المقدمة

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تقنية طبية حديثة تمثل انجازا طبيا مهما في عالمنا المعاصر وبنفس الوقت تثير العديد من المشاكل والصعوبات على المستوى الأخلاقي والديني والطبي والقانوني، الا ان ما يهمنا في هذا المجال هو الجانب القانوني لهذه العمليات.

وبما انه نقل الأعضاء البشرية له علاقة مباشرة بحماية جسم الإنسان حيث ان استئصال أي عضو من أعضاء الجسم يتضمن في حد ذاته اعتداء على سلامة الجسم لما يؤدي إلى الإخلال بوظائفه وهو ما يتعارض مع الحق في سلامة الجسد،ولهذا السبب تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استثناء يرد على مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، ولا يمكن اعتبار التقدم الطبي سببا لاهدار حرمة جسد الإنسان طالما تكفل القانون بفرض هذه الحماية لذلك يجب أن يتوافق العمل الطبي مع حرمة جسم الإنسان ولا يجوز المساس به الا قيدا للاعتبارات الصحية.

ومما لا شك فيه أن مسؤولية الطبيب بصفة عامة تكتسب أهمية كبيرة في هذه العمليات وذلك من خلال العمل الطبي الموكل له وعليه فإن المسؤولية الجزائية قد تلحق الطبيب نتيجة لذلك باعتبار أن الطبيب يقوم بعمل غير مشروع أو مخالف للقواعد القانونية التي تنظم هذه العمليات ويعرض نفسه لعقوبة جزائية وبناءا على ما تقدم كان اختيارنا لموضوع البحث(المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية).

اهمية البحث:

تتمثل أهمية موضوع هذا البحث في أن الأطباء الذين يجرون عمليات نقل الأعضاء البشرية بحاجة ماسة لمعرفة مدى مشروعية هذه الوسائل الطبية الفنية الجديدة والشروط الواجب توافرها حتى لا تنعقد عليهم المسؤولية القانونية، وطبيعة هذه المسؤولية، إذا خالفوا أحكام القوانين الخاصة في هذا المجال.لان علاقة الطبيب بمريضه في ظل التطورات الطبية المستمرة تجعل من سلطة الطبيب واسعة ومن هذا المنطلق يجب أن يكفل المشرع الحماية الكافية لضمان عدم إساءة استعمال هذه السلطة الممنوحة للطبيب.

اشكالية البحث:

أن العمليات موضوع البحث تنطوي على مساس بحق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه ومن هذه النقطة يثور الاشكال عندما يصاب الإنسان في احد أعضائه بمرض واصبح السبيل الوحيد أمامه استبدال العضو التالف بعضو سليم فإذا كانت المشكلة لا تثور في جانب المريض(المتلقى)فإنها تنشأ في جانب الإنسان السليم(المتبرع)لأن الأول يكون التدخل على جسمه أمرا مباحا و يتوافر القصد العلاجي ولكن الثاني هو شخص سليم يقوم بالتنازل عن أحد أعضائها ليس بغرض علاجه، لذلك تنازله في هذه الحالة يعتبر مساسا بسلامة جسمه فهل يجوز لهذا الإنسان(المتبرع)أن يرضى بإستئصال عضو من جسمه ليس لمصلحته هو وإنما لمصلحة إنسان آخر؟وما هو أساس مشروعية هذه العمليات من الناحية القانونية وما هي الضوابط والشروط التي يجب مراعاتها مع هذا الأساس ؟وكيف يتم تحديد مسؤولية الطبيب في نطاق هذه الممارسات إذا ماخالف هذا الأساس؟

منهجية البحث:

لقد اتبعنا في هذا البحث منهج البحث الوصفي التحليلي لأحكام قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان العراق رقم(١) لسنة٢٠١٨ وقدمنا تحليلا دقيقا لنصوص القانونية المذكورة للوقوف على مدى توافر المسؤولية و إقرارها بحق الطبيب في نطاق ممارسات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

