المقدمة

المُقَدِمة

اولا - مَوضوع البَحث

الحمد لله خالق الدنيا والاخرة , ورب الدنيا والاخرة , ومالك الدنيا والاخرة , ومدبر الدنيا و الاخرة , وصلى الله على من دلنا على حسن رضوان الله , في الدنيا والاخرة , رسول الله محمد واله الاطياب الأخيار , سفن النجاة واعلام الامة.

ان المستحدثات العلمية السريعة التطور , تحتاج الى قولبة قانونية تحل مشكلاتها الطارئة حديثا في التشريعات , وبما ان القانون وجد لخدمة البشرية وتنظيم حياتهم فإن اهم المواضيع التي يهتم بها التشريع هو الحياة البشرية , و فرعَاً من هذه المواضيع المهمة هو عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ومسؤولياتها .

ان هذا الموضوع هو حيوي وقديم بدأ بزارعة الاسنان قديما , ولم يوثق النجاح للكثير من العمليات ؛ بسبب رفض الجسم البشري للعضو المزروع , وكذلك وجود الكثير من المشكلات الطبية المؤثرة في نجاح العملية ؛ ولذلك فقد ثار النقاش حول مشروعية هذه العمليات اصلا.

وبعد التقدم العلمي الكبير في هذا المجال الذي كان آخره زراعة وجهه بشري كامل عام 2010 , بدأت القوانين تحاول مواكبة التطور العلمي الحاصل , ومثالا على ذلك القانون العراقي , الذي بدأ بمعالجة هذا الموضوع بقانون مصارف العيون رقم (113) لسنة 1970, وقانون عمليات زرع الكلى رقم (60) لسنة 1981 , وقانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم (85) لسنة 1986 , واخيرا صدر قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (11) لسنة 2016 , وهذا يدل على تطور موضوع زرع الاعضاء الذي استوجب سن والغاء القوانين لأجل مواكبة التطور العلمي ولحل مشكلات الحاجة البشرية .

ان عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ممكن ان تنهض فيها المسؤولية , سواء كانت هذه المسؤولية مدنية او جزائية , و الاخيرة تكون في حالات محدودة , لان المدنية هي الشائعة , وهذه المسؤولية تنجم عن خطأ , في فترة ما قبل العملية او اثنائها او بعدها , و لا تنحصر بطرف الناقل والزارع فحسب , بل ربما تمد الى المتلقي و المانح ايضا , او حتى الى طرف اجنبي عن العملية .

ثانيا – الرسائل والاطاريح التي سبقت بحثنا

كان هناك دراسات عراقية واخرى عربية تناولت موضوع الاعضاء البشرية , مثل موضوع التكييف الفقهي لحق الانسان في زراعة الاعضاء البشرية للباحث حيدر حسن ديوان الذي تناول الموضوع من الناحية المشروعية , وفي جامعة كربلاء كان هناك للباحثة هدير شلال شناوة بحث بعنوان مسؤولية مركز نقل الاعضاء البشرية , الذي صب الاهتمام على المسؤولية المدنية لهذه المراكز, وكان هناك ايضا بحثا بعنوان مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية للباحثة الجزائرية زرارة عواطف , سلط الضوء فقط على مفهوم الخطأ دون ان يتناول موضوع آخر , وحسب اطلاعنا نرى ان بحثنا اول من تناول موضوع المسؤولية

المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية في ضوء قانون زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم (11) لسنة 2016 .

ان هذا الموضوع يحتاج الى دراسة تحيط به بشكل كامل , والبحوث والاطاريح القانونية السابقة التي اطلعنا عليها , عالجت جزء من الموضوع كالمشروعية , او الاطار العام , او تسليط الضوء على قانون معين ومقارنته , واهملت اهم موضوع وهو المسؤولية المترتبة من هذه العمليات , ولذلك فإننا حاولنا معالجة الموضوع بشكل شامل , وهذا هو الهدف من بحثنا, لأجل حل المشكلات القائمة في الموضوع , ولذلك فإننا سلطنا الضوء على اطراف عملية النقل والزرع , ومشروعية العملية بشكل عام , وفي كل طرف فيها بضوء القانون , والاحكام القضائية , والآراء الفقيهة , وكذلك تحديد نوع المسؤولية في هذه العمليات.

