعارف علمياً على استخدامها ولا تدخل ضمن التجارب الطبية حول صلاحيتها الأولية عدا حالة ما يمكن أن تثيره تلك الوسائل من نتائج ضارة على حالته الجسمية اذ ينبغي على الطبيب احاطة المريض علماً بذلك ، ويعفي الطبيب من حالة (الاعلام العلاجي) هذه حالة الضرورة^(١) .

التثبت من (القبول) بالعلاج والغرس في العراق

ان التشريعات الطبية العراقية ، كقانون مصارف العيون لسنة ١٩٧٠ وقانون الصحة العامة وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ وغيرها جاءت خالية من النص على ما اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية ، وان هذه التشريعات ليست كافية في بيان الحكم القانوني من الأعمال الطبية المتنوعة لا سيما الحديثة منها ، الا انه مع ذلك جاءت (تعليمات السلوك المنهي للأطباء) الصادرة في عام ١٩٨٥ مشيرة الى ضرورة الحصول على الرضا من المريض وحالة الضرورة حيث ورد ما يلي :

«المسؤولية ورضا المريض

لامناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسم الطبيب ان يتحدى رغبة المريض . يقيم على عاتق الطبيب اثبات حصول الرضا بصورة من الصور سواء أكان ذلك كتابة أو بالظروف التي تحيط بالعمل وذلك بحسب ظروف كل وقعة وبحسب الامكان والضرورة .

ان رضا المريض لا يبرر قيام الطيب بعمل غير قانوني أو في غير حينه كما في وقائم الاجهاض الجنائي او وقائم التدخل الجراحي في غير أوانه .

لا حاجة للطبيب لاستحصال الرضا في وقائم العوارض التي يفقد فيها المريض وعيه وارادته وتتطلب اسعافاً مستعجلاً بوسم الطبيب ان يقوم بمعالجة المجانين حتى مع استعمال القوة^(٢) .

من خلال ما تقدم نستنتج حالات مسؤولية الطبيب لعدم الحصول على الرضا في العلاج او غرس الأعضاء البشرية يكون في الحالات التالية :

(١) د . محمد حسنين منصور ، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين ، أطباء الأسنان ، الصيادلة ، المستشفيات العامة والخاصة والمرضى والمرضات .

موسوعة القضاء والفقه ، ج٢٤١ ، ١٩٨٥ ، ص٣٦ .

(٢) اقرت هذه التعليمات في ١٩/٥/١٩٨٥ ، ص٥ .

ويلاحظ ان هذه التعليمات لم تشر الى مسؤولية المستشفى والكادر الطبي الآخر ، كالممرضة والمخدر والمستخدم وغيرهم .

١- عدم مراعاة قبول المريض بالعلاج وعدم التثبت من الشكلية القانونية الكتابية .

٢- قيام الطبيب بعمل غير قانوني كالتجربة الطبية لعلاج العين .

٣- قيام الطبيب بالتدخل الجراحي في غير الوقت المناسب كلاجهاض الجنائي .

٤- التدخل الجراحي من الطبيب المتأخر والحال ان حالة المريض تستجوب السرعة في العلاج كعلاج الزائدة الدودية او معالجة الجلطة القلبية او الصعقة الكهربائية .

الا ان هذه المسؤولية غالباً ، ان لم تكن بصورة دائمة ، لا تتعدى العقوبات الانضباطية الوظيفية مع احاطة القضية بالكتمان والسرية مما يضيع هدراً حق الشخص في التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية الناشئة عن المساس بجسده او حياته حتى مع ثوبت خطأ الطبيب واهمال المستشفى وهو ما لا تقره قواعد العدالة .

ومن المفيد الاشارة الى قرار مجلس قيادة الثورة المقبور رقم ٦٢٠ في ٢٣/٦/١٩٨٨ في هذا المجال حيث جاء فيه :

(١- يخول وزير الصحة معاقبة اي منتسب من منتسبي الوزارة في حالة ثبوت تقصيره (عدا من صدر مرسوم جمهوري بتعيينه) بأي من العقوبات الآتية :

أ- الفصل لمدة لا تزيد عن ٥ سنوات مع منع مزاولة المهنة الطبية مدة الفصل .

ب- الاحالة على التقاعد بدرجة أدنى مع منع مزاولة المهنة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات .

ج- تنزيل الدرجة الوظيفية درجة واحدة .

(٢- يخول المدراء العامون ومدراء المستشفيات ممارسة الصلاحيات المذكورة في الفقرة (١) أعلاه بالنسبة لموظفي الدرجة الرابعة فما دون العاملين في دوائهم عدا الموظفين من ذوي المهن الطبية)^(١) .

هل يجوز للواهب الرجوع عن الهبة ؟

للإجابة على ذلك نقول ان القوانين الطبية الوضعية ، ومنها العراق ، لم تبين ذلك ، الا انه وجدت اشارة في بعض القوانين الطبية بالنسبة لضعيف الادراك الذي له أن يتراجع عن تقديم العضو منه ولا يجوز اجاره على التنازل على نحو ما تقدم .

أما ما جاء في القانون المدني العراقي ، والقوانين المدنية الأخرى ، فهو يخص الرجوع عن الهبة بالنسبة للأموال فهل تسري قواعدها على الأنسجة والأعضاء البشرية ؟!

(١) الوقائم العراقية ، العدد ٣٢٠٩ ، في ٤/٧/١٩٨٨ .

فالقانون المدني العراقي خصص المواد (من ٦٢٠- ٦٢٥) لحالات الرجوع في الهبة بالنسبة للأموال فالمادة ٦٢٠ أوضحت على ان اللواهب أن يرجع في هبته برضاء الموهوب له فان لم يرض كان اللواهب حق الرجوع عن تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وموانع الرجوع في الهبة في نطاق الأموال ذكرتها المادة ٦٢٣ وهي :

أ- يمنح الرجوع في الهبة إذا حصل الموهوب به زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فاذا زال المانع عد حق الرجوع ، وهو غير ممكن بالنسبة لغرس الأعضاء .

ب- يمنح الرجوع في الهبة عند موت أحد المتعاقدين ، وهنا يمكننا ان نقول في مجال زرع الأعضاء البشرية ان اللواهب لو مات قبل العملية المطلوبة فان هبته تأخذ حكم الوصية ويمكن استئصال العضو منه ما لم توجد معارضة من الزوج والأقربين .

ج- أن يتصرف الموهوب له تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب ان يرجع في الباقي . وهذه الحالة لا تسري على خصوصية غرس الأعضاء البشرية .

د- يمنح الرجوع في الهبة ان كانت من أحد الزوجين ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة .

ولاشك ان هذه الحالة غير متصورة في مجال غرس الأعضاء البشرية لأن نجاح الأعمال الطبية في ميدان الغرس للأعضاء البشرية تشوبها المحاذير الطبية بينهما لأن التوافق النسيجي غالباً ما لا يتوفر بين الزوجين .

هـ- أن تكون الهبة لذي رحم محرم ، فان وقعت له يمنح الرجوع في الهبة كالأخالة والعممة والخال والعم وهذا الحال مقصور ذلك على الأموال .

و- هلاك الموهوب به يمنح الرجوع في الهبة وهذه الحالة غير متصورة في محال غرس الأعضاء البشرية .

ز- حصول الهبة بعوض يمنح الرجوع في الهبة وهذه الحالة يمكن أن تسري على غرس الأعضاء البشرية ، فالواهب البالغ العاقل الذي حصل على مكافأة وتكريم سابق على التنازل هل يستطيع التراجع عن تقديم العضو ؟

سبق أن بينا هذا الحكم ، فهو اذا كان ليس ملزماً بتقديم العضو من جسده وتحمل الألام الجسدية والمعنوية والمادية إلا أنه يلزم بدفع النفقات المادية المبذولة التي اتفقت عليه لخلاله بالعقد لعدم تقديم الموهوب به .

كما منعت المادة ٦٢٣ من القانون المدني العراقي الرجوع في الهبة في مجال الأموال اذا وهب

الدائن الدين بذمة المدين وحالة ما اذا كانت الهبة جاءت على سبيل الصدقة من الواهب . كما جاء في المشروع المدني العراقي الجديد (المادة ٧٢٦) على أن حالات الرجوع في الهبة محددة حصراً اذ ورد ما يلي :

(لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة الا بقرار من المحكمة وفي الحالات الآتية :

أولاً- إذا دخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب اخلاً يعتبر جحوداً كبيراً من جانبه .

ثانياً- إذا أصبح الواهب عاجزاً على ان يوفر لنفسه أسباب العيش الكريم او اذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

ثالثاً- اذا كانت الهبة مقدمة كهدية من أحد الخطيبين للآخر ، وفسخت الخطبة بخطأ الموهوب (له) .

ونعتقد ان ما ورد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وفي المشروع المدني العراقي الجديد ، من احكام الهبة والقواعد اللازمة في حالات الرجوع وموانع الرجوع ، انما هي خاصة بالمعاملات المالية ولا تسري على (أحكام الهبة في مجال غرس الأعضاء البشرية) .

الا ان بعضاً من هذه القواعد يمكن أن تسري على حالة التصرف بجزء من الجسد او العضو البشري من طريق الهبة ، بينما لا يمكن ان تسري جميع احكام قواعد الهبة في التصرفات المالية على زرع الاعضاء البشرية لخصوصية كل من المجالين (العمل الطبي) و(التصرف المالي) .

يضاف الى ما تقدم ، ان قانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وقانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ اغفلا النص في حالة رجوع الواهب عن هبته بعد الاقرار التحريري وقبل نقل العضو منه ومصير او حكم النفقات المالية على من تكون . ثم حكم الرجوع بعد اجراء العملية الطبية في غرس العضو . كما لم نعتز على حكم (الهبة المشروطة) في القانونين المذكورين .

ولكننا نشير بهذه المناسبة الى ما نصت عليه المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية لسنة ١٩٨٦ التي اجازت للواهب بأن يرجع في هبته في اي وقت دون قيد او شرط حي نصت على ما يلي :

(... ويجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في اي وقت دون قيد او شرط) .

ولا شك ان هذا النص جاء غامضاً بل في بعض الاحيان مستحيلاً ويكفي ان نقول كيف للواهب ان يرجع في هبته للملكية او القرنية بعد نقلها وغرسها في جسم المتلقي ؟ لهذا فان امكانية الرجوع عن من الواهب غير متصورة الا في حالة الرجوع بعد الاقرار او قبله اي قبل المباشرة بعملية النقل ونعتقد ان الحكم يختلف في الحالتين اذ يفترض ان يتحمل جميع التكاليف المادية كحجز المكان في

المستشفى والنفقات الأخرى اذا عدل بعد توقيع الاقرار ولا مسؤولية عليه قبل بناء عقد الهبة .
كما يلاحظ ان طبية عمليات نقل الاعضاء البشرية يوجب قيام الرضاء عند تكوين العقد (عقد الهبة) واستمرارية الرضاء عند الواهب حتى الانتهاء من عملية نقل العضو وزرعه . اي ان يكون الواهب على اختياره الحر حتى لحظة التخدير لاجراء العمل الطبي . ولهذا فان احتمال رجوع الواهب قبل تنفيذ العملية جائز في كثير من القوانين وليست هناك أية مسؤولية على الواهب ولا يوجد جزء معين على عدوله عن هبته كمبدأ عام ، الا ان هناك من يرى تحميله للنفقات المادية التي انفقها المتنازل اليه (الموهوب له) كالحجز في المستشفى واجور الأطباء والنفقات الأخرى^(١) ، وهو اتجاه سليم .

ومن جهة أخرى فان التشريع الاثيوبي (المادة ١٩ من القانون المدني) وقانون زرع الكلية الايطالي لسنة ١٩٦٧ (المادة ٢) والمادة (١١) من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي والقانون الفرنسي رقم ١١٨١/٧٦ في ١٩٧٦/١٢/٢٣ والمرسوم الصادر في ١٩٧٨/٣/٣١ الخاص بزراعة الأعضاء في فرنسا ، نصت كلها على جواز رجوع المتصرف الذي بمقتضاه يتصرف الشخص في جسده او جزء من البدن سواء اكان التصرف قابلاً للنفذ حال حياة الشخص (كالهبة) او بعد وفاته كالوصية الواردة على اعضائه او جثته^(٢) .

لذلك نؤيد هذا الاتجاه لأنه سليم ونأمل من المشرع العراقي النص عليه سواء بالنسبة للمتصرف البالغ العاقل ام فيما يخص ضعيف الادراك ، فلانسان ان يرجع في هبته او وصيته ولا

(١) الدكتور حسام الاهواني ، المرجع السابق ، ص١٤٤-١٤٥ .

لا شك ان الضرر الذي سيلحق المريض المحتاج للعضو البشري لعدول الواهب عن هبته تتمثل من حيث المبدأ (الضرر المادي) وهذا الضرر يتحلل الى عنصرين هما :

١- ما لحق المتضرر (المريض) من خسارة مالية كنفقات العلاج والدواء واجور الأطباء والحجز والاقامة في المستشفى تنفيذاً لعقد الهبة . الا انه يجب التمييز بين نفقات اقامة المريض وهو راقداً اصلً في المستشفى وبين (النفقات التي انفقت تنفيذاً لعقد الهبة) اي الاستعدادات الجارية لنقل العضو من المتنازل . ولا يطالب الواهب بجميع هذه النفقات لأنه يتنافى وقواعد العدالة وانما يكون مسؤولاً عن النفقات والخسارة المالية الناشئة عن الحجز له والاتفاقات مع الأطباء واجور اقامة الواهب ومصاريفه ان كان قد دفعها الموهوب له .

٢- ما فات على المتضرر (الموهوب له) من كسب كان يكون صاحب مهنة حرة او موظف او متقاعد له مهنة أخرى او ربة البيت . فهؤلاء - في رأينا- يفوتهم الكسب ان كان قد رقد الموهوب له في المستشفى تنفيذاً لعهد الهبة .

وقد أشارت لمذنب العنصرين المادة ٢٠٧ مدني عراقي .

(٢) د . حسام الاهواني ، ص١٤٤ .

د . مصطفى العوجي ، ج٢ ، المسؤولية الجنائية ، ص٥١٢ .

تصم الوصية الا اذا مات الانسان مصراً على الوصية . وقد نصت المادة ٧٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على ما يلي :

(تبطل الوصية في الأحوال التالية :

- ١- ب رجوع الموصي عما أوصى به ، ولا يعتبر الرجوع الا بديل يعدل قوة ما ثبتت به الوصية .
- ٢- بفقدان أهلية الموصى الى حين موته .
- ٣- بتصرف الموصي به تصرفاً يزيد اسم الموصى به او معظم صفاته .
- ٤- بهلاك الموصى به او استهلاكه من قبل الموصي .
- ٥- برد الموصى له الوصية بعد موت الموصي) .

ان الموقف التشريعي من هبة الأعضاء البشرية يلزم كذلك التعرف على المسائل التالية :

أولاً- نقل الأعضاء وفكرة رضا الواهب بالضرر .

ثانياً- العمليات الطبية في نقل الأعضاء من الواهيب من أسباب الاباحة .

ثالثاً- الخطأ الطبي في نقل الأعضاء يوجب المسؤولية المدنية .

أولاً - نقل الأعضاء وفكرة رضا الواهب بالضرر

سبق أن تعرضنا لمفهوم القبول بالمخاطر من الواهب ، الا ان الذي يهمنا في هذا المجال هو ان حالة قيام الواهب بقبول الهبة لعضو من أعضائه والاقدام على المخاطرة برضاه الحر بالتنازل عن العضو للمتلقى يثير حالتين هما :

١- أركان انعقاد عقد الهبة . (التراضي والمحل والسبب والشكلية) .