خطة البحث:

وقد تناولنا دراسة الموضوع محل البحث في فصلين وخاتمة على النحو الآتي:

الفصل الأول :ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول: الإطار التعريف لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأنواعها

المطلب الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: انواع الأعضاء البشرية و عمليات نقلها وزرعها

المبحث الثاني: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الأول: الأساس الفقهي والقانوني لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: أحكام وموانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول: أساس المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الأول: صور المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية

المطلب الثاني: تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الثاني: أثر المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الأول: العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزراع الأعضاء البشرية

الخاتمة

الفصل الاول

ماهية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

اوجدت الاعمال الطبية ميدانا خصبا للجدل العلمي فيما بين رجال القانون والطب وعلماء الاجتماع حول انسجامها مع القوانين الوضعية والتطورات العلمية التي تواكبها.

وقد تطورت الطب تطورا كبيرا مما جعله يتجاوز مهمته الاصلية وهي العلاج والوقاية من الامراض الى مجالات اخرى مثل استئصال و زرع الاعضاء البشرية ممايجعله يصطدم مع مبدأ حرمة الكيان الجسدي والخروج من النطاق القانوني الذي يحمي حق الانسان في سلامة جسده.

حيث يسعى الباحثون والاطباء الى استحداث موضوعات جديدة فيها مصلحة ومنفعة وضرورة علاجية منها امكانية نقل عضو من شخص الى اخر وقد تخطت هذه العمليات مرحلة التجارب ليصبح نجاحها مضمونا.

ولماكانت عملية النقل والزراعة تستهدف انقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت ولسمو هدفها كان لابد من التطرق لها من الناحية القانونية،وبالرجوع الى عمل الاطباء فإن بالتأكيد هذه العمليات لابد ان تكون مباحة ومشروعة وفق اسس فقهية وقانونية وضوابط تبيح هذه العمليات وتنظمها عليه يصوغ لنا تسليط الضوء على مفهوم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ومدى مشروعية هـذه العمليات وبيان الضوابط القانونية لنقلها وزرعها.

المبحث الاول

إطار التعريف لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية وانواعها

إن بحث التعريف في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية يتطلب بيان مفهومها ثم بيان انواعها وعلى ذلك نتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الاول:مفهوم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

المطلب الثاني:انواع الاعضاء البشرية وعمليات نقلها وزرعها

المطلب الاول

مفهوم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

ان تحديد مفهوم العمليات موضوع البحث يتطلب اعطاء تعريف لأنواعها وسوف نتناول ذلك ضمن هذا المطلب وفي فرعين:

الفرع الاول:تعريف عملية نقل العضو البشري

الفرع الثاني:تعريف عملية زرع العضو البشري

الفرع الاول

تعريف عملية نقل العضو البشري

يقصد بعملية نقل العضو البشري بأنها (العمليات التي يتم فيها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال او المآل) [1]

وتعرف ايضا بأنها(العمليات التي يتم بها نقل العضو السليم من جسم المتبرع سواء كان انسانا ام حيوانا ام كائن حي واثباته في الجسم المستقبل ليقوم مقام العضو المريض في اداء وظائفه) [2]

ويقصد ايضا بنقل الاعضاء:نقل عضو او مجموعة من الانسجة من شخص متبرع الى مستقبل ليقوم مقام العضو او النسيج التالف لدى الاخير. [3]

وبرأينا المتواضع نرى بإمكاننا تعريف عملية نقل العضو البشري كمايأتي:هي إجراء جراحي يهدف الى نقل عضو او انسجة من شخص(المتبرع)الى شخص اخر(المتلقي) بهدف استبدال عضو تالف او غيرصالح بعضو صحي منسجم.