ثالثا – أهمية البَحث

لبحثنا اهمية كبيرة , لارتباطه بديمومة حياة الانسان , وسلامة جسده, وتمد هذه الاهمية لعدة مجالات يمكن حصرها بالآتي :-

1- الأهمية القانونية : حيث ان المسؤولية حال تحققها , ترتب آثار تمد بين اطرافها , وهي الوسيلة اللازمة التي يحاول المشرعون تغطيتها , من خلال النصوص المحكمة .

وَإنّ الحَق في امتداد حياة الانسان , هو في قمة اولويات المشرعين , فلا تنهض المسؤولية الا بتحقق الضرر , الذي لا يكون إلا بخطأ , وتربطه علاقة سببية في القانون, وفي بحثنا هذا نرى بجلاء وجود فوارق بين القوانين , بالمفاصل المهمة للموضوع , فنرى التضييق في منح مشروعية لهذه العمليات , وكذا التوسع في نطاق المشروعية , وكل ذلك ينعكس على قيام وتحقق المسؤولية المدنية في هذا المجال.

وبما ان المشرع العراقي , لم يغطي تماما هذا الموضوع المهم , فصار علينا لزوما تعديل القانون ؛ لأجل مواكبة التطور العلمي الحاصل في هذه العمليات , وان نطلع ونناقش تجارب الاخرين في هذا الصعيد , ونخرج بقانون له سمة الحياة الطويلة.

2– الأهَمية العِلمية : تَبرز هذه الاهمية للباحث والمتتبع لبحثنا ؛ لوجود الكثير من مواطن الاختلاف , بين فقهاء القانون انفسهم , وبين فقهاء المذاهب الاسلامية وفيما بينهم , مما يستدعي الوقوف على الآراء الراجحة عندهم , وهذا ما يثري الباحثين بالمعلومات العلمية والاطلاع على اكبر عدد ممكن من المصادر لهذا الموضوع .

3 – **الأهَمية الإنسانية :** لِبَحثِنا اهمية كبيرة في المجال الانساني , فعندما يكون هناك رادع شديد مبني على الزام قانوني سيتحقق الاطمئنان للمانح والمتلقي وتتسع وتشيع هذه العمليات وتتوافر الرغبة حينذاك لتلبية الحاجات الانسانية التي وجد القانون لضبطها .

4– الأهَمية في المَجال الطِبي : وعِندَما تحدد الضوابط وتؤطر قانونيا , فسيقف الناقل والزارع على الامور والافعال اللازم اجتنابها , ومن هنا سيخلق الابداع لدى علماء هذا المجال

نسبة لمعرفتهم اصول الممكن من عدمه في علمهم , وهذا ما يحدوهم الى التقدم ومحاولة الارتقاء في مجال عملهم .

رابعا - نِطاق البَحث

أولاً – النِطاق التَشريعي : يَشمَل نطاق بحثنا في المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية , القوانين الخاصة والعامة المتعلقة بالموضوع في العراق و فرنسا ومصر ولبنان وسوريا والمغرب وتونس والاردن والكويت والامارات , وما ذهب اليه القضاء في العراق وفرنسا ومصر , مستندين على القانون العراقي ومقارنته مع القوانين الاخرى .

ثانياً – النِطاق المَوضوعي : يدور الموضوع في الأصلِ في اطراف عملية النقل والزرع وَتكييف التَصرف القانوني والمَسؤولية المتحققة التي تُرَتِب الآثار على كُلِ الأطرافِ مما يستلزِم البَحث عن ما أورَدَه فقَهاء القانون عَن هذا المَوضوع .

خامسا- مُشكِلة البَحث

يثير موضوع المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية اشكاليات كثيرة , بدأً من مشروعية هذه العمليات , حيث اصطدمت مع معصومية جسم الانسان وحرمة المساس به, وكذلك مشروعية العضو المراد نقله وزرعه , حيث جرمت بعض القوانين نقل وزرع اعضاء معينة من جسم الانسان في حين اباحت قوانين اخرى هذا النقل والزرع , وايضا بعد التقدم العلمي ظهر لدينا اعضاء بشرية يمكن استنساخها , وهذه المسألة تثير اشكاليات عديدة حيث لم تعالج الكثير من القوانين هذه المشكلة , وكذلك اثار موضوع اهلية اطراف العملية اشكاليات ايضا , فبعض القوانين حدد اهلية المتلقي والمانح وبعضها سكت عن الموضوع , واخر ذهب باتجاه خالف به الرأي الغالب في القانون , اضافة الى ان بعض الاحكام العامة من الصعب ان تنطبق على بعض الجزيئات في هذا الموضوع , مما تسبب بغبن المتضرر في احيان عدة , ومسألة تحديد نوع المسؤولية المتحققة من هذه العمليات اثار ايضا الاشكالية فبعض الاتجاهات القضائية حددته على انه مسؤولية عقدية واتجاهات اخرى حددته بانه مسؤولية تقصيرية , والبعض احجم اصلا عن تحديد نوع المسؤولية , مضاف لها مسؤولية الغير و الاشياء , قبل واثناء العملية وبعدها , وموضوع شروط قيام المسؤولية والتعويض عن الضرر اثار كذلك مشكلات قانونية , فهو محكوم بالقواعد العامة التي لم تغطي في بعض القوانين الموضوع او جاء بعضها لحكم المسائل المالية والتعويض عن الضرر المالي لا الجسدي , وفي موضوع الدعاوى , برزت مشكلة قانونية كانت في القانون العراقي حيث حجم دور القضاء في هذا الموضوع المهم , مما ادى الى افلات البعض من طائلة المحاسبة.