٢- صحة الرضا من الواهب ، فيما يخص الأهلية وخلو الإرادة من العيوب .

فالواهب حينما يقبل بالتنازل عن عضو من جسده ويمس سلامة كيانه البدني انما يعبر عن ارادته بديل كتابي بملء حريته ويجب مطابقة هذا القبول للايجاب المعروف عليه من المتلقي وهو من شروط صحة القبول فاذا تباين القبول عن الايجاب في الشروط كطلب المن او العوض لقاء التنازل فلا تنعقد الهبة وهذه المسائل تخضع للقواعد العامة لنظرية العقد .

كما نقصد بالسبب هو السبب الطبي لا الباعث الدافع على التقاعد - على نحو ما سنبينه- هذا فوق ان صيغة العقد الشكلية التي أوجبها القانون للثبوت من وجود رضا المتنازل تحريراً .

اما صحة الرضا فان ما يؤثر في صحة عقد الهبة هو الأهلية القانونية التي يلزم توافرها في الواهب وعند وجود نقص الأهلية يلزم قيام الولي او الوصي للتعبير عن الإرادة بالقبول نيابة عن

ناقص الأهلية على نحو ما بيناه ، والى جانب ذلك يجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالإكراه أو الغلط أو التفرير مع الغبن أو الاستغلال .

إلا أن الجزء القانوني الذي يترتب على وجود هذا العيب يقتصر على التعويض المدني وربما الجزء الجنائي والتعويض يتمثل بوجود الضرر الجسدي للواهب الذي ينشأ عن الضرر المادي (ما لحق المتضرر من خسارة) و (ما فاته من كسب) وبالضرر المعنوي وهي الألام الجسدية التي كابدها المتنازل والحزن والألم والمساس بالشعور وحرمانه من التمتع بمباهج الحياة وغيرها وهو يقدر جملة واحدة لأنه ليس كالضرر المادي .

وإذا كان الإيجاب في عقد الهبة يتمثل في طرف المتلقي (الموهوب له) وان القبول في طرف الواهب الذي يجب ان يكون رضاه قائماً بطرق التعبير عن الإرادة الكتابي على نحو ما نصت عليه المادة ١/٧٧ من القانون المدني العراقي ، فان السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة من الواهب للدلالة على وجود الرضا عنده .

ويلاحظ في هذا المجال ان المادة ٨١ من القانون المدني العراقي ذكرت قاعدة (لا ينسب الى ساكت قول . .) والسكوت هنا لا يعد رضاه من المتنازل باجراء عملية نقل العضو منه . الا ان الاستاذ (سافاتييه) يقول ان القضاء الفرنسي على العموم عمد الى التخفيف من عبء الاثبات على الأطباء والتوسع في فهم القرائن التي يستخلص منها الرضاء تيسيراً لواجب الأطباء واحتراماً لآداء رسالتهم^(١) . كما يذكر جانب من الفقه ان قبول (رضاء الواهب) هو رضاه بما يتولد عن التنازل فلا يسأل الطبيب مدنياً عن الضرر الذي يصيب المريض الذي اختاره علاجاً معيناً أو رضي به - كنقل العضو منه- متى كان الطبيب قد راعى أصول المهنة^(٢) .

نعود الآن للسبب في عقد الهبة وهنا يقصد به هو السبب الطبي لا السبب القانوني في عملية نقل العضو من الواهب ولا يراد بالسبب الطبي هنا (اجراء التجربة الطبية) وانما الباعث الدافع المشروع في علاج شخص لانقاذ حياته من الهلاك انطلاقاً من مبدأ الموازنة في المصالح إذ لا يجوز للطبيب اجراء عملية نقل وزرع العضو البشري اذا عرف ان السبب الدافع للواهب هو التخلص من الخدمة العسكرية او الحصول على مقابل نقدي او عيني ، والا نهضت مسؤولية الطبيب القانونية .

لان المادة (٤) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية اوضحت الجزء القانوني على من يخالف احكام القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ وات المادتين ٧١ و٧٢ من قانون العقوبات العسكري رقم ١٣

(١) الاستاذ سافاتييه ، في المسؤولية المدنية ، ج ٢ ، نبذة ٧٨٣ ، ص ٣٩٩ .

مشار اليه في مؤلف عبدالسلام التونجي ، ص ٣٧٩ .

(٢) الدكتور أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ٨٤ .

لسنة ١٩٤٠ المعدل نصتنا على مسؤولية الشخص في حال التمارض او الحاق الأذى للتخلص من الخدمة وحال التمارض او الحاق الأذى بالنفس .

ولما كانت عملية نقل العضو وغرسه يجب أن تكون بناء على الرضاء الحر من الواهب حتى يدرك المخاطر الناجمة عن تصرفه رغم توضيحات الطبيب على نحو ما تقدم في ابعاد العملية الجراحية ، فان الفقه المدني في العراق ومصر (نهما على خطى الفقه الفرنسي) اتجه الى رفض ترتيب اي أثر على الاتفاقات الذي يرضي به المريض بالاعفاء من المسؤولية او التخفيف من مسؤولية الطبيب او الجراح حتى ولو كان العلاج او العملية قد تم بناء على طلب المريض نفسه او الحاحه^(١) .

فالاتفاقات الماسة بجسد او حياة الانسان باطلة لأنها تمس النظام العام (أي النصوص القانونية الأمرة الخاصة بالحق في السلامة البدنية) وقد تعرفنا الى ذلك فيما سبق .

ولكن ما صحة الرضاء وحكم مسؤولية الطبيب او الجراح حين يقبل المتنازل او المريض برضاه الحر اجراء عملية جراحية خطيرة رغم نصم الطبيب له بأن الأمل في نجاح عملية النقل للعضو البشري او العمل الطبي ، لاسباب طبية ، ضئيل فهل يمكن اعفاء الطبيب من المسؤولية ؟
الجواب : نعم كأصل عام .

ففي قضية قريبة من هذا الموضوع ذهبت فيها محكمة السين بفرنسا في ١٩٢٩/٢/٢٢ الى الحكم بعدم مسؤولية الطبيب لوفاة أنسة أجرى لها طبيب تجميل عملية جراحية تجميلية بناء على رضاها وتهديداتها بالانتحار حتى تتمكن من الزواج^(٢) .

وعدم مسؤولية الطبيب هذا تقرر لعدم حصول خطأ منه لا سيما وأنه نبه المريضة لمخاطر العملية مسبقاً وأنه راعى أصول الفن والعلاج الطبي .

ثم ان أي اتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية جائز اذا لم يكن بفعل غش (نية الاضرار) أو خطأ جسيم وأن لا يكون الضرر واقعاً على شخص الانسان أو شرفه أو سمعته^(٣) . غير ان هذا لا يعني الاعفاء من الاتفاقات الواقعة على جسد الانسان كاتفاقات (شايلوك) الذي اراد اقتطاع ٢ كيلو من لحم المدين لعجزه عن سداد الدين والفائدة . وانما بطلان الاتفاق على عدم مطالبة المضرور

(١) الدكتور حسن الذنون ، تعديل أحكام المسؤولية المدنية ، محاضرات على طلبة الدراسات العليا للعام الدراسي ١٩٨٧-١٩٨٨ ، غير منشورة ، ص ١٣ .

الدكتور حسن الابراشي ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، بدون سنة نشر ، ص ٣٠٩ .

الدكتور محمود جمال الدين زكي ، اتفاقات المسؤولية ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) الدكتور حسن الذنون ، المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٥ .

بالتعويض المدني في اتفاقات الاعفاء من المسؤولية الواقعة على جسد الانسان كما في حالة نقل العضو وغرسه او العمليات الطبية الخطيرة^(١) .

ولا شك ان هذه الاتفاقات الماسة بالحق في السلامة البدنية تخالف النظام العام . وجاء في المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي ما يلي :

(١) - يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والأداب والا كان العقد باطلاً^(٢) . كما نصت المادة (٣/٢٥٩) من القانون المدني العراقي ما يلي : (٣) - ويقم باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع) .

بناء عليه فان القضاء الفرنسي يعتبر الاتفاقات الواقعة على جسد الانسان غير مشروعة ومنافية لحسن الأخلاق^(٣) . ومع ذلك فان رضاه المريض ليس ممكناً دائماً إذ يستثنى من ذلك حالة الضرورة لهذا قيل (ان الضرورة لا يحكمها قانون) فلو قام الطبيب باستئصال عضو من المريض وقاية لصحته وحفاظاً على بدنه كقطع اليد منعاً لانتشار التسمم او قطع الثدي المتورم لوجود الخلايا السرطانية ، ليس للمريض أن يحتج بحصول مساس بسلامته الجسدية ان كانت اصول المهنة الطبية قد جرت مراعاتها في العمل الجراحي .

وفي الجيش فان رجال الصنوف العسكرية بانخرطهم في سلك الجندية يفقدون ما لهم من حقوق على اجسادهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من انواع العلاج والتضحية بالحياة فالحرية الفردية تتلاشى امام سلامة الدولة والمجتمع من خطر الاعداء وحماية الوطن^(٤) . ويتعرض العسكري للعقاب في حالات الحلق الاذى بالنفس كالشروع في الانتحار او ضرب وبتير الاصابع او تأخير التماثل للشفاء على نحو ما تقدم . الا الامر مختلف في دول اخرى فالجنود الاستراليون وفي نيوزلندا رفضوا التلقيحات ضد الانتراكس للمضاعفات التي قد تحدثها هذه اللقاحات .

(١) المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) نص المشروع العراقي على (محل الالتزام) ويريد بذلك (محل العقد) فالمحل في الالتزام غير العقدي يتولى القانون بيانه ويكون دائماً مشروعاً وصحيحاً وموجوداً لذلك فالصحيح ان ينص المشرع على عبارة (محل العقد) . كما ان المشرع العراقي ذكر في المادة ٢/١٣٠ مفهوم النظام العام ولم يكن موفقاً في ذلك إذ لم تذكر الكثير من القوانين المدنية العربية ما يقابلها لأن فكرة النظام العام ليس لها ضوابط يجمعها وتكون فكرتها شاملة ومائعة .

أنظر : ملاحظتنا في القانون المدني العراقي (التناسق الداخلي والتوافق الخارجي) قدمت إلى ندوة القانون المدني المنعقدة في أواخر ديسمبر ١٩٨٨ .

(٣) أنظر في ذلك : الدكتور حسن الذنون ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

(٤) الدكتور حسن زكي الابراشي - المرجع السابق - ص ٣٠٧ .

بل يتمد الامر احياناً الى غير الجنود حيث توجب مصلحة الوطن عدم الاعتداء برضا الشخص في قبول العلاج كما في حالة التطعيم ضد الامراض او الاوبئة او الخضوع للامراض الجسدية والثابت من صحة البدن وخلوها من الامراض المعدية كالايديز او الكوليرا او غيرها ، ولقد اوجب المشرع العراقي على كل شخص عربي او اجنبي يدخل العراق الخضوع للفحص واستحصال شهادة السلامة والرأفة من مرض فقدان المناعة والمكتسبة .

وفي ميدان نقل الاعضاء فقد استقر الامر في التشريعات الاجنبية والعربية وفي العراق على ضرورة اخذ رضا الشخص الحر حتى يدرك المخاطر الناجمة عن قبوله المخاطرة باجراء العملية الجراحية وتحمل نتائجها وبخلافه فان الطبيب قد يتحمل الجزاء لقيام المسؤولية الجنائية او المدنية^(١) .

ولكن يثار السؤال هنا عما اذا كان الكذب من الطبيب خطأ موجب للمسؤولية ، فهل يجوز الكذب على المريض او المتنازل ؟

ذهب القضاء الفرنسي الى حد اعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبه العمد على المريض باخفائه حقيقة المرض عليه ، كأن يكون المريض مصاباً بالاورام السرطانية فيخبره ان مرضه مجرد الم بسيط يزول بالعلاج ، لا سيما وان هذا الكذب يلعب دوراً حاسماً في رفع الحالة المعنوية للمريض وتقوية جسده وان اعلامه بالحقيقة ستكون سلبية على وضع المريض النفسي ، الا ان الكذب اذا كان يهدف الى تضليل المريض وحمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب بهدف مادي او تجريبي او لكسب الشهرة تطبيقاً لعلاج معين فانه يعد سبباً في اقامة المسؤولية المدنية على الطبيب الذي يبالي في وصف حالة المريض حتى يحمله على قبول تدخل جراحي لا تستدعيه حالته مما يترتب عليه بتر عضو من اعضاء جسمه^(٢) .

وفي قضية ذهب القضاء الفرنسي الى الحكم بمسؤولية الطبيب الذي اقنع المريض كذبا بخطورة حالته لحمله على قبول عملية جراحية لا تستدعيها حالته لكننا ندر على الطبيب ربها وفيير^(٣) . كما يكون الطبيب مسؤولاً من الناحيتين الجنائية والمدنية عن كذبه على المريضة الحامل بوجود الخطر في استمرارية الحمل وصولاً الى الاجهاض او الاستفادة من اعضاء الجنين .

(١) انظر العقوبات التي نصت عليها المادة ٤ من قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وما نصت عليه المادة ٤ من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ علماً ان (الشكلية القانونية الكتابية) للثابت من رضاه الواهب ركن في عقد العلاج لغرس الاعضاء .

(٢) الدكتور محمد حسنين منصور - المسؤولية المدنية لكل من الاطباء والجراحين ، اطباء الاسنان ، الصيادلة ، المستشفيات العامة والخاصة الممرضين والمرضات - موسوعة القضاء والفقه ج ٢٤١ ، ١٩٨٥ ، ص ٣٥ .

(٣) د . محمد حسنين - ص ٥١ .

من هذا يتضح ان الفارق كبير بين الكذب الابيض الذي يسهم في رفع الروح المعنوية والحالة الجسدية للمريض والكذب التضليلي (الاسود) الذي لا يخدم المريض ولا يعفي الطبيب من المسؤولية رغم رضاء المريض بالعلاج .

ثانيا - العمليات الطبية في نقل الاعضاء من الواهين من اسباب الاباحة

اسباب الاباحة من حالات انعدام المسؤولية الجائبة وتشمل هذه الاسباب ما يلي :

١- اداء الواجب . (المادتان ٣٩ و ٤٠) من قانون العقوبات .

٢- استعمال الحق . المادة ٤١ من قانون العقوبات .

٣- حق الدفاع الشرعي . المواد من ٤٢ - ٤٦ من قانون العقوبات .

فأسباب الاباحة ، ان الافعال يجرمها القانون ولكن في حالات محددة يبيح القانون ارتكابها فترفع الصفة غير المشروعة عن تلك الافعال الارادية فلاتوجد عندئذ جريمة لزوال الركن الشرعي بحكم القانون ، ولهذا نصت المادة (٣٩) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل : «لجريمة اذا وقع الفعل . . .» .

والاعمال الطبية الماسة بالصحة الجسدية كتنقل العفو من الواهب او القطم عضو من مريض او اجراء عملية جراحية طبية لشخص وان كان ماسا بالسلامة البدنية الا انه يعد من حالات (استعمال الحق) التي يبيح القانون اجراءها اذ نصت المادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي على ما يلي :

«لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالا للحق :

١- . .

٢- عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة» .