الفرع الثاني

تعريف عملية زرع العضو البشري

لقد عرفت عملية زرع العضو البشري بأنها(عملية استبدال عضو اونسيج مصاب بآخر سليم او بعبارة أخرى هي عملية ادماج عنصر جديد في جسم الانسان الحي للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفسيولوجية من اوجه نقص) [4]

وعرفت كذلك بأنها(هي عملية تثبيت العضو المنقول في جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض او التالف لكي يقوم مقام الثاني في اداء وظائفه) [5]

وهذا التعريف الاخير يعطي تمايزا واضحا لعملية زرع العضو البشري فهي في حقيقتها ليست عملية واحدة،كماهو الحال في عملية نقل العضو المنقول منه،وانما هي عبارة عن عمليتين مترابطتين الاولى عملية استئصال العضو العاجز عن اداء وظيفته من جسم المتلقي او المستقبل اما الثانية فهي عملية تثبيت العضو المنقول والذي هو عضو السليم محل العضو التالف او المريض والعاجز عن اداء وظيفته.

المطلب الثاني

انواع الاعضاء البشرية وعمليات نقلها وزرعها

بعد التطرق الى تعريف عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية سوف نتطرق الى انواع وتصنيفات الاعضاء البشرية و هذه المسألة تتطلب منا بيان انواع الاعضاء البشرية وبيان انواع عمليات نقلها وزرعها وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين

---

(1)ينظر د.منذر الفضل:التصرف القانوني في الاعضاء البشرية،ط١،دار آفاق للطباعة،بغداد،١٩٩٠،ص١٦.

(2)ينظر د.محمد حماد مرهج الهيتي،التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي،دارالثقافة،عمان،الاردن،٢٠٠٤،ص٣١.

(3)ينظر د.محمد حماد مرهج الهيتي،نفس المصدر السابق ،ص٣٣.

(4)ينظر د.محمد عبدالوهاب الخولي،المسؤولية الجنائية للاطباء،ط١،بلادار نشر ومكان نشر،١٩٩٧،ص١٤٦.

(5)ينظر د.محمد حماد مرهج الهيتي،المصدر السابق ،ص١٠٤.

الفرع الاول:انواع الاعضاء البشرية

الفرع الثاني:انواع عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

الفرع الاول

انواع الاعضاء البشرية

ان الاعضاء البشرية تصنف تبعا لاهميتها واثرها على حياة الانسان الى انواع الاتية:-

اولا:الاعضاء الفردية:

هي الاعضاء التي لايوجد لها بديل في جسم الانسان يقوم بوظيفتها ويؤدي نقلها الى وفاة صاحبها كالقلب مثلا فهذه الاعضاء يحرم على الانسان اعطاؤوها لغيره او اخذها من غيره سواء عن طريق البيع او عن طريق التبرع كذلك يحرم على الطبيب فصلها والاعانة على نقلها وزرعها وذلك لما يترتب عليه موت الشخص المنقول منه.[1]

ثانيا:الاعضاء الغير الفردية:

هي التي يوجد لها بديل يقوم بوظيفتها ولايؤدي نقلها الى قدر محقق او الوفاة ويتحقق ذلك في الاعضاء المتعددة كالكلية ،او المتجددة كالجلد وفقا للشروط وضوابط القانونية. [2]

الفرع الثاني

انواع عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

تحدد انواع عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بحسب طبيعة مصدر العضو والغرض الذي ترمي اليه،عملية نقل العضو او التكوين المادي للعضو المنقول ،وذلك على وجه الاتي:

اولا:يكون النقل والزرع ذاتيا(داخليا)متى كان مصدر العضو المنقول هو ذات الشخص الذي هومحل عملية زرع العضو البشري. [3]

والمثال اكثر شيوعا للزرع الذاتي هو زرع معين للجلد بعد اقتطاع هذه الزرعة من منطقة تابعة للشخص لتزرع في منطقة اخرى مشبوهة او مجروحة.وهذا النوع من العمليات لايطرح مشاكل قانونية خاصة،فقصد العلاج فيها متوافر ولاخوف فيها من رد العضو من قبل الجسم المزروع فيه.