سادسا - منهج البحث

في بحثِنا هذا استعملنا المنهج التحليلي والمقارن , مع أخذنا بِنظر الإعتِبار استعمال التأصيل التاريخي القانوني في موضوع المسؤولية المدنية لزرع وَنقل الأعضاء البَشَرية , فالعلاقة بَين الطب والقانون هي علاقة متبادلة يؤثر احدهما بالآخر , فكثير مِن الأعمال الطِبية كانت غَير مشروعةَ بِسبب احتمالية فشلَها الكبير, وَبالتقَدم العلمي قلت نسبة المتَوَقع مِن الضرر فأباح

القانون هذه العَمَليات ,فَحاولت في فَحوى هذه الرِسالة أن أجمَع الآراء الحَديثة التي طرِحت واستعرض الأدلة وَمناقشتها وَ المقارنة بينها و ترجيح ما يرى بِحجة عَلى غيره وَتعزيزه بِالأدِلة , مستعينا بِذلك بِالتشريعات العراقية وَالمقارنة وَالقَرارات القَضائية , و في إطارِ الفقه الاسلامي دأبت على الأخذ بالآراء المجمع عليها لدى المذاهب الاسلامية , ومناقشة بَعض الآراء المخالفة للأجماع .

سابعا ـ صعوبات البَحث

واجهنا في هذه الرِسالّة صعوبات كثيرة كمَنت الاولى فيها (بِعدم وجود قرار قضائي) يخُص موضوعنا مُباشرة , فَبحثنا في اغلب المحاكِمِ العراقية وَلم نَجد سوى شَكوى جَزائية تَم غلقها في مَحكَمة المحمودية , لعَدمِ كفاية الأدلة في عامِ 1993 , فضلا عن الى ندرة القَرارات القَضائية عموماً في المَجالِ الطبي .

و لاقينا صعوبة اخرى تمَثلت بِعَدمِ تعاون الدوائر الصِحية مع موضوع بحثنا هذا , وَلكن كانَ أكثر ما واجهناه من مشقة تمثل في تَرجمة المصادرِ باللغة الفَرنسية , إذ إن أغلَب المترجمين غَير مختصين بالقانونِ , فاضطَررنا الى الاستِعانةِ بمترجمينِ مُختَصين مِن خارجِ العراقِ .

ثامنا ـ خُطَة البَحث

ابتدأنا في الفَصل الأول بِمعالَجة اطراف هذه العملية وَما تتضَمَنَه هذه الاطراف من شروط وحيثيات يحب الوقف عندها بعناية , فمعرفة الشروط والضوابط التي يخضع لها الاطراف, وسيتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث , كل مبحث منه يمثل طرف من اطراف العملية .

وَأردَفنا فَصلنا الأول بِآخر , لِتَوضيح الطبيعة القانونية للمسؤوليةِ المَدَنية لنقل وزرع الأعضاء البَشَرية كَي تُحَدَد هذه المَسؤولية بِكَونها مَسؤولية عَقدية أم مَسؤوليةٍ تَقصيرية , وعلى مبحثين .

أما الفَصل الثالث فَكان مَوضوعه النظام القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية الذي يتضمن شُروط قيام المسؤولية في هذه العمليات والدعاوى الناشئة بسبب ذلك وتعويض الضرر من هذه العمليات .

أسألُ الله العَلي العَظيم أن يوفقنا في تَحقيق الغاية مِن بَحثِنا هذا وَمِن الله نَستَمد عَزمَنا والله وَلي التَوفيق وَالحَمدُ للهِ رب العالمين .