يتضح من هذا ان صفة الاعتداء بالعمل الجراحي غير موجودة بالنسبة للطبيب والقائمين معه بالعمل الطبي فلا يسألون عن جريمة الايذاء العمد عند مساهمهم بجسد الانسان وكيانه العام لان العلاج الطبي غايته شفاء المريض وتحسين حالته الصحية او ترجيح المصلحة على الخطر سواء بالنسبة للواهب او المتلقي فالطبيب ومن معه يستعمل حقا قانونيا في المعالجة وفي زراعة الاعضاء البشرية اما شروط استعمال هذا الحق كسبب من اسباب الاباحة فهي :

الشرط الاول - اتباع اصول الفن الطبي في الجراحة واللاج .

الشرط الثاني - توافر رضاء المريض او ممثله الشرعي . ويستثنى من ذلك ما اطلق عليه المشرع تسمية (الحالات العاجلة) وهي حالة الضرورة .

ومما يدخل ضمن اسباب الاباحة وعدم قيام المسؤولية الجنائية لوجود (استعمال الحق المقرر قانونا) اداء الواجب الطبي من الطبيب في ايقاف اجهزة الانعاش المركزة جسم الانسان في حدود الاباحة عند موت (جذع المخ) ، او في نقل الاعضاء وغرسها وفقا للضوابط القانونية وبالتالي فلا تنهض المسؤولية الجنائية عن القتل او الايذاء العمد ولا المسؤولية المدنية على الطبيب متى توافرت الشروط سالفة الذكر وما اوجبه قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية وقانون مصارف العيون من شكلية قانونية كتابية .

ويذكر جانب من الفقه الجنائي ان الاساس الصحيح لهذه الاباحة من الناحية الشرعية هو (اذن الشرع) لان جسد الانسان وروحه فيهما (حق الله) الذي يقابل النظام العام في القانون الوضعي و (حق العبد) وتقابل المصلحة الخاصة ويتغلب حق الله على حق العبد وعمل الطبيب هنا توجبه الضرورة الاجتماعية فلو تدخل بدون اذن (رضاء) المريض وفي غير حالة الضرورة ومما لا تقتضيه المصلحة العامة فان عمل الطبيب يعد تعديا ويوجب قيام المسؤولية عليه اي مسؤوليته عن تعويض الضرر المادي والمعنوي الناتج عن الضرر الجسدي فيثبت حق الضرر في (السراية) الناتج عن العمل غير المشروع^(١) . ولهذا فان القانون الجنائي حينما يبيح بعض الاعمال ويرفع الصفة الجنائية عنها ولا يقرر انها جريمة فلا مسؤولية على الطبيب والجراح اذا روعت الشروط المقررة قانونا وعند عدم مراعاتها فان المسؤولية الجنائية تنهض بقيام اركانها (الركن الشرعي والركن المادي المعنوي)^(٢) ، مع المسؤولية المدنية ، وجزائها التعويض .

ثانيا - الخطأ الطبي في نقل وغرس الاعضاء يوجب المسؤولية المدنية

تنهض مسؤولية الطبيب المدنية - بلا ادنى شك - عند ارتكابه للخطأ الطبي المتمثل في استئصال الكلية السليمة مثلا بدلا من الكلية العاطلة .

فالطبيب والمستشفى مسؤولان عن تعويض الاضرار المادية والادبية التي تصيب المريض والزوج واقاربه حتى الدرجة الثانية في حالتي الاصابة الجسدية المميته وغير المميته وعن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لوجود الخطأ الجسيم .

(١) الدكتور احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية ص٤٣ - ٤٤ ص ٥٠ .

نصت المادة ٩١ من مجلة الاحكام العدلية على ان (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ونصت المادة (٦) من القانون المدني لسنة ١٩٥١ (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر) .

وهذه المادة تقرر عدم مسؤولية الطبيب المدنية وانتفاء الخطا في مجال اسباب الاباحة لا التعدي .

(٢) الدكتور حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - ط٦ ج١ ، بغداد ١٩٧٦ ، ص٣٤٥ - ٣٤٧ .

وللاسف نقول بأن صورة المسؤولية القانونية (الجنايئة والمدنية) في العراق لم تأخذ ابعادها القانونية ولا تزال القضايا التي تتضمن اخطاء طبية جسمية او يسيرة تأخذ بعدا اخر فترفع الشكوى على الطبيب المسؤول الى السلطات العليا للدولة او يتم الاكتفاء باتخاذ الاجراءات الادارية كالعقوبات الانضباطية وهي اكبر دليل على ثبوت الخطأ الطبي او تترك المسألة للقضاء والقدر .

بينما نعتقد ان البعد القانوني ينبغي ان يغلب ليأخذ مراه الصحيح بالاعتماد على نصوص القانون المدني الخاصة بالمسؤولية المدنية والتعويض عنها وعلى نصوص قانون العقوبات العراقي والقوانين الطبية الخاصة في حالات كثيرة .

ففي قضية خلاصتها ان الطبيب يوسف اصيل في ١١ - ١١ - ١٩٨٠ على لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة لمحافظة بغداد لاجراء محاكمته عن تهمة عدم قيامه باجراء تدخل جراحي مستعجل لفتح القصبه الهوائية للمريض (محمد) لانقاذ حياته فصرف وقتا ضائعا يقارب الساعتين والنصف في جدل مع الادارة ومخابرة مديرية مستشفى النجف حيث توفي المريض في نهاية الامر دون تقديم العلاج في الوقت المناسب فقررت اللجنة في ٢٥ - ١ - ١٩٨١ بقرارها المرقم (٩) ان المتهم كان مقصرا بواجبه لامتناعه عن اجراء العملية الجراحية للمريض تداركا للحالة السيئة وانقاذاً لحاته فتقرر معاقبته بعقوبة التوبيخ استنادا الاحكام المادة ١٣ من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ المعدل^(١) . وفي رأينا ان القرار المذكور دليل قاطع ثبوت الخطأ الطبي ويتمثل بالتقصير والاهمال عن عدم المعالجة يستحق ورثة المريض ومن كان يعيهم التعويض عن الضرر المادي والادبي حتى الدرجة الثانية ، كما ان المستشفى تكون مسؤولة عن متبوعها حسب المادة ٢١٩/١ من القانون المدني العراقي لان الخطا وقع اثناء الخدمة .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي حدد المتبوع بالمتبوع الحكومي وعلى ان يكون ذلك اثناء الخدمة واعطاءه امكانية دفع المسؤولية في الفقرة الثانية وهو اتجاه غير عادل . ولهذا ذهب المشرع المدني العراقي الجديد في المادة ٤١٠ الى توسيع نطاق مسؤولية المتبوع الى (اثناء الخدمة او بسببها) الا انه حصر الامر بالموظف التابع . فلم يشمل المكلف بخدمة عامة كالمقاتل في الجيب الشعبي ولا التابع في القطاع التعاوني والمختلط والخاص . وهو اتجاه لا نقره عليه .

وقد عثرنا على قرار حديث (غير منشور)^(*) ، صدر عن محكمة تمييز العراق صادقت فيه على

(١٥٨) القرار غير منشور .

وانظر في قضية مماثلة توفيت فيها طفلة حديثة الولادة لعدم العناية بها واكتفت لجنة الانضباط بعقوبة (الانذار) فقط بقرار اللجنة رقم ٧ في ١٦ - ١١ - ١٩٨٠ . غير منشور .

(*) رقم الاصابة - ٥٠٣ / مدينة منقول / ٨٧ - ١٩٨٨ - رئاسة محكمة التمييز في ٣٠ - ١١ - ١٩٨٧ .

قرار محكمة بداءة الموصل التي قررت الحكم على طبيب بتعويض مادي وادبي لاتكابه خطأ طبي في اجراء عملية جراحية لطفلة .

وكانت محكمة البداءة قد ركنت في اصدار حكمها على التحقيق الاداري من قبل اللجنة التحقيقية المختصة في مديرية صحة محافظة نينوى وتقرير الخبراء المختصين المكلفين من قبل المحكمة لتقرير التعويض المستحق والذي قدر بمجموع (٢٠٠٠) دينار عن الاضرار المادية والادبية الجسدية للطفلة فقط وايداعه في صندوق رعاية القاصرين لحسابها .

وهذه الحالة من القضايا القليلة التي تؤسس المحكمة حكمها على قرار لجنة انضباط او لجنة تحقيقية في المستشفى في ثبوت الخطأ وحصول الضرر وقيام علاقة السببية ، وهو اتجاه سليم . كما ان لجنة الانضباط في حالات كثيرة تتعاطف مع مرتكب الخطأ الطبي ولا يسند اليه اية تهمة رغم تقصيره ، ففي قضية تتخلص في ان شخصا نقل الى مستشفى محافظة الانبار لاصابته بصعقة كهربائية وطلب من الطبيب (عبدالله) معالجته فطلب احضار ورقة العيادة اولا ولم يسعف فوراً وادى الى وفاة الشخص وقد صدر قرار لجنة انضباط موظفي الدولة في محافظة الانبار التابعة لوزارة الصحة بالبراءة فاعترضت وزارة الصحة وطلبت الطبيب الا ان مجلس الانضباط العام قرر في ٢ - ١٠ - ١٩٨٤ المصادقة على قرار البراءة^(١) .

كما ذهب مجلس الانضباط العام في قراره المرقم ١٢/٨٣/١٩٨٤ في ٤ - ١٠ - ١٩٨٣ الى توجيه عقوبة التوبيخ بحق الطبيب والمرضة عن وفاة مريضة في حالة ولادة قيصرية لم يقدم لها العرج والرعاية لان الطبيب غادر المستشفى للنوم والراحة^(٢) . ويقرر في قضية اخرى توفي المريض فيها لانه كان يعاني من جلطة قلبية ولم يسعف بالاكسجين فاكتفى الطبيب بعقوبة الانذار فقط^(٣) .

يظهر من ذلك ، على الرغم من ثبوت تقصير (خطأ) الطبيب والكادر الطبي كالممرضة والمخدر ووضوح مسؤولية المستشفى حسب المادة ٢١٩/١ من القانون المدني (مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع) الا ان الضرر يذهب حقه هدرا للاكتفاء بتوجيه الانذار او التوبيخ وهو اكبر دليل على وجود الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية لقيام اركانها (ضرر وخطأ وعلاقة سببية) .

كما يظهر من هذه القرارات ان الاخطاء الطبية محصورة في الاجراءات الانضباطية المتخذة من مجلس الانضباط العام ان من لجنة الانضباط التابعة لوزارة الصحة وبالتالي فان حقوق المتضررين

(١) رقم القرار ٩ ، ٨٥/٨٤ في ٢ - ١٠ - ١٩٨٤ (مجلس الانضباط العام) غير منشور .

(٢) القرار غير منشور .

(٣) قرار رقم ١ في ١٦ - ١٢ - ١٩٨٦ غير منشور .

تذهب هدرا في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية وهو اتجاه غير سليم يتنافى مع قواعد العدالة ، ونعتمد ان الطريف السليم اللجوء الى القضاء العراقي باعتباره هو الاسلم والاضمن لحقوق المتضررين من اللجوء الى طريق الشكوى للجهات العليا في الدولة او لجنة الانضباط التابعة لوزارة الصحة .

بناء عليه فان خطأ الطبي الحاصل في ميدان غرس الاعضاء البشرية سينحصر في العقوبة الانضباطية للطبيب ويذهب حق المريض او حق المتنازل او ولائتم هدرا على نحو ما اوضحناه .

ان دعوتنا هذه لا تعني ايقام كل المسؤولية على الطبيب لان الخطأ قد يكون مشتركا لاشترك اكثر من طرف في وجوده وعند عدم تحديد نسبة كل طرف فان المسؤولية تكون بالتساوي وبالتضامن . وقد نصت المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي :

(١-) اذا تعدد المسؤولية عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب .

٢- ويرجم من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم .

فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي) .

ان حاجة الطبيب والكادر الطبي والصيدلي وغيرهم الى الثقة والحرية في العمل لا يمكن ان تلغي حاجة المريض الى الحماية من اخطائهم وحقه في التعويض او حق وراثته في جبر الضرر الذي اصابهم^(١) .

لذلك فقد استقر رأي الفقه المدني والقضاء في كثير من الدول على ان الطبيب يكون مسؤولا عن كل خطأ بعد ثبوته يقينا في حقه سواء اكان يسيرا ام جسميا وسواء تعلق بعمله الفني ام الاعتيادي^(٢) . فيلزم بدفع التعويض للمتضررين .

(١) الدكتور احمد شرف الدين - المرجع السابق - ص ٣٤ .

(٢) انظر الدكتور احمد شرف الدين - ص ٣٥ - ٣٦ .

الدكتور محمد هشام القاسم - الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية - مجلة الحقوق والشريعة - الكويت - ١٩٧٩ ص ١٠ .

يقول الاستاذ مصطفى مرعي (لهذا كان الرأي الصائب ان يسأل الطبيب عن خطئه في حقه يقطع النظر عما اذا كان الخطأ عاديا او فنيا جسميا او هينا وعلى هذا الرأي جرت احكام محكمة النفض في فرنسا يؤديها في ذلك كثير من العلماء(بلانيول وربير واسمان) واخذت بهذا الرأي نفسه محكمة استئناف مصر في قضية مريض اصيب بقرحة في عنقه بينما كان يعالج بأشعة (اكس) لدى الاطباء ، وبان للمحكمة في هذه القضية على ضوء ما تقدم لها من تقارير طبية ، ان الطبيب المذكور قد تجاوز مع مرضه عدد جلسات العلاج بالأشعة التي =

ام مسؤولية الطبيب المدنية تنهض اذا اجرى للمريض عملية غرس عضو او عملية جراحية خطيرة دون ان يبين لاطراف العملية الطبية (المعطي والمتلقي) المخاطر والاثار العرضية المحتملة عن العمل الطبي .

الا ان الاتفاقات بين اطراف العلاقة (الواهب والموهوب له) في عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية يمنع قيام المسؤولية المدنية للطبيب الذي راعى اصول الفن الطبي والعلاج بشرط ان يجمل ان مصدر العضو المتنازل عنه لغرسه في جسم المتلقي مصدره (عقد البيع) .

والخلاصة فان خطأ الطبيب في نطاق العمل الجراحي ام في مجال نقل وغرس الاعضاء ام في نقل الدم من الواهب سواء اكان عاديا ام فنيا لا يتميز بشيء عن خطأ غير الطبيب لان المسؤولية بوجه عام لا تنحرف - فيما عدا احوال المسؤولية المقررة ابتداء بنص القانون - الا على اساس (الخطأ الثابت) ولا يعتبر الخطأ ثابتا الا اذا كان ثبوته على وجه التحقيق^(١) . ويلاحظ ان الخطأ في التشخيص والخطأ في اختيار العلاج لا يترتب عليهما مسؤولية الطبيب الا اذا ثبت انه اظهر جهلا تاما بمبادئ العلم وممارسة المهنة عمليا^(٢) . لهذا ففي غرس الاعضاء يجب ان يكون الطبيب اختصاصي في الكلية او العيون او العضو المراد غرسه .

= كان يجب عليه ان يقف عنها ، تجاوزا هو الذي سبب القرحة لدى المريض . فأعتبرت المحكمة هذا التجاوز من جانب الطبيب خطأ فنيا يوجب مسالة المدنية وقضت عليه بالتعويض) .

مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية - ص ٦٤ .

وانظر رأي الدكتور سليمان مرقس - المسؤولية في تقنيات البلاد العربية - القسم الاول الاحكام العامة - ١٩٧١ ص ٣٦٢ .

GERARD MEMETEAU - LE DROIT MEDICAL - op. cit. p. 143.

واظر قرار محكمة النفض الفرنسية في ٢١ - ٦ - ١٨٦٢ الذي جاء فيه (. . . وانه توجد قواعد عامة يملها حسن التصبر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها في كل مهنة ، وان الاطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم ن الناس) .