اما اذاكان مصدر العضو انسانا حيا كان ام ميتا يكون الزرع(خارجي)ويطلق على الشخص الذي ينقل منه العضو(المعطي) بينما يسمى الشخص الذي ينقل اليه(المتلقي) وعملية زرع هذه تتم على شخص ينتمي الى نفس نوع المتبرع كالنقل من توأم الى قرينه حيث تتطابق الصفات الوراثية في كل منها[4]

---

(1)ينظر كمال لدرع:الاعضاء الصالحة لنقل وزرع طبيا وموقف الفقه الاسلامي منها،جامعة الامير عبدالقادر للعلوم الاسلامية،قستطينة، ص٢٩٦.

(2)ينظر فوزية هامل،الحماية الجنائية للاعضاء البشرية في ظل القانون،رسالة ماجستير،جامعة الحاج لخضر،بانتة،٢٠١١-٢٠١٢،ص٢٤٠

(3)ينظر د.محمد سامي الشوا،مسؤولية الاطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات،ط٢،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٣،ص٢١٢.

(4)ينظر د.محمد على الباز،الغشل الكلوي وزرع الاعضاء البشرية،الدار الشامية،بيروت،بلا سنة نشر،ص١٠٥.

ثانيا:تتعدد عمليات نقل الاعضاء من الحيث الغرض الذي ترمي اليه الى نوعين:اولهما علاجي مثل نقل كلية الى شخص مصاب بفشل كلوي،او استبدال القلب سليم بآخر معتل وثانيهما جمالي مثل عمليات ترقيع الجلد في حالة الاصابة بتشوهات جسمية ناشئة عن فعل الحرق.

ثالثا:تتعدد عمليات نقل الاعضاء من حيث التكوين التشريحي للعضو المنقول ومن هذه الحالة يمكن التفرقة بين مجرد نقل نسيج او عضو بسيط من حيث التكوين التشريحي مثل شريان او جزء عظمي او قرينة العين،وبين نقل عضو مركب مثل كبد او كلية او قلب،فالبالنسبة للنوع الاول فهو لايحتوي عادة سوى نسيج واحد سرعان مايتآلف وخلايا الجسم المتلقي،ويكون لذلك بمنأى عن ظاهرة رفض الجسم للعضو الجديد فهو اشبه في هذه الحالة بالعضو الصناعي.

اما بالنسبة للنوع الثاني فإن العضو المركب كالكبد يحتوي في ذاته على خليط من انسجة متابينة سواء تمثلت في اوعية دموية او اعصاب وعادة مايتهدد بظاهرة الرفض. [1]

يتضح مما تقدم بأن جميع الاعضاء البشرية ليست قابلة للنقل فهناك اعضاء لايمكن نقلها بالمقابل هناك اعضاء يمكن زرعها ولاختلاف الاعضاء في الجسم البشري يثور التساؤول عن تلك الاعضاء الجائز ان تكون محلا لعمليات نقل وزرع الاعضاء ويمكن ان نجد جواب السؤال من خلال معرفة الاعضاء قابلة للنقل والزرع اذ ان عمليات نقل وزرع الاعضاء التي يتم القيام بها حتى يومنا هذا هي:زرع الكلى،الكبد،البنكرياس،الامعاء،الرئتين.النخاع العظمي،خلايا البنكرياس،القرنية والعظام. [2]

لكن من اكثر الاعضاء البشرية القابلة للنقل هي الكلية التي تقدم حلا لحالات الفشل الكلوي،الذي يعاني منه الاف من البشر في العالم وهي من العمليات الطبية الناجحة جدا.

المبحث الثاني

مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية

ان عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية يمكن اعتبارها وسيلة من وسائل العلاج الحديثة التي اثبتت نجاحها في شفاء الشخص المريض،الا انه بالمقابل قد ينتج عنها اساءة وضع الشخص المتبرع بالعضو،وكما نعلم انه ليس لدى الاخير اية مصلحة علاجية مما ادى الى تضارب المصالح وصعوبة الموازنة بينها وكما اظهر الجدل حولها،لان استئصال الاعضاء البشرية يتعارض مع مبدأ حرمة جسد الانسان ويحقق النموذج الحقيقي للاعتداء على الحق في السلامة البدنية .