د . سليمان مرقس - الوافي شرح القانون المدني - ج٢ - الفعل الضار - ط ٥ ، ١٩٨٨ ، ص ٣٨٦ .

وتأسيسا على ما تقدم ، فانه اذا ما تعين الخطأ ، فان ان قدر منه يكفي لتوافر المسؤولية ، وليس يلزم لوجوب المسؤولية ام يكون الخطأ جسميا او الجمل فاضحا او ما الى ذلك مما كان يشترط في هذا الصدد وقد اتجه القضاء الفرنسي منذ فترة الى تأكيد مبدأ مهم في قراراته هو : ان اي قدر من الخطا لو كان يسيرا من جانب الطبيب فيما يلزم به من عناية وتبصر انما يوجب مسؤوليته .

حسين عام وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ط ٢ ، ١٩٧٩ ص ٩٩ .

(١) د . سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - المرجع السابق ص ٣٩٢ تنهض المسؤولية التقصيرية للطبيب اذا قام بالعلاج دون طلب من المريض او احد ممن له شأن في ذلك .

حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ط ٢ ، ١٩٧٩ ص ٩٥ .

(٣) حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المرجع السابق - ص ٩٦ ، هامش ٣ .

الفصل الثالث

الوصية بالأعضاء البشرية

الوصية من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة تتجه الإرادة (إرادة الموصي) الى انشاء الالتزام الوصية تصرفا احاديا . وقد ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى تعريف الوصية بتعريفات متعددة ، فعرفها الاحناف انها (تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع) وذهب الشافعية الى القول بتخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت وقال المالكية : (الوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص اخر او لاشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية او لم يصرح به) . وحددها الحنابلة بقولهم (الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت) وقال اخرون (تمليك عين او منفعة بعد الموت)^(١) .

ولقد ذهب بعض الفقهاء الى ان ركن الوصية الايجاب من الموصي والقبول بعد وفاة الموصي من الموصى له او من يقوم مقامه وهو وارثه ، وذهب (زفر بن الهذيل) الى ان ركنها الايجاب فقط بينما يرى كثير من الحنيفة الى انها تتم بالايجاب من الموصي والياس م رد الموصى له وان التزام الموصي قبل وفاته غير لازم اذ ان له ان يرجع عن وصيته او الاصرار عليها . باتفاق الفقهاء^(٢) .

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هل ان جثة الانسان او اجزاءها تدخل ضمن تركة الموصى بالوفاة ؟ وهل تصح ان تكون موصى بها ؟ وما هي لحظة الوفاة ؟ اي ما هي لحظة ميلاد الجثة ؟ وما حكم اجهزة الانعاش المركزة والمتطورة التي تفعل فعلها في استمرارية حياة الانسان ؟

(١) بدائم الصنائع للكاساني - ج٧ ط١٠ ، ١٩١٠ ص ٣٣٠ كتاب الوصايا محمد تقيّة - الإرادة المنفردة للالتزام - الجزائر ١٩٨٤ ص ٩٦ - ١٠٠

الدكتور احمد الخطيب - الوقف والوصايا - ط١ ، بغداد - ١٩٨٦ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

الدكتور احمد الكبيسي - الاحوال الشخصية - ج٢ بغداد - ١٩٧٤ ، ص ٧٥ وما بعدها .

نصت المادة ٦٤ من قانون الاحوال الشخصية وقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ما يلي : (اوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض) .

واوجبت المادة ٦٥ ضرورة الدليل الكتابي لاعتبار الوصية وبينت الفقرة

(٢) بدائم الصنائع للكاساني - ج٧ ط١٠ ، ١٩١٠ المرجع السابق ص ٣٣١ - ٣٣٢ الشيخ على الخفيف - تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته - مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٥ السنة ١١ ، ١٩٤١ ، ص ٥٦ - ٥٧ .

ويلاحظ ان الوصية فضلا عن كونها عملا تبرعيا بالإرادة المنفردة من الموصي وهي من اسباب كسب الملكية الا ان اعضا من الفقهاء المسلمين اعتبرها (عقد غير لازم) في حياة الموصي ولا تصبح عقدا لازما الا بعد الوفاة وانها تكون في ثلث الاموال وما جاوز موقوف على الاجازة ويمكن ان ترد الوصية على الاعيان والمنافع . وينتقد بعض الفقهاء في العراق تعريف المشرع العراقي لتعريف الوصية الواردة في المادة (٦٤) لانها اوسم مما ذكره في المادة المذكورة فتشمل الوصية كذلك الابراء من الدين وابراء الكفيل مما تكفل به وغيرها .

(٣) د . مصطفى الزلمي - شرح قانون الاحوال الشخصية - احكام الميراث والوصية - ١٩٨٨ ص ٥ .

فلا يقبل من الممارس العام او الطبيب العام القيام بعملية نقل وغرس العضو البشري اذا لم متخصصا والا عد مسؤولا من الناحيتين الجنائية والمدنية .

ومن جهة اخرى لو قام الطبيب الاختصاصي في العيون (س) بالاتفاق مع طبيب اخر اقل خبرة منه بمزاولة العمل الطبي في عيادة الاول اثناء غيابه واتفق الطبيب الثاني مع مريض ومتنازل (واهب) على غرس القرنية واركتب خطأ طبي فان المسؤولية تكون (تضامنية) بين الطبيبين الى جانب مسؤولية المستشفى ان كان تابعا لها فلا يعفى الطبيب الاول الذي انعقد العقد في عيادته . ونعتقد ان صفة المستشفى كونها اهلية (خاصة) لا يعفيها من المسؤولية .

ولا يراد بالخطأ الطبي ما يوجد من نظريات عملية مختلف عليها علميا فأتبع الطبيب احدي هذه النظريات اذ لا لوم عليه فقد ذهبت محكمة استئناف مصر ان باب الاجتهاد امام الطب يجب ان يبقى مفتوحا للخدمات الطبية الانسانية عدا الاعمال التي تدل على الرعونة وعدم المسؤولية^(١) .

(١) د . سليمان مرقس - الوافي - ص ٣٩٥ .

للإجابة عن هذه الاسئلة وبيان حكم الوصية بالاجزاء والاعضاء البشرية بلزم منا تقسيم خطة البحث على النحو الاتي :

المبحث الاول - فكرة الوصية الوقت .

المبحث الثاني - تحديد لحظة الموت .

المبحث الثالث - موقف التشريعات الوضعية .

المبحث الاول

فكرة الوصية وفكرة الوقف

نص قانون الاحوال الشخصية في العراق رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على تعريف الوصية في المادة ٦٤ بأنها : (الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض) . كما بين المشرع العراقي في المادة ١١٠٩ من القانون المدني على ان كل تصرف قانوني ناقل للملكية يصدر من الشخص في مرض الموت يكون مقصودا به المحاباة او التبرع وكذلك الاجراء او الكفالة ، تأخذ حكم الوصية وتضاف لما بعد الموت وتنفذ في حدود الثلث .

اما الوقف فهو لغة الحبس او المنع ويراد به اصطلاحا : (حبس العين عن تملكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في المجلة او على وجه من وجوه البر) .

ويعرف الفقهاء فكرة الوقف على النحو الاتي :

(حبس العين على ملك الواقف حبسا غير لازم والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية)^(١) .

وإذا كان لوقف شروط في الواقف والموقوف وجهة الوقف والصيغة^(٢) .

فان هذه الشروط لا تنطبق على الاجزاء والاعضاء البشرية والجسد بعد انتهاء الحياة وتصم مع التنجيز ان كان ذلك لا يؤدي الى الهلاك وقيام شروط صحة التصرف ، اذ لا يصح وقف الجسد حال حياة الانسان لاجزاء التجربة الطبية لتعارض ذلك مع قواعد النظام العام . كما لا يصح تصرف الشخص في وقفه لعضو منفرد من اعضائه حال حياته لان ذلك يؤدي الى الهلاك الحال .

الا ان الوقف قد يأخذ حكم الوصية ، فللواقف بارادته المنفردة ان يقف عضو من اعضائه لاغراض الخير والثواب حين يصح تصرفه منجزا وهو التزام بسيط لا يقترب بوصف كالاجل ، وحين يقم الوقف من الواقف حالا ذا لا يصح الوقف ان كان مضافا الى ما بعد الموت ولهذا لا يصح تصرف

(١) انظر تفصيل ذلك : د . احمد الكبيسي - المرجع السابق - ص ٣٢٠ .

(٢) الدكتور الخليل - المرجع السابق - ص ٦٦ وما بعدها .

الدكتور الكبيسي - المرجع السابق - ص ٣٢٧ وما بعدها .

الشخص في القول بأن جسدي موقوف بعد موتي لان هذا التصرف يكون وصية ، كما ان من شروط الوقف التأييد فلا يصح الوقف مؤجلا لفترة زمنية .

ان الوقف بالجسد او بجزء منه او بعضو بشري الذي يقم حال الحياة ويضاف الى ما بعد الموت يأخذ حكم الوصية كمن يقف جسده الى جهة طبية بشرط وجود التبرع عند الواقف .

ونعتقد ان بإمكان الموصي الوصية بكل الجسد او بعضو من اعضائه بعد موته وله ان يوقف جثته لاغراض علمية وا تعليمية وعندها يأخذ الوقف حكم الوصية على نحو ما بينا . ولا شك ان تشريع جسد الانسان جائز شرعا وقانونا بعد وفاته وهو ليس تمثيلاً بالجثة لان التشريع علم قائم بذاته تظهر اهميته في معرفة اسباب العلك وطريقة عمل الجسد ووظائف الاعضاء وصولا الى سبب الوفاة ونوع الاصابة في القضايا الجنائية وهو لا غنى عنه لدارس الطب وتشريع الجثة امر مستقر فقهاً وقانونا لما فيه من المصلحة فان انتفت المصلحة لايجوز التشريع .

ان الوصية بالجثة لاغراض العلمية او الطبية او بالاعضاء البشرية من المصادر المهمة التي ترفد العمليات الطبية في نقل وزرع الاعضاء البشرية وقد اتجه الفقه الشرعي والمدني الى ان مصلحة الحي ارجح من مصلحة الميت ويجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شحص محتاج الى كلية مثلا ، وان الكثير من الاقطار الاسلامية والعربية تباشر هذه العمليات الطبية عند وجود الوصية وعند عدم وجودها حين تحصل موافقة الاقارب حتى الدرجة الثانية والزوج .

ولا شك ان القاعدة الاخلاقية التي يركز عليها التزام الموصي بارادته المنفردة تتمثل في التضحية ونكران الذات والشعور بالمسؤولية حيال الاخرين ومن اجل سعادة المجتمع ولذلك فان هذا التصرف القانوني يعد صحيحا لانه يحقق رغبة الموصي في الامن والسلام الداخلي ويحقق ايضا امن المجتمع لان فيه السلام الخارجي .

ان ارادة الموصي ليس بالضرورة ان تحترم وتنفذ في كل تصرفاته ما لم ترتكز على قاعدة اخلاقية (الاخلاق الفردية والاخلاق الاجتماعية) والاعتبارات الدينية ، اذ لا يجوز للشخص ان يوصي مثلا بحرق جثته وذر رمادها على سفوح الوديان والجبال او اطعامها للاسماك .

ومثل هذه الارادة يجب عدم الاعتداد بما اتجتهت اليه لانها تتناقض مع الشرع والعقل والقانون ، ولهذا فان الباعث الدافع لهذا التصرف يختلف تماما عن الغايات الانسانية النبيلة في شخص الموصي الذي يوصي بجثته او اعضائه لاغراض الاعمال الطبية في نقل الاعضاء والغرس .

المبحث الثاني

تحديد لحظة الموت (ميلان الجثة)

تنتهي الشخصية الطبيعية بالموت الحقيقي (الوفاة) او بالموت الحكمي (التقديري) والذي يصطلح عليه في الفقه المالكي ب(التمويت) كما في حالة المفقود عند التأريخ في معرفة مصيره بين الحياة والموت لفقدان الشخص مدة معينة وغيابه وانقطاع اخباره بحيث تجهل حياته وممياته ، فالتفسير القانوني للموت قد يأخذ معنى الوفاة الطبيعية او حالة المفقود المحكوم بموته (١٧١) .

العضو المصلى به او الحصول على الاعضاء من جسد الميت بعد موافقة الزوج - في رأينا - والاقارب حتى الدرجة الثانية عند عدم وجود الوصية او بدون موافقة احد في حالات معينة كالمحكوم بالاعدام لانه مهدور الدم شرعا او مجهولي الهوية .

ان تحديد لحظة الموت (لحظة ميلاد الجثة) مسألة مهمة جدا ، اذ ثار الخلاف الفقهي والطبي والشرعي بشأن تحديد لحظة الموت . ويمكن حصر ذلك على النحو الاتي :

المطلب الاول - (المعيار القديم) توقف القلب والدورة الدموية .

المطلب الثاني - (المعيار الحديث) موت الدماغ (موت جذم الدماغ) .

المطلب الثالث - (المعيار الشرعي) توقف القلب وموت جذم الدماغ .

المطلب الاول

(المعيار القديم) توقف القلب والدورة الدموية^(١)

الموت الطبيعي من الناحية الفقهية والشرعية يعني نقيض الحياة ، فهي مفارقة الروح للبدن ، وهي زوال الحياة . ولم يقبل جانب من الفقه الشرعي الدخول في دراسة حقيقة الموت وسببه لانه يتعلق بالروح والروح من الخالق ان دراسة الموت يعني التدخل في شؤون الخالق .

ووفقا لهذه النظرية فان لحظة الموت الطبيعي للانسان تكون في لحظة موت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ، فلا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الموت خاصة بعد توفر اجهزة الانعاش المتطورة القادرة على استمرارية حياة الانسان العضوية لفترة محدودة (الحياة الخلوية) .

لهذا فان هناك من يذهب قائلًا ان الموت وفقا لمعيار الطب الحديث يقع حين تتوقف حياة الانسان بتوقف الاجهزة الاتية :

١- توقف الجهاز التنفسي .

٢- توقف الدورة الدموية .

٣- توقف الجهاز العصبي^(٢) .

فاذا زالت الحياة النباتية (العضوية) موجودة رغم موت جذم المخ لان عمل القلب ما يزال موجودا اجهزة الانعاش الطبية المتطورة فلا يكون الانسان ميتاً وهو ما ذهب اليه الاستاذ سافاتيه SAVATIER^(٣) لقد كان التعرف القديم للموت هو توقف القلب والدورة الدموية وجهاز

(١) انظر المراجع الاتية حول معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية :

عبدالقادر بن محمد - نهاية الحياة - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ ص ١٥٦ .

الدكتور مختار المهدي - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي ١٩٨٦ (غير منشور) ص ١ .

الدكتور احمد شوقي ابراهيم - نهاية الحياة البشرية - مجمع الفقه الاسلامي - ١٩٨٦ (غير منشور) ص ٣١ وما بعدها .

الدكتور حسان تحموت - متى تنتهي مجمع الفقه الاسلامي ١٩٨٦ غير منشور ، ص ٤٦ .

الدكتور محمد سليمان الاشقر - نهاية الحياة - مجمع الفقه الاسلامي ١٩٨٦ غير منشور ، ص ١٠٠ .

الشيخ بدار المتولي عبدالباسط - نهاية الانسانية في نظر الاسلام - محمد الفقه الاسلامي ١٩٨٦ (غير منشور) ص ١١٦ وما بعدها .

الدكتور توفيق الواعي - حقيقة الموت والحياة في القران والاحكام الشرعية - مجمع الفقه الاسلامي ١٩٨٦ (غير منشور) ص ١٣٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبدالله محمد عبدالله - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ ص ٦٧ .

(٣) انظر تفصيلا - الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ١٧٤ .

(١) نص القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة ٣٤ على بداية ونهاية شخصية الانسان وكذلك المادة ٢٨ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد وفي المادة ٢٦ من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ وفي المواد من (١٠٩ - ١١٥) من قانون الاسرة الجزائري لسنة ١٩٨٤ ونظم حالة المفقود قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ .

ويلاحظ ان هناك بعضا من الشرائع الغربية تعرف ما يسمى ب(الموت المدني) الذي يأخذ حكم الموت الحقيقي من الناحية القانونية وبموجبه يحكم على الانسان الحي بالموت المدني ويحرم من الشخصية القانونية وتوزع تركته ويحرم عليه اجراء التصرفات القانونية الا ان هذا النوم الغي في القوانين الحديثة .

نظر : الدكتور شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق - مطبعة نهضة مصر ، بدون سنة نشر .

الدكتور رمضان ابو السعود - النظرية العامة للحق - بيروت ١٩٨٣ ، ص ٨٤ وما بعدها .

الدكتور منذر الفضل - احكام المفقود في الحرب - مجلة الحقوق ، السنة ١٨ ، ١٩٨٧ ، ص ١٦٧ .

او موت جذع الدماغ (Brain-stem death) فما هو المعيار المناسب للاعمال الطبية في نقل وغرس الاعضاء البشرية ؟

المطلب الثاني

(المعيار الحديث) موت الدماغ (موت جذع الدماغ)^(١) Brain-stem death

لم يسلم المعيار الاول من انتقاد الفقه والاطباء لاسباب والوقائع التي ذكرناها ونضيف ان معيار توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ليس هو المعيار الدقيق الذي يصلح في تحديد لحظة الموت لتنفيذ الوصية في نقل العضو البشري من المتوفى . ففي قضية حصلت في برمنجهام في انجلترا ان احد اطباء قام بنزع كليتي احد الاشخاص الذين ماتوا في حادث سيارة حسب المعيار الاول وكان قد اوصى بكليتيه ، وحصلت المفاجئة حين تبين انهما يزالان حياً ولم يمض الا بعدد مضي ١٥ ساعة على الشروع في استئصال كليتيه ، فأثار الموضوع حالة عدم ارتياح بين الناس^(٢) .

لذلك فان الموت وفقاً لهذا المعيار ومن الناحية الطبية يقع حين يموت الدماغ او بعبارة اخرى حين يموت جذع الدماغ وعندها تنتهي حياة الانسان ويصبح جثو يمكن تنفيذ وصيته بنقل العضو منها او التصرف بالجثة كلها . ودماغ الانسان يتكون من المكونات التالية :

أولاً- المخ وهو على نصفين وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس .

ثانياً- المخيخ وهو يقع اسفل المخ ومن الجهة الخلفية للدماغ ويتولى حفظ توازن جسم الانسان .

ثالثاً- جذع المخ وهو نسيج شبكي يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي .

واول من نبه الى معيار موت الدماغ هم الفرنسيون عام ١٩٥٩ حين اجريت دراسات طبية تحت عنوان (مرحلة ما بعد الاعماء) ثم اعقتها المدرسة الامريكية التي اقرت موت الدماغ بأكمله عام

(١) حول هذا المعيار تفصيلاً راجع :

الدكتور محمد علي البار- اجهزة الانعاش- مجمع الفقه الاسلامي- (غير منشور) ص ٦ .

الدكتور بكر ابو زيد - جهاز الانعاش وحقيقة الوفاة بين الاطباء والفقهاء- منظمة المؤتمر الاسلامي - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ ص ٤ .

الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ١٦٩ .

الدكتور رمضان ابو السعود - النظرية العامة للحق - المرجع السابق ص ٥١٦ .

الدكتور احمد شرف الدين - المرجع السابق- ص ١٥٩ .

الدكتور مختار المهدي - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي ١٩٨٦ (غير منشور) ص ١٠ .

(٢) نظر تفاصيل القضية والتعليق عليها في : الدكتور حسام الاهواني- المرجع السابق ، ص ٣٤ .

التنفس ولا يزال سارياً بالنسبة لمئات الملايين من الوفيات التي تحدث سنوياً ومع هذا فانه بنتيجة التقدم في المجال الطبي واستخدام الاجهزة المتطورة فان هذا التعريف لم يعد كافياً ، رغم ان توقف القلب يعني قطع التغذية عن الدماغ فاذا حصل هذا الانقطاع لمدة دقيقتين ولم يصل الاوكسجين للمخ فان الموت يتحقق ويصير النسيج الشبكي سائلاً^(١) .

ولهذا السبب فان الشخص المكوم بالاعدام بعد قطع نخاع الشوكي بكسر الفقرات العنقية يتم فحص القلب والنبض بعد عملية الاعدام^(٢) . وللتأكد من توقف الجهاز التنفسي يقوم رجل الذئب في الكنيسة بتمرير شمعة موقدة قريبة من الوجه للتثبيت من ذلك .

الا ان معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي لوحده ليس كافياً لوقوع الموت وبداية نهاية الحياة (لحظة ميلاد الجثة) فالوقائع تشير الى مئات الحالات تحصل لبشر فيتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ثم تعود لهم الحياة ثانية . فقد نشرت صحيفة الجمهورية جبراً يوم ٥-١-١٩٨٩ تحت عنوان (تعود الى الحياة بعد موتها) مفاده ان عجوزاً تدعى (كالينب بالابال) توفيق يوم ٣١-١٢-١٩٨٨ فنقلت الى المكان المخصص لاحتراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا) بولاية (جوجارات) الا انها نهضت وعادت اليها الحياة مجدداً .

وفي واقعة اخرى نشرتها صحيفة في اواخر ديسمبر ١٩٨٨ تحت عنوان (عاد من الموت ثلاث مرات) ونشرت صورة الشخص المذكور الذي

أعلن عن وفاته لكثير من مرة وفي كل مرة يتم فحص دماغه وجهازه التنفسي ويظهر انهما قد توقفا ثم تعود له الحياة الامر الذي ولد الحيرة لدى الاطباء في سر الحياة^(٣) .

بل ان هناك حالات كثيرة يتقرر فيها ان شخصاً ما قد توقف قلبه وجهازه التنفسي وتتخذ مراسيم الدفن وفي اللحظات الاخيرة تعود له الحياة ، بل قد يوضع في (تجويف المقبرة) وفي اليوم التالي تعود له الحياة . وهذه الحالات وان كانت نادرة لكنها تشير بصورة اكدية الى ان معيار موت القلب وتوقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية لم يعد معياراً قاطعاً اكدية على ميلاد الجثة او نهاية الحياة الانسانية ولذلك اوجد علماء الطب معياراً آخر منذ عام ١٩٥٩ هو (معيار موت الدماغ

(١) الدكتور محمد علي البار - المرجع السابق - ص ٧ .

(٢) يقول الن حزم الظاهري في المحلى (من ذهب الروح من نصف جسده يعد حياً) ج ١٠ القاهرة ١٣٤٩ هـ ، ص ٥١٨ .

(٣) ذكر لي احد الاصدقاء انه تعرض لحادث سيارة عام ١٩٧١ وتم نقله الى معهد الطب العدلي لتشريحه وبيان اسباب الوفاة فرفض اشقاؤه السمام بتشريحه وقام اخوه الطبيب في احدى المستشفيات بفحصه وقرر نقله الى مستشفى متخصص في بغداد لادخاله في الانعاش المركز وبعد غيبوبة استمرت (٣ اشهر) عادت اليه الحياة والغيت في حينها مراسيم الدفن وما يزال الشخص المذكور حياً يرزق ويعمل استاذاً في جامعة بغداد .

انسان وهو في سكرات الموت لاستئصال احد اعضاءه او قلبه او كبده لأن هذا يشكل جريمة قتل عمدية .

اما المشرع العراقي فقد اخذ لأول مرة عام ١٩٨٦ في قانون عمليات زرع حلاعضاء البشرية بمعيار موت الدماغ (الفقرة ب من المادة الثانية) كما اخذت استراليا منذ عام ١٩٦٨ بهذا المعيار . وتأسيساً على معيار موت الدماغ او جذع الدماغ - على رأي الأطباء في بريطانيا - فان الحصول على الاعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ وعدم القابلية على الحياة لموت (جذع المخ) اذ ان الاخير هو المسؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن والقلب والجهاز التنفسي وايصال الاوكسجين للخلايا في الدماغ .^(١)

المطلب الثالث

المعيار الشرعي توقف القلب وموت جذع المخ

لما كان تحيدي لحظة الموت وميلاد الجثة في كل من المعيارين السابقين لم يلق قبولاً تاماً وان هناك معارضة على كل منهما ، فقد نشطت الدول الاسلامية في بحث هذا الموضوع وصدر قرار رقم ٩٩ في ٦-١١-١٤٠٢ هـ عن هيئة كبار العلماء في الرياض اجيز بموجبه نقل عضو من جسم الميت الى جسم الانسان الحي . . وفي عام ١٩٨٥ انعقدت في الكويت ندوة عن (بداية الحياة ونهايتها) باشراف منظمة المؤتمر الاسلامي للعلوم الطبية وتطرقت لموت الدماغ ، ثم انعقدت عام ١٩٨٥ ايضاً الدورة الثامنة لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع .

وتنفيذاً لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة عقد مؤتمر خاص في الاردن للفترة من ٢٢ - ٢٤ اكتوبر عام ١٩٨٥ عن موت الدماغ ، وفي عام ١٩٨٦ عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ونوقش فيها الموضوع الا انه تأجل البت الى عام ١٩٨٦ فشب شهر صفر ١٤٠٧ هـ حين انعقدت في عمان مجلس مجمع الفقه الاسلامي واصدر قراراته التالية : (يعتبر شرعاً ان الشخص قد مات وتترتب جميع الاحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك ، اذا تبينت فيه احدى العلامتين التاليتين :

(١) انظر حول واقعة ذبح دجاجة فصل رأسها ومع هذا ظلت تمشي وتتنفس لمعدة اسبوع رغم فصل رأسها لأن موضع الذبح كان عالياً بحيث ظل جزء من النخاع المستطيل (من جذع المخ) حياً وهو يتحكم في الجهاز التنفسي وكانت تغذيتها تتم عن طريق البلعوم . - (Crisopher Pallis) ABC of Brain stem- death London 1981.

مشار اليه في بحث الدكتور محمد علي البار - مجمع الفقه الاسلامي - فتوى اجهزة الانعاش - ١٩٨٦ ص ٢٠ .
ولاشك ان هذه الواقعة تؤكد صعوبة تحديد لحظة الموت للكائن الحي .

١٩٦٨ ثم ذهبت الكلية الملكية البريطانية عام ١٩٧٦ الى الاخذ بمعيار (موت جذع الدماغ) على اساس ان موت المخ والمخيخ قد تبقي حياة الانسان طالما ان جذع المخ لم يموت وبالتالي تكون للانسان حياة (نباتية) او الحياة (العضوية) .

وفي عام ١٩٨١ اصدر الرئيس الامريكى رونالد ريغان امراً بتشكيل لجنة من كبار الاطباء ورجال القانون ورجال الدين لدراسة موضوع موت الدماغ فأصدرت اللجنة قرارها في حزيران من العام المذكور ووافقت ٢٥ ولاية امريكية على هذا المعيار ثم ارتفع العدد الى ٣٣ ولاية عام ١٩٨٢ بينما لم تأخذ الولايات الامريكية المتبقية الا بمعيار موت القلب .^(١) وهذا يعني ان الشخص يعد حياً طبقاً لقوانين بعض الولايات وميتاً حسب قوانين ولايات اخرى .

والانسان لا يموت في لحظة واحدة وانما يموت حتماً خلال فترة زمنية ويتحدد الموت الطبيعي للانسان بتوقف خلايا الدماغ لأن مركز الحياة في الدماغ لا القلب ومن علامات موت الدماغ وميلاد الجثة هي :

- ١- الاغماء وعدم الحركة .
- ٢- انعدام الوعي .
- ٣- انعدام رسام المخ الكهربائي .
- ٤- انعدام الانعكاسات .

غير ان هذه العلامات تعرضت الى الانتقاد من رجال الطب فالاغماء قد يحصل نتيجة تعاطي بعض الادوية الطبية مثل المنومات وبالتالي فلا يعتبر اساسياً وانما هو شرط مكمل .^(٢) كما ان جانباً من الفقه الفرنسي اعترض على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر في ٢٥ - ٤ - ١٩٦٨ ورفض الركون لمعيار انعدام رسام المخ الكهربائي كمعيار للموت .^(٣)

ان انصار معيار الموت الدماغ يذهبون ان باجتماع هذه العلاقات الماشار اليها يكون الشخص قد فارقت الحياة وانفصلت الروح عن البدن وعندها يتحول (جذع المخ) بعد فترة الى مادة سائلة في الدماغ ويعتقدون الى انه يستحيل اعادة الحياة لشخص اجتمعت هذه العلامات فيه حتى وان ظلت خلايا القلب حية بفعل اجهزة الانعاش الطبية المتطورة ، كما انه من الناحية الطبية لا يصلح القلب الذي ماتت خلاياه للنقل والزرع في جسد انسان اخر ولا يمكن من الجانب القانوني الاجهاز على

(١) الدكتور محمد علي البار - المرجع السابق - ص ٦ .

(٢) د . محمد ايمن صافي - المرجع السابق - ص ١٣ .

(٣) الدكتور عادل ابراهيم - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - (بالفرنسية) المرجع السابق - الفصل الخاص بزراعة الاعضاء .

ومن جهة أخرى ان القلب والتنفس قد يتوقف لمدة دقيقتين او اكثر الا ان الدماغ يظل بأجزائه سالماً فلا يمكن عندها الحكم على شخص بموته (١).

المبحث الثالث

موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية

لا يوجد ادنى شك على صحة الوصية بارادة الموصي حال حياته في الوصية بعضو من اعضائه او جثته بعد وفاته وفقاص للشروط التي مرت بنا . فهذا التصرف القانوني لا يشكل خرقاً لمبدأ حرمة جسد الانسان طالما ان غايات الانسان من وصيته تنسجم مع القيم الاجتماعية ولا تتعارض مع النظام العام والاداب الحسنة . ففي فرنسا اجاز المشرع منذ عام ١٩٤٩ الوصية بالعيون الى مؤسسة عامة او جهة خيرية لغرض نقل العين وغرسها في جسد انسان محتاج LE RECEVOIR

واذا كانت الهبة من الشخص الحي لبعض الاعضاء جائزة اذا توافرت شروطها كما تقدم في الفصل الثاني ، وهي من التصرفات التبرعية ، فان التوصية تدخل في عموم التصرفات القانونية التبرعية كذلك ولكنها تنشأ بالارادة المنفردة وتضيف اثر الالتزام لما بعد الموت .

كما اجاز المشرع المصري صراحة الوصية بالعين بموجب قانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ (المادة الثانية) وهي تعد الوسيلة الوحيدة في القانون المصري للتبرع المضاف الى ما بعد الموت (٢) . الا ان الايصاء لا يكون لشخص معين بالذات وانما اوجبه المشرع المصري بقرار وزير الصحة رقم ٦٥٤ في ١٩٦٣ الى بنك العيون لاستخدام العين للاغراض الطبية (٣).