ونظرا لخطورة هذه العمليات واهميتها بنفس الوقت وخاصة بين الاحياء بات من الضروري البحث في مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من خلال بيان اساس مشروعيتها وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الاول:الاساس الفقهي والقانوني لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية

المطلب الثاني:الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

---

(1)ينظر د.محمد سامي الشوا:مصدر سابق،ص٢١٧.

(2)ينظر د.محمد على الباز، مصدر سابق،ص١٠٥.

المطلب الاول

الاساس الفقهي والقانوني لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية

لاشك ان مبدأ الحفاظ على الانسان والنفس من مقاصد الشرائع السماوية كلها وكذلك التشريعات الوضعية،ولكي يمارس الانسان حياته في صورتها المثلى لابد ان يحاط جسده بسياج يحفظه ويمكنه من ممارسة وظائفه دون اي خلل. [1]

ومن البديهي ان مشروعية التبرع مستمدة اساسا من تعاليم ومبادئ الديانات السماوية،إذ شرع الله التبرع لما فيه من تأليف بين القلوب وتوثيق المحبة بين الناس،حيث تدعو جميع الكتب السماوية الى المحبة والعطاء. [2]

ونظرا لحداثة الاشكالية وتنوع النظريات الفقهية المقدمة من جهة وخطورة الموضوع واهميته بين الناس من جهة اخرى وضعت القواعد الوضعية المنظمة له.وهو مايقتضي ان نتناوله في فرعين:

الفرع الاول:مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في الفقه القانوني

الفرع الثاني:الاساس القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

الفرع الاول

مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في الفقه القانوني

لقد اختلف الفقه حول مدى وجود اساس لتبرير مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية فيرتكز بعضهم على نظرية السبب المشروع،بينما استند البعض الى نظرية الضرورة،في حين استند رأي آخر الى نظرية المصلحة الاجتماعية وكلها اتجاهات فقهية حول اساس مشروعية عمليات نقل الاعضاء بإعتبار ان الحق في سلامة الجسد مصلحة فردية يحميها القانون من اجل ان يبقى جسم الانسان مؤديا لكل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية وان يحتفظ بتكامله الجسدي. [3]**وهو مايقتضي ان نتناول هذه النظريات على النحو الآتي:**

اولا:نظرية السبب المشروع

يعتبر الفقيه الفرنسي(ديكوك)من اوائل الفقهاء الفرنسيين الذين استندوا الى فكرة السبب المشروع للقول بمشروعية عمليات نقل الاعضاء البشرية،[4]**لايجاد حل قانوني للصعوبات التي كانت تحول دون الاقرار بمشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.**

يذهب انصار هذا الاتجاه الى التحول من عدم مشروعية المحل الى مشروعية السبب ،حيث يؤسسون فكرة إباحة التصرف في جسم الانسان مادام السبب مشروعا،ويكون السبب مشروعا متى كان الهدف تحقيق المصلحة العلاجية للغير.

---

(1)ينظر د.سميرة عايد الديات،عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن،١٩٩٩،ص٢٥.

(2)ينظر د.خلدون فوزي قندح، د.محمد فواز محمد المطالقة:نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء في التشريع الاردني،بحث منشور بمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،المجلد/١١،لسنة/٦،العدد/٢٠،ص٤١٤.

(3)ينظر د.خالد مصطفى فهمي:النظام القانوني لزرع الاعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالاعضاء البشرية-في ضوء القانون ٥لسنة٢٠١٠والاتفاقيات الدولية والتشريعات،-دراسة مقارنة-،دار الفكر الجامعي،مصر،٢٠١٢،ص١٣٤.