وفي الكويت ، فان الوصية من المصادر المهمة للحصول على الكلية لغرض نقلها من الجثة وزرعها في جسد المتلقي طبقاً للمادة (٢) من قانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ المنظم لعمليات زراعة الكلى للمرضى بشرط حصول الاقرار المكتابي (الشكلية القانونية الكتابية) من الموصي بهذه الوصية ، الا ان القانون لم يبيّن ما اذا كانت الوصية بالجثة كلها جائزة ام لا ؟ كما لم يحدد الجهة التي تتولى الحصول على الكلية لزرعها .

(١) انظر القضية رقم ٤٧٣/د/١٩٨٣ - ١٩٨٤ في ٣١ - ١٢ - ١٩٨٤ - قرار المحكمة الادارية في الكرخ - بغداد - غير منشور . و خلاصة القضية ان طبيباً اندونسياً قام بفحص طفله واصر له شهادة وفاة لثبوت وفاته . ولم تقبل جدته دفنه وعند اعادته للدار ظهرت عليه علامات الحياة وبعد ساعات فارقت الحياة واصر له شهادة وفاة ثانية ولم يسعف في المرة الاولى بأجهزة الانعاش ولم تشخص لحظة الموت بصورة حقيقية لأن الطبيب اعتمد على جهازه التنفسي لتحديد الموت .

(٢) الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ٦٦ .

الدكتور احمد محمود سعد - المرجع السابق - ص ٣٨ - ٣٩ .

(٣) الدكتور حسام الاهواني - المرجع السابق - ص ٦٩ .

١- اذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الاطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه .

٢- اذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً ، وحكم الاطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، واخذ دماغه في التحلل .

وفي هذه الحالة يسوغ رفع اجهزة الانعاش المركبة على الشخص وان كان بعض الاعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل ألياً بفعل الاجهزة المركبة) .

كما جاء في قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في جدة للفترة من ١٨- ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ / ٦ - ١١ شباط ١٩٨٨ قرار رقم (١) و ٨٨/٨/٤ بشأن انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان آخر حياً أو ميتاً كما جاء بشأن معيار الموت ما يلي : (ويلاحظ ان الموت يشمل حالتين :

الحالة الاولى - موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبيياً .

الحالة الثانية- توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبيياً . فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة) .

والخلاصة فان بعض الدول اخذت - وما يزال البعض منها- بمعيار توقف القلب والجهاز التنفسي وتذهب دولا اخرى الى الاخذ بمعيار موت الدماغ او (موت جذع المخ) ومنها العراق الذي تبني لأول مرة معيار موت الدماغ عام ١٩٨٦ بقانون زرع الاعضاء بينما لم ينص في قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ على معيار معين لتحديد لحظة الموت . وهناك من يرى بمعيار مشترك وهو المعيار الشرعي . وتذهب بعضا من الدول لم تدرس بعد هذا المعيار وهي الاتحاد السوفيتي والصين ومعظم الدول الاسلامية . ومع ذلك فان الاختلاف الفقهي والشرعي والطبي مايزال قائماً بشأن استخدام اجهزة الانعاش المركزة التي اوجدت ما يسمى الان بـ (الميت الحي او الموت المقنم) LA MORT MASQUE . لقد ذكر الاستاذ سافاتييه SAVATIER في هذا الخصوص ان الامر يتعلق بحماية المريض الخاضع للتقنيات الجديدة أي لالحياء الصناعي وما ينجم عن ذلك من تسرع بعض الاطباء الى الاعلان عن الوفاة لاستعمال الجثة او نقل الاعضاء منها (١) وما يزال السؤال محيراً في ان استخدام اجهزة الانعاش هل هي لالحياء الموتى او لاستمرار الحياة ؟

(١) انظر تفصيل الاراء حول اجهزة الانعاش وتباين الاراء :

الدكتور احمد محمود سعد - زرع الاعضاء - المرجع السابق ، ص ١٠٧ - ١٠٨ .

الدكتور احمد شرف الدين - الحدود الانسانية والشرعية والقانونية لانعاش الصناعي - مجلة العدالة - دولة الامارات ١٩٨٣ ص ٥١ وما بعدها .

وطبقاً للقوانين العراقية ، لم نعتز على نص صريح يميز الوصية من الشخص بجثته كلها لان راض العلمية او الطبية . ولدى الرجوع الى القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ (قانون مصارف العيون) وجدنا ان الوصية بالعين لـ (مصرف العيون) جائزة حسب المادة الثانية (الفقرة ١) . الا انها اشترطت لصحة التصرف القانوني الواقع بالارادة المنفردة لما بعد الموت ما يأتي :

اولاً- وجوب كتابة الوصية صراحة فلاقرار التحريري يكشف عن الرضا الحر والمتبصر بحقيقة اتجاه الارادة لاحداث هذا الاثر القانوني ودليل كتابي على القبول بهذا التصرف .

ثانياً- كمال الاهلية . لأن الاهلية الكاملة دليل على قوة الادراك للموصي ولهذا يلزم ان يكون بالغاً سن الرشد (١٨ سنة) وكاملاً في قواه العقلية وغير محجور عليه . وان رضاه خال من العيوب واهليته سالمة من العوارض .

ثالثاً- ان تكون الوصية بالعين لمصرف العيون المحددة قانوناً وهما المستشفى الجمهوري ومستشفى الرمد في بغداد او أي مستشفى اخر متخصص يتحدد بقرار من وزير الصحة (المادة الاولى) وعليه فلا يجوز الوصية لغير المستشفيات قانوناً .

ويلاحظ ان القانون لم يبين طريقة صرف العيون للمستفيدين هل هو حسب الاسبقية او وفقاً لمعيار آخر يتعلق بالمرتبة العلمية والاجتماعية ؟ كما سبق ان بينا ملاحظتنا عن موقف المشرع بالنسبة لناقص الاهلية الذي يوهب العين حال حياته وعالجنا حكم هبة ضعيف الادراك بعينه لمصرف العيون ونعتقد هنا بصحة الوصية من القاصر المتزوج اذا مات مصراً عليها .

ولقد اورد قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ في مادته الثانية (الفقرة ١) جواز التصرف القانوني الذي ينشأ بالارادة المنفردة للموصي بأعضائه بعد موت الدماغ اذا كانت الوصية مكتوبة . ولم يبين حكم الوصية من ضعيف الادراك ولا حكم الوصية من القاصر المتزوج ، سواء بالنسبة للجنة ام الاعضاء .

وعند عدم وجود الوصية من الموصي فقد اجاز المشرع ضرورة استحصال موافقة الاقارب على النحو الآتي :

«المصاب بموت الدماغ وحسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها التي تصدر بتعليمات في حالة موافقة احد اقاربه الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية وموافقة لجنة مشكلة من ثلاثة اطباء اختصاصيين . . .» .

الا اننا نعتقد ان المشرع لم يكن موفقاً في الصياغة القانونية لكنه اغفل حصول الموافقة من الزوج ولم يعالج حالة اختلاف الاقارب في اصدار الموافقة على النقل او التصرف في الجثة ثم كيف

يمكن مفاتحة الاقارب في اصدار الموافقة على النقل او التصرف في الجثة ثم كيف يمكن مفاتحة احد الاقارب في لحظة الموت والحزن لاستئصال احد اعضائه ؟

وخلاصة الامر فان نقل الاعضاء اما ان يكون مصدرها المباشر هم الاحياء عن طريقين (الهبة حال الحياة) و (الوصية) ووفقاً لمعيار موت جذم المخ السائد . وان نقل الاعضاء وزرعها قد يكون لمصلحة علاجية يستفيد منها الشخص ذاته كما في عمليات التجميل وترقيع الجلد او قطع الثدي المتورم او الساق او الذراع . وقد يكون نقل الاعضاء من جسد الى اخر من الاعضاء المكررة او الاجزاء المتجددة فاذا توافرت الشروط الاخرى كالاهلية والباعث الدافع الرئيس المشروع جاز النقل والزرع .

اما الاعضاء التي تتوقف عليها الحياة ولكنها تعطلك وظيفية اساسية كالبصر فهو غير جائز لأن دفع المفاسد اولى من جلب المنافع ولأن سلطة الانسان غير مطلقة على جسده و في هذا التصرف مساس بالحق في السلامة . وان المصدر الاخر للحصول على الاعضاء هم الاموات ويلزم موافقة الزوج والاقارب حتى الدرجة الثانية وعدم حصول الاختلاف بينهم وعدم جواز التمثيل بالجثة ودفنها حسب الاصول الشرعية .

الاستنتاجات

(مبادئ أساسية لصياغة مشروع جديد لنقل الأعضاء والتصرف بالجثة وزرع الأجنة)

أولاً- ان التصرف القانوني بالبيم في العضو البشري المكرر أو الجثة ، في أثناء الحياة أو بعد الوفاة باطل لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة ولأن الحق على العضو أو الجسد غير مالي وبذلك يخالف الاتجاه الذي ذهب إليه البعض من الفقه المصري . ونؤيد ما ذهب إليه قانون زرع الأعضاء رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ العراقي .

ونعتقد ان بيع الدم البشري أو الكلية أو القرنية مثلاً إنما هو عمل غير أخلاقي يرفضه الوجدان العام مهما كانت دوافعه . بل نقترح وضع العقوبات على من يتاجر بدمه أو أعضائه انطلاقاً من مبدأ حرمة جسد الانسان لعدم وجود النصوص العقابية التي تعاقب على ذلك .

وعلى العكس من ذلك نرى تحفيز الناس إلى تقديم الأعضاء أو الدم اعتماداً على (عقد الهبة) انطلاقاً من الاعتبارات الانسانية والأخلاقية وبعثاً لروح التضامن في المجتمع . ولا يتعارض ذلك مع جواز تقديم المكافأة النقدية أو العينية أو المعنوية ، التي ستكون عوناً للمانح عند ضعف قدرته البدنية .

ثانياً- ان التصرف القانوني في الأعضاء البشرية المنفردة ، سواء تلك التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والبنكرياس والكبد مثلاً أو المكررة التي بقي منها عضو واحد ، باطل شرعاً وقانوناً . مهما كانت البواعث ، لقوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) (البقرة/١٩٥) ، لأن الجسد والروح يجتمع فيهما حق الله وحق العبد .

ومن الناحية القانونية فان رضا المعطي وقبوله بالمخاطر غير صحيح ، ويمكن قيام المسؤولية المدنية والجنائية على الطبيب في هذا المجال عدا حالة التجارب الطبية على مريض مصاب بمرض خطير لا يرجى شفاؤه ، فهناك ارتباط وثيق بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد .

ونقترح تعديل تعليمات السلوك المهني المقرر في اجتماع مجلس نقابة الأطباء في ١٩٨٥/٥/١٩ التي نصت : (لا مناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسم الطبيب أن يتحدى رغبة المريض .) .

اذ يتطلب تعديل هذه التعليمات وعدم الاعتداد برغبة المريض وحده فقبوله في بعض حالات الأعمال الطبية غير صحيح اذا كان ذلك يؤدي إلى الهلاك أو الضرر الجسدي الجسيم . ونقترح سد النقص الموجود في قانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ و ٨٥ لسنة ١٩٨٦ لأنهما لم ينصا على ذلك .

ثالثاً- ان التصرف القانوني الجائر أثناء الحياة في الأعضاء البشرية (كعقد الهبة وعقد المقايضة) يستوجب توافر الأهلية القانونية الكاملة للمتصرف في العضو حتى يكون تعبيره عن الإرادة بوجود الرضا صحيحاً غير مشوب بعيب من العيوب (كالكراه أو التفرير أو الغلط أو الاستغلال) .

ولما كان التصرف بالعضو للغير هو في تقديرنا من التصرفات الضارة ضرراً محضاً في حق المعطي ، فانه يلزم توافر البلوغ القانوني (بأن يكون بالغاً سن الرشد وهو ١٨ سنة طبقاً للمادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي) وأن يكون كاملاً في قواه العقلية وغير محجور عليه . أما الولاية على ناقص الأهلية فهي ولاية على المال وليست على الجسد اذ لا يجوز للولي أن يتصرف بجزء من جسد صغيره أو من عليه الولاية لأن فيه مضرة عدا حالة نقل العضو للشقيق فقط .

بناء عليه لا يتفق مع ما ذهب إليه قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ولا مع ما اتجه إليه مشروع القانون المدني العراقي الجديد في المادة (٤٧) حين عدّ كلاً منهما من أكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن القاضي كامل الأهلية . فعقد الهبة لعضو من أعضائه المكررة هو تصرف ضار ضرراً محضاً في حقه ولا يصح حتى بالاجازة . فهو لا يفقه مخاطر أو منافع التصرف في عضو من أعضائه وبخاصة ان كل من كان في مثل هذه المرحلة يمثل الطاقة المنتجة للوطن فلا يجوز التأثير في قواها المنتجة . هذا وان الفقه المدني المصري يميل إلى حصر رضا المتنازل القاصر (بعد موافقة الولي) بالتنازل لشقيقه فقط .

رابعاً- أجاز الفقه الاسلامي نقل العضو من جسد الميت إلى انسان حي بقرار هيئة كباء العلماء رقم ٩٩ الصادر في الرياض في ١١/٦/١٤٠٦ هـ . ويبدو ان هذا الحكم الشرعي ينسجم مع معطيات الحياة الجديدة وهو دليل على أن الفقه الاسلامي يتطور مع الانجازات الطبية حيث أكد مبدأ (ناخذ من الموت لنعطي إلى الحياة) وهو اتجاه صائب .

خامساً- ان التصرف القانوني في الأعضاء البشرية عن طريق المقايضة عمل جائز قانوناً وهو قائم في نطاق نقل الدم البشري ، الا انها لم تنظم ضمن التشريعات العراقية الخاصة بنقل الأعضاء البشرية ، وسداً لهذا القصور التشريعي نقترح تنظيمها طبقاً لضوابط يستفيد منها طرفا العملية الطبي في أن يقبل شخص اعطاء الكلية مقابل غرس القرنية وبالعكس . الا أن ما يثير الدهشة أن يعلن شخص استعداد لهبة كليته أو قرنيته في نظير الحصول على عمل يضمن له العيش الكريم ، ومثل هذا الاعلان يثير المشاعر الانسانية في الأنظمة الرأسمالية .

سادساً- نقترح جواز ابدال عقوبة الاعدام في حق شخص اذا تبرع بأكثر من عضو من جسده ، كالكلية والقرنية ، واحلال محلها عقوبة السجن المؤبد . ونحث ضد وجود عقوبة الاعدام اساساً

فالمجرم ارتكب جريمته بحق الهيئة الاجتماعية وفي مقابل ذلك عليه أن يقدم التضحية من أجل المجتمع ولمصلحة التضامن الانساني وبهذا التصرف ربما يكون ضميره قد استيقظ لماذا نعدم شخصاً تنبه لجرمه واراد اثبات حسن نواياه في فرصة أخيرة! علماً أن قانون مصارف العيون ١١٣ لسنة ١٩٧٠ أجاز صراحة (المادة الثانية/٤) أخذ عيون من ينفذ بهم حكم الاعدام دون حاجة لموافقة أحد . (لأن المحكوم بالاعدام مهدور الدم شرعاً فلا حرمة له) .

سابعاً- تبين من تقرير المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية لعام ١٩٨٦ ان نسبة نجاح عمليات زرع الكلية تتراوح بين ٩٧٪- ٩٨٪ إذا كان مصدر الحصول عليها مانح حي من عائلة المتلقي وان نسبة ٨٥٪ منها تكون من الأم الا أن نسبة الحصول على الكلية من (الأحياء) قليلة إذا تتراوح بين ١٠٪- ٤٠٪ علماً أن مخاطر البقاء بكلية واحدة شبهتها وكالة التأمين الأمريكية بحالة من يسير بالسيارة بسرعة ١٦ كم في الساعة .

بناءً عليه ، فان قواعد الأخلاق التي يبرز فيها الايثار والتضحية ونكران الذات يلزم من المشرع العراقي التدخل لتكريم المانح مادياً ومعنوياً بالاستفادة من تجارب الدول .

ثامناً- ان قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ جاء مصيباً في نصوصه ، شكلاً وموضوعاً ، ولعل من أهم ملاحظتنا عليه ما يأتي :

١- لم يمنح بيم القرنية إذ نصت العديد من القوانين المتعلقة بعمليات زرع الأعضاء البشرية على هذا المنع الصريح .

٢- لم يحظر التصرف بالقرنية الواحدة ان لم تكن للشخص سوى قرنية واحدة .

٣- أورد المشرع على سبيل الحصر مصادر الحصول على القرنية وأهمل النص على حالات أخرى كثيرة كضحايا حوادث المرور والأشخاص المنتحرب . وقصر اجراء العمليات الطبية في الزرع بالمستشفيات الحكومية وهو حصر لا مبرر له .

٤- عدّ المشرع عقد هبة العين من ناقص الأهلية مقد معاوضة فأوجب موافقة الولي لاجازة التصرف وهو اتجاه غير صحيح ، وهو عمل ضار حتى ان اذن له وليه .

٥- لم يبين معيار الموت .

تاسعاً - من طبيعى ان التصرف القانوني في الاعضاء البشرية ليست كلها جائزة أو ممكنة فالبعض منها مستحيل لخصوصية عمليات نقل الاعضاء البشرية إذ لايمكن ان تتصور وجود تصرف قانوني بالاعارة أو الاجارة أو الشركة أو الرهن أو القرض ! على عضو بشري لاستحالة ذلك . وحيث ان البيم محظور لما تقدم من اسباب ، فان التصرفات القانونية التي ترد على العضو البشري

الطبيعي تنحصر في (الهبة والمقايضة النافعة المشروعة والوصية) الا انه يمكن أن يرد البيم على العضو الصناعي على الرغم من ضيق مجالات الاستفادة منه قياساً الى العضو الطبيعى وارتفاع تكاليفه الاقتصادية .

وبهذا الصدد نقترح ايجاد صيغة عمل في مجال التأمين لكي تقوم (شركة التأمين) بتغطية نفقات عمليات زرع الاعضاء البشرية وتزيدو المتنازل بوثيقة تأمين لمدة معينة ، اذ ان نظام التأمين الصحي النافذ عاجز عن تغطية هذا المشكل .

على أن يؤخذ بنظر الاعتبار ضعف القوى الجسدية لطرفي العملية في صيغة نظام التأمين عند النظر في تخفيض الاعباء .

عاشراً - إتضح ان تحديد لحظة الموت التي اعتمدها قانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ كان وفقاً لمعيار موت الدماغ . وعلى الرغم من الانتقادات التي تعرض لها المعيار الا انه يبدو هو السائد في الاوساط الطبية حتى الموت الحاضر . وان المشرع العراقي ذكر لأول مرة صراحة الاخذ بمعيار المدرسة الأمريكية هذا الذي يختلف عن معيار المدرسة البريطانية (موت جذع الدماغ) .

حادي عشر - ان التشريعات العراقية لم تنظم حالة التصرف القانوني لاجراء التجارب الطجبية والعمليات الجراحية ، سواء لاكتشاف دواء لمرض معين أم في عمليات نقل الاعضاء البشرية الطبيعية . ونقترح فسم المجال للطب والسماح بذلك على اشخاص بعد الحصول على (رضاهم الحر) تحقيقاً للموازنة بين مبدأين (مبدأ الخطر) ومبدأ (المنفعة على المجتمع) والى هذا اتجه المشرع المصري في المادة (٤٣) من الدستور وفقاً لضوابط محددة .

ثاني عشر - نعتقد ان للزوج ولأقارب الميت حتى الدرجة الثانية المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيبهم عند قيام جهة طبية باستئصال أحد أعضائه من دون موافقتهم المسبقة طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . وهذه الحالة لم تنص عليها التشريعات العراقية وهو عيب في التشريع له مبرراته .

وذا كان قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ لم يشترط هذه الموافقة في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة الثانية واشترط القبول تحريراً من المانح في أثناء الحياة أو بعد الوفاة ، الا قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٦ أوجب موافقة الأقارب واللجنة الطبية على نقل الاعضاء (واوضح الجزء القانوني عند مخالفة أحكام القانون المذكور في المادة الرابعة ولم يعط الحق في التعويض عن الضرر المعنوي اذا تم الاستئصال دون موافقة الأقارب) .

ثالث عشر - ورد مصطلح (التبرع بالاعضاء) في كثير من القوانين ، والحال ان التبرع ليس

تصرفاً قانونياً وإنما صفة تلحق التصرف لتأكيد انتقاء المقابل ولهذا نقترح استبداله بمصطلح (عقد الهبة) وهو تصرف قانوني يدخل ضمن عموم عقد التبصر المقصود به التمليك بين الأحياء بخروج شيء من ذمة الواهب أو جسده ، لاسيما ان بعض التصرفات لا يمكن أن ترد في مجال نقل الأعضاء وان كانت من أعمال التبصر كالوكالة من دون أجر والإعارة والوديعة من دون مقابل .

رابع عشر - ان قانون زرع الأعضاء البشرية رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٦ أوجب موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية للحصول على الأعضاء من المصابين بموت الدماغ حتى في حالة وجود اشخاص مجهولي الهوية أو من المحكومين بالإعدام أو من المنتحرين أو غيرهم وكان ينبغي التمييز بين هذه الحالات فليست جميع الاحوال توجب أخذ الموافقة . كما ان المشرع لم يبين حالة الهبة أو الوصية من ناقص الأهلية فلم ينص عليها . علما انه عدّ الكتابة من المتنازل كامل الأهلية شرط انعقاد .

خامس عشر - اقترح تنظيم نقل الأعضاء البشرية في القانون المدني العراقي ضمن النظرية العامة للحق وتحت عنوان (مبدأ حماية جسد الانسان) وذلك سداً للنقص في القانون المدني العراقي النافذ ، وهو ما اتجه اليه القانون المدني الايطالي (المادة ٥) ومشرع تعديل القانون المدني الفرنسي (المادة ١/٤) . علما ان المشرع المدني العراقي الجديد لم ينص على زرع الأعضاء البشرية الا انه نص لأول مرة على مبدأ حماية جسد الانسان في المادة (٦٦) من المشروع وذكر لأول مرة على (الضرر الجسدي) وهو الذي يقع على جسم الانسان فيسبب له ضرراً مالياً أو معنوياً (المادة ٢٦٤/٤ رابعاً) وهذه الإصابة الجسدية اما أن تكون مميّنة أو غير مميّنة .

سادس عشر - اقترح إعادة النظر في نص المادة (٣٧٤) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) بما ينسجم مع التشريعات الخاصة بزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية ورفع العقوبة والاقتصاص على دفع التعويض المدني عن الضرر المعنوي طالما أن الغرض من استخدام جزء من الجثة أو كلها للأغراض العلمية .

سابع عشر - ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ميدان التشريعات الطبية فهناك قانون مصارف العيون وقانون زرع الأعضاء البشرية وقانون الصحة العامة وقانون الطب العدلي وغيرها ، فهذا التعدد في القوانين يخلق حالة من عدم الانسجام وعدم التماسق الداخلي والخارجي ، ونقترح توحيد التشريعات الطبية بتوحيد أحكامها بما ينسجم والتطور العلمي وفتح الفرض أمام تقدم العلوم الطبية لهير الانسانية ، ونعتقد بوضوح أسس (القانون الطبي) الذي هو من مظاهر اهتمام القانون بالانسان وصحته ، خلافاً لما يذهب اليه جانب من الفقه الجنائي المصري .

ثامن عشر - ان اتفاقيات الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية لنقل الأعضاء البشرية من الأحياء ،

باطل لمخالفته قواعد النظام العام والأداب العامة ، فكل مساس بجسد الانسان اثناء الحياة ، الاصل أن يكون قابلاً به ، لم تكن هناك مصلحة عامة توجب ذلك كالتلقيح ضد الامراض المعدية أو الحجر منعاً لانتشار المرض ، او حالة الضرورة التي توجب المساس بجسد الانسان لمصلحته الراجحة كاستئصال العين أو أي عضو آخر كالساق أو اليد أو غيرها .

أما اتفاقيات الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية في الاعمال الواقعة على الجسد فهي باطلة كالاتفاقيات على التخلص من الحياة لاستحالة الشفاء عن طريق القتل بدافع الشفقة .

تاسم عشر - تبين عدم وجود قانون خاص ينظم عمليات نقل الدم البشري وان ما يحكم هذه العمليات تعليمات من مكتب السيد الوزير وهي غير وافية . وقد تبين ان هناك ظاهرة مرفوعة من الناحية الاخلاقية والقانونية تتمثل في بيع الدم وان بعض الناس يعيش على هذا التصرف الامر الذي يلزم التدخل من المشرع لعلاج هذا الامر .

ان سبب هذا التدخل يجد سنده القوي في أن التصرف بالدم اضعاف للجسد واهدار للقوة الجسدية في مقارنة الامراض والتصرف بالدم عن طريق الهبة لانقاذ حياة الغير جائز في حدود الكمية اللازمة للشفاء . ولا تنفق مع الفقه المدني الذي أجاز التصرف بالدم بعوض (*) لانه عمل ترفضه قواعد الاخلاق . كما نرى قيام المسؤولية المدنية والجنائية على الجهة التي تقوم بنقل الدم المصاب الى المريض حسب ظروف العلاج وطبيعة الجهة القائمة بنقل الدم .

فقد تنتقل عن الدم عدوي فايروس الكبد أو مرض فقدان المناعة المكتسبة (الايدز) أو (حمي مالطة) أو غيرها وهذا يفرض على الجهة الطبية الفحص الدقيق لمأنح الدم والتأكد في سلامته من الامراض . علما ان تعليمات السلوك المهني التي أقرت من مجلس نقابة الاطباء في ١٩/٥/١٩٨٥ أوجبت المسؤولية على الطبيب عن عوارض نقل الدم .

عشرون - ان التشريعات الطبية العراقية لم تنظم حالة زرع الاجنة والتلقيح الصناعي وهندسة الوراثة طبياً لموقف الحكم الشرعي لاسيما ان بعض صور التلقيح الصناعي تجري حالياً في بعض المستشفيات العراقية وقد نجحت أول عملية طبية لولادة أطفال الانابيب في العراق بطريقة متطورة في ديسمبر ١٩٨٨ . كما ان عمليات الاستنساخ يجب تنظيم احكامها في العراق ما بعد التحرير بما يعزز البحث العلمي الحر لخدمة الانسان والبشرية .

(*) رأي الدكتور رمضات ابو السعود - المرجع السابق - ص ٥١٢ .

كتب وبحوث للباحث

- ١- (الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة) - أطروحة ماجستير في القانون المدني اجيزت بتقدير جيداً في ١٩٧٦/٦/٣ . طبعت على نفقة وزارة الاعلام العراقية - سلسلة دراسات (٤١٤) ١٩٧٧ .
- ٢- (الملكية العامة في العراق- دراسة مقارنة) - اطروحة دكتوراه في القانون المدني اجيزت بتقدير جيد جداً في ١٩٧٩/٥/٢ . طبعت في بيروت ١٩٨٠ . (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) .
- ٣- (التشريعات الزراعية في العراق) - محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ١٩٨١ .
- ٤- (التعهد بنقل ملكية وموقف القضاء العراقي منه) بحث نشر في مجلة الحقوق التي تصدرها جمعية الحقوقيين العراقيين ١٩٨٣ .
- ٥- (احكام المفقود في الحرب) - بحث نشر في مجلة الحقوق عام ١٩٨٧ .
- ٦- (المشروع الفردي في قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل) - بحث نشر في مجلة القانون المقارن عدد (٢٠) ١٩٨٧ ونشر في الكويت (مجلة الحقوق) تصدرها كليتي الحقوق ١٩٨٧ .
- ٧- (الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية)- بحث نشر في مجلة القانون والعلوم السياسية مجلد ٦ / ١٩٨٧ .
- ٨- (المدخل للعلوم القانونية) - كتاب منهجي يدرس في كلية القانون بجامعة الموصل ١٩٨٧ (تأليف مشترك) .
- ٩- (صيغة العقد والسكوت المجرد) - بحث مقبول للنشر في العدد (٢٢) من مجلة القانون المقارن ١٩٨٨ .
- ١٠- ملاحظات في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ (حول التناسق الداخلي والتوافق الخارجي) - بحث قدم لندوة القانون المدني المنعقدة في كلية القانون بجامعة بغداد للفترة من ٢٦ - ٢٩ ديسمبر ١٩٨٨ .
- ١١- النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة الطبعة الاولى - بغداد ١٩٩٠ .
- ١٢- عقود الضمان - دراسة مقارنة الجزء الاول - (الضمان العيني) - مشروع كتاب انجزت مسوداته غير منشور .
- ١٣- (التجربة الطبية على الجسم البشري) - بحث انجز منذ نيسان ١٩٨٩ يتضمن دراسة للحماية المدنية والجنائية للجسم البشري من التجارب الطبية .
- ١٤- المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - دراسة مقارنة ١٩٩٠ .

أهم مصادر البحث

أولاً - باللغة العربية :

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- الدكتور حسام الدين كامل الاهواني - المشاكل القانونية التي تترها عمليات زرع الاعضاء البشرية - مطبعة جامعة عين شمس ١٩٧٥ .
- ٣- الدكتور محمد ايمن صافي - غرس الاعضاء في جسم الانسان - ط ١ ، ١٩٨٧ .
- ٤- الدكتور رمضان ابو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - ج ٢ النظرية العامة للحق - بيروت ١٩٨٣ .
- ٥- الدكتور بكر ابو زيد - جهاز الانعاش و حقيقة الوفاة بين الاطباء والفقهاء - منظمة المؤتمر الاسلامي - مجمع الفقه الاسلامي - ١٩٨٨ .
- ٦- الدكتور احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية الاعمال الطبية - ١٩٨٣ .
- ٧- الدكتور مصطفى الجمال و الدكتور عبدالمجيد الجمال - النظرية العامة للقانون . الدار الجامعية ١٩٨٧ .
- ٨- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٤ .
- ٩- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ مصادر الالتزام ١٩٥٢ .
- ١٠- الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - الكتاب الاول - مصادر الالتزام ، ط ٢ ، ١٩٥٤ .
- ١١- الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ج ٢ - الالتزامات ، ١٩٦٤ .
- ١٢- الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - الجزائر ، ١٩٨٣ .
- ١٣- الدكتور منصور مصطفى منصور - المصادر الادراية للالتزام - الكويت ١٩٨٤ .
- ١٤- الدكتور عبدالرسول الجصاني - مذكرات في العقد والفعل الضار - القسم الاول - (العقد) - ١٩٨٣ .
- ١٥- الدكتور انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - ١٩٦٢ .
- ١٦- الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - ج ١ - مصادر الالتزام - ١٩٦٩ .
- ١٧- الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - مصادر الالتزام - ١٩٥٤ .
- ١٨- الشيخ محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - دار الفكر العربي - ١٩٧٧ .
- ١٩- عيسوي احمد عيسوي - المداينات - رسالة من كلية الشريعة - القاهرة ١٩٤٦ .
- ٢٠- عبدالقادر بن محمد - نهاية الحياة - مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢١- الدكتور مختار المهدي - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٢- الدكتور احمد شوقي ابراهيم - نهاية الحياة البشرية - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ .

- ٢٣- الدكتور حسان تحوت - متى تنتهي الحياة - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٤- الدكتور محمد سليمان الاشر - نهاية الحياة - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٥- الشيخ بدر المتولي عبدالباسط - نهاية الحياة الانسانية في نظر الاسلام مجمع الفقه الاسلامي - (مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٦- الدكتور توفيق الواعي - حقيقة الموت والحياة في القران والاحكام الشرعية مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٧- الدكتور عبدالله محمد عبدالله - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٨- الدكتور احمد فهمي ابو سنة - (نظرية الحق) بحث منشور في (الفقه الاسلامي اساس التشريع) - المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية - الكتاب الاول ١٩٧١ .
- ٢٩- مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان - للمرحوم محمد تدري باشا قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي - عمان - الاردن ، ط ١ ، ١٩٨٧ .
- ٣٠- سليم رستم باز - شرح المجلة - ط ٣ - بيروت ١٩٢٣ .
- ٣١- الدكتور محمود سعدالدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ج ١ - بغداد ١٩٥٥ .
- ٣٢- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١ - ١٩٥٤ .
- ٣٣- الدكتور محمد مختار القاضي - اصول الالتزامات في القانون المدني القاهرة ١٩٥١ .
- ٣٤- الدكتور محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - الالتزامات - المطبعة العالمية بمصر ١٩٥٤ .
- ٣٥- الدكتور محمد نعيم ياسين - بيع الاعضاء الادمية- مجلة الحقوق (الكويت) السنة ١١ مارس ١٩٨٧ .
- ٣٦- الدكتور احمد محمد سعد - زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة - دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٦ .
- ٣٧- الدكتور هاشم جميل عبدالله - مجلة الرسالة الالامية - شباط ١٩٨٨ .
- ٣٨- عبدالرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - (قسم المعاملات) ج ٢ ط ٥ ، بدون سنة نشر .
- ٣٩- علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام - الكتاب الاول - البيوم مكتبة النهضة - بغداد ، بدون سنة نشر .
- ٤٠- شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المهاج - (كتاب البيم) ، بدون سنة نشر .
- ٤١- شرف الدين موسى الحجاوي - الاقنم - ج ٢ - المطبعة المصرية بالازهر ، بدون سنة نشر .
- ٤٢- ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ط ١ - بدون سنة نشر ، (كتا البيم) .
- ٤٣- هنري باتيفول - فلسفة القانون - ترجمة الدكتور سموي فوق العادة بيروت ط ٣ ، ١٩٨٤ .
- ٤٤- الدكتور منذر ابراهيم الشاوي - مذاهب القانون - مجلة العدالة - العدد ٢ السنة ١ ، ١٩٧٥ .
- ٤٥- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - (العقود التي ترد على الملكية) ج ٥ - دار احياء التراث العربي - بدون سنة نشر .
- ٤٦- الدكتور احمد شرف الدين - الحدود القانونية والشرعية والانسانية للانعاش الصناعي - مجلة العدالة - ١٩٨٣ .
- ٤٧- الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ط ١ - ، ١٩٦٧ .
- ٤٨- الشيخ علي الخفيف - الضمان - ج ١ ، ١٩٧١ .
- ٤٩- الدكتور احمد علي الخطيب - الوقف والوصايا - ط ١ - بغداد ١٩٨٦ .
- ٥٠- الدكتور احمد الكبيسي - الاحوال الشخصية - ج ٢ - بغداد - ١٩٧٤ .
- ٥١- محمد تقيّة- الارادة المنفردة كمصدر للالتزام - الجزائر ١٩٨٤ .
- ٥٢- الدكتور حسن علي الذنون - تعديل احكام المسؤولية المدنية - محاضرات على طلبه الدراسات العليا للعام الدراسي ١٩٨٧ - ١٩٨٨ (غير منشورة) .
- ٥٣- الدكتور حسن زكي الابراشي - مسؤولية اطباء والجراحين المدنية (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول (بدون سنة نشر) .
- ٥٤- مصطفى مرعي ، - المؤولية المدنية في القانون المصري - ط ٢ القاهرة ١٩٤٤ .
- ٥٥- الدكتور سليمان مرقس والمسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الاول - الاحكام العامة ١٩٧١ .
- ٥٦- الدكتور سليمان مرقس - الوافي ج ٢ (في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ط ٥ ، ١٩٨٨ .
- ٥٧- الاستاذ الشيخ علي الخفيف - تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٥ السنة ١١ ، ١٩٤١ .
- ٥٨- حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ١٩٧٩ .
- ٥٩- بدائع الصنائع للكاساني - ج ٧ - الطبعة الاولى ١٩١٠ .
- ٦٠- الاستاذ الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي - ج ١ - مصادر الالتزام (المصادر الادارية) - جامعة الكويت - ١٩٨٢ .
- ٦١- الدكتور بدر جاسم اليعقوب - اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي - ط ١ ، ١٩٨١ .
- ٦٢- الدكتور سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة - ج ١ (البيع والايجار) ط ٣ ، ١٩٧٤ .
- ٦٣- الدكتور غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - ج ١ - عقد البيع ، بغداد ، ١٩٧٠ .
- ٦٤- الدكتور كمال قاسم ثروت - شرح احكام عقد البيع - ط ٢ ، ١٩٧٦ .
- ٦٥- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٤ ، (البيع) بيروت ١٩٥٢ .
- ٦٦- مشروع القانون المدني العراقي الجديد (الطبعة المنقحة) ١٩٨٦ .
- ٦٧- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

- ٢٣- الدكتور حسان تحوت - متى تنتهي الحياة - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٤- الدكتور محمد سليمان الاشر - نهاية الحياة - مجمع الفقه الاسلامي (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٥- الشيخ بدر المتولي عبدالباسط - نهاية الحياة الانسانية في نظر الاسلام مجمع الفقه الاسلامي - (مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٦- الدكتور توفيق الواعي - حقيقة الموت والحياة في القران والاحكام الشرعية مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٧- الدكتور عبدالله محمد عبدالله - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي - (غير منشور) ١٩٨٦ .
- ٢٨- الدكتور احمد فهمي ابو سنة - (نظرية الحق) بحث منشور في (الفقه الاسلامي اساس التشريع) - المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية - الكتاب الاول ١٩٧١ .
- ٢٩- مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان - للمرحوم محمد تدري باشا قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي - عمان - الاردن ، ط ١ ، ١٩٨٧ .
- ٣٠- سليم رستم باز - شرح المجلة - ط ٣ - بيروت ١٩٢٣ .
- ٣١- الدكتور محمود سعدالدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ج ١ - بغداد ١٩٥٥ .
- ٣٢- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١ - ١٩٥٤ .
- ٣٣- الدكتور محمد مختار القاضي - اصول الالتزامات في القانون المدني القاهرة ١٩٥١ .
- ٣٤- الدكتور محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - الالتزامات - المطبعة العالمية بمصر ١٩٥٤ .
- ٣٥- الدكتور محمد نعيم ياسين - بيع الاعضاء الادمية- مجلة الحقوق (الكويت) السنة ١١ مارس ١٩٨٧ .
- ٣٦- الدكتور احمد محمد سعد - زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة - دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٦ .
- ٣٧- الدكتور هاشم جميل عبدالله - مجلة الرسالة الالامية - شباط ١٩٨٨ .
- ٣٨- عبدالرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - (قسم المعاملات) ج ٢ ط ٥ ، بدون سنة نشر .
- ٣٩- علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام - الكتاب الاول - البيوم مكتبة النهضة - بغداد ، بدون سنة نشر .
- ٤٠- شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المهاج - (كتاب البيم) ، بدون سنة نشر .
- ٤١- شرف الدين موسى الحجاوي - الاقنم - ج ٢ - المطبعة المصرية بالازهر ، بدون سنة نشر .
- ٤٢- ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ط ١ - بدون سنة نشر ، (كتا البيم) .
- ٤٣- هنري باتيفول - فلسفة القانون - ترجمة الدكتور سموي فوق العادة بيروت ط ٣ ، ١٩٨٤ .
- ٤٤- الدكتور منذر ابراهيم الشاوي - مذاهب القانون - مجلة العدالة - العدد ٢ السنة ١ ، ١٩٧٥ .

THE LEGA DISPOSITION OF HUMAN ORGANS
COMPARTIVE STUDY

- First edition : 1990/ Baghdad; second edition: 1992 /Jordan; third edition:
- 1993/Jordan; fourth edition: 1995/Jordan.

-No. of pages : 174

- No. references in Arabic, English and French Languages : 89

- The book is a collection of lectures I gave to the post graduate "private Law"
students at Baghdad University - Faculty of Law, during the years 1987-1990.

- The book included an introduction on the biological developments and modern
medical acts and their effect on law, and the necessity of organizing these works by
the different countries. The introduction also discussed the importance of human or-
gans transplanted. the transplantable human organs. the research theme. the rea-
sons for studying the subject. the sources for getting human. Organs. the principle
of inviolability of human body. and the cases of violating the principle of "the right
to body integrity". I mentioned the opinions of jurists Esmin, Jean Carbonnier, Stark
and Savatier.

-The research plan included three chapters and a conclusion.

-The first chapter: discusses the topic of human organs sale and the position of re-
ligions towards the idea of financial dealing in the parts of human body. In this
chapter I mentioned the opinions of jurists in this issue. Then I discussed the posi-
tion in the various laws of the middle East and European countries towards the idea
of organs sale as regards legislation aspect and the de facto status. I also referred to
the position of Arab, foreign, regional and international organizations towards the
phenomenon of dealing in the parts of human body and the position of human rights
origination on the problem of human organs selling as well as the position of com-
mon law towards the prohibition of disposing of one's body.

-In the second chapter : I discussed the topic of granting human organs as a gift or
donation. I distinguished between the contract of gratuity and the contract of dona-
tion. Then I discussed the position of voluntary giving of human organs to be trans-
planted in the bodies of persons who need then to survive. Further, I discussed the
medical responsibility in the transfer of organs in case a medical error occurs, and
the methods of compensating the damage.

-In the third chapter: I discussed in detail the case of "the will to donate human
organs" and I differentiated between the will, the endowment and the disposition of
the corpse (body of the deceased) and determining the moment of death. Then I dis-

٦٨- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

٦٩- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ .

٧٠- قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ .

٧١- قانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ .

٧٢- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (ج٢) بدون سنة نشر .

٧٣- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي - لجنة تطوير التشريعات - الكويت .

٧٤- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني - ج١- اعداد المكتب الفني .

٧٥- القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ .

٧٦- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) .

٧٧- تقرير المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية في دورته (٧٩) ١٩٨٦ .

٧٨- مشروع القانون العربي الموحد العلمليات زرع الاعضاء البشرية ١٩٨٦ .

٧٩- قانون العقوبات العسكري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل .

٨٠- الدكتور عبدالسلام عبدالرحيم السكري - نقل وزراعة الاعضاء الادمية من منظور اسلامي - دراسة

مقارنة الطبعة الاولى - دار المنار - ١٩٨٨ .

٨١- الدكتور توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - في مصادر الالتزام الدار الجامعية ١٩٨٨ .

ثانياً - باللغة الفرنسية :

٨٢- JEAN CARBONNIER - DROIT CIVIL - (INTRODUCTION LES PER
SONNES) - PARIS - 1982.

83- JEAN CARBONNIER - DROIT CIVIL -INTRODUCTION (LES OBLIGA-
TION) 4- PARIS 1982.

84- HENRI et LEON et JEAN (MAZEAUD) - LECONS DE DROIT CIVIL-
PARIS 1966.

85- ANTOINE VIALARD - LA FORMATION DE CONTRAT - ALGER -
1984.

86- GERARD MEMETEAU - LE DROIT MEDICAL PARIS 1985.

87- BERNARD TEYSSIE - DROIT CIVIL - (LES PERSONNES) - PARIS-
1981.

88- BORIS STARCK - DROIT CIVIL (INTRODUCTION) - PARIS - 1972.

89- CODE CIVIL 1987. PARIS (MAISE A JOUR 1988 DU CODE C. VIL 1987
PARIS).

فهرست

5	تقديم
7	القسم الأول التجربة الطبية على الجسم البشري
9	الفصل الاول- الحق في سلامة الجسم البشري
14	الفصل الثاني- التطور التاريخي للتجربة الطبية
18	الفصل الثالث- التنظيم القانوني للتجربة الطبية
30	الفصل الرابع- الجزاء القانوني عن اجراء التجربة الطبية
30	المبحث الاول- الجزاء التأديبي
33	المبحث الثاني- الجزاء الجنائي (العقوبة)
38	المبحث الثالث- الجزاء المدني (التعويض)
51	القسم الثاني المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية
65	الفصل الاول الموقف الفقهي من جراحة التجميل وطبيعة المسؤولية فيها
66	المبحث الاول الاتجاهات الفقهية من الجراحة التجميلية
71	المبحث الثاني طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية
78	الفصل الثاني التنظيم القانونية للمسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية
78	المبحث الأول تنظيم المسؤولية في التشريعات المدنية
88	المبحث الثاني المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية
94	المبحث الثالث حكم الجراحة التجميلية في تعليمات السلوك المهني
98	الفصل الثالث التطبيقات القضائية للمسؤولية الطبية عن جراحة التجميل
98	المبحث الأول أحكام القضاء الأجنبي
107	المبحث الثاني أحكام القضاء العربي
115	القسم الثالث التصرف القانوني في الاعضاء البشرية
135	الفصل الاول بيع الاعضاء البشرية
143	المبحث الاول الحكم الشرعي من بيع الاعضاء الادمية
148	المبحث الثاني موقف الفقه المدني
149	المطلب الاول - ان عقد بيع الاعضاء الادمية جائز شرعا وقانونا
151	المطلب الثاني - ان عقد بيع الاعضاء الادمية باطل شرعا وقانونا
158	المبحث الثالث موقف التشريعات الوضعية
159	المطلب الاول موقف المنظمات الاقليمية والدولية
160	المطلب الثاني حكم بيع الاعضاء في الدول الاجنبية

cussed the death criteria: cardiac arrest, circulatory arrest, brain - stem death and the position of the various Arab legislation -s. French law and American law in determining the moment of death.

-In conclusion, I mentioned many conclusions, ideas and solutions for the problems experienced in this respect. I also included my recommendations in the legal and ethical regulation of the human organs transplantation processes.

164	المطلب الثالث حكم بيع الاعضاء في بعض القوانين العربية
169	الفصل الثاني هبة الاعضاء البشرية
170	المبحث الاول التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة
175	المبحث الثاني موقف الفقه المدني من هبة الاعضاء البشرية
181	المبحث الثالث الموقف التشريعي من هبة الاعضاء البشرية
204	الفصل الثالث الوصية بالاعضاء البشرية
205	المبحث الاول فكرة الوصية وفكرة الوقف
207	المبحث الثاني تحديد لحظة الموت (ميلات الجثة)
208	المطلب الاول (المعيار القديم) توقف القلب والدورة الدموية
210	المطلب الثاني (المعيار الحديث) موت الدماغ (موت جذع الدماغ)
212	المطلب الثالث المعيار الشرعي توقف القلب وموت جذع المخ
214	المبحث الثالث موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالاعضاء البشرية
217	الاستنتاجات