(4)ينظر د.مأمون عبدالكريم:رضا المريض عب الاعمال الطبية والجراحية-دراسة مقارنة-،دار المطبوعات الجامعية،٢٠٠٩،ص٤١٩.

ويقصد بالسبب هو الباعث الدافع للتعاقد فيجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافع الاطراف للتصرف،فلايجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع لمجرد انه يتعلق بجسم الانسان وإلا لأدى ذلك الى التسليم ان عقد العلاج الطبي والذي بمقتضاه يتدخل الطبيب بجسم المريض،عقد غير مشروع لأن هذا التدخل يشكل مساسا بجسم الانسان،ولكن في الواقع يعد هذا التدخل مشروعا ،لانه يهدف الى تحقيق مصلحة علاجية للمريض. [1]

ولماكان نقل عضو من انسان الى اخر يهدف الى انقاذ حياة الغير اي الشخص المريض او على الاقل يدفع عنه ضررا اكبر،يتجاوز الضرر الذي يلحق بالمتبرع نتيجة استئصال عضو من جسمه فأن ذلك يعد من المصالح المشروعة،وبناءا على ذلك لايجوز المساس بجسم الانسان الا اذا كانت المنفعة التي تترتب على ذلك تفوق الاضرار الناشئة عنه واذا اختل هذا الميزان فيعتبر المساس بجسم الانسان غير مشروع ومنافيا للاخلاق. [2]

فحسب انصار هذا الاتجاه لاتقتصر الاباحة على التصرفات التي تمس الجسم بضرر يسير كعمليات نقل الدم مثلا انما يشمل كافة التصرفات التي يترتب عنها مساس مستديم بالجسم وغير قابل للاصلاح. [3]**ومثال ذلك تنازل الشخص عن احد كليتيه لشخص اخر مصاب بفشل كلوي حاد،وذلك بقصد انقاذ حياة هذا المريض المهددة حياته بالانتهاء اذا اثبت ان المتبرع يستطيع ان يعيش حياة عادية لاتختلف عن حياة غيره من الافراد.** [4]

يستخلص مما تقدم ان التصرفات التي ترد على جسم الانسان تكون مشروعة متى كان السبب مشروعا ويكون السبب مشروعا متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للمتبرع نفسه او بالنسبة للغير بشرط ان تكون المصلحة التي سوف تتحق بالنسبة للغير اكبر من الاضرار التي تصيب المتبرع.

وقد وجه النقد لهذه النظرية اذ يتمثل في عدم انضباط المعيار حيث انها تتناول السبب المشروع وإغفال اشياء اخرى مثل حالة الضرورة ورضا المتبرع. [5]

ثانيا:نظرية الضرورة

يرى جانب من الفقه ان الصعوبات المترتبة على عمليات نقل الاعضاء البشرية لاتثير اكثر من مسألة المقارنة او التدرج في القيم المختلفة والتي يحتاج حسمها الى تعاون رجال القانون والطب على صعيد واحد،فمن الناحية القانونيةيمكن معالجة هذا التدرج في اطار نظرية الضرورة،فعلى ضوء شروط هذه النظرية يستطيع القضاء ان يرتب الاوضاع الخاصة بالمسؤولية عن عمليات نقل الاعضاء البشرية فيما بين الاحياء. [6]

وحالة الضرورة عند بعض الشراح هي الاساس القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية حيث تعتبر الاساس القانوني الوحيد بحسب رأيهم لاقتطاع العضو من جسم المتبرع ونقله لجسم المريض متى توافرت شروطها وضوابطها ،وذهب انصار هذا الاتجاه الى ان مشكلة عمليات نقل الاعضاء البشرية بين الاحياء تثير مسألة الموازنة بين القيم المختلفة التي

---

(1)ينظر د.محمد سعيد خليفة:الحق في الحياة وسلامة الجسد،دراسة القانون المدني والشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،٢٠١٠،ص١١٥.

(2)ينظر د.محمد سامي الشوا،مصدر سابق،ص٦٥٠.

(3)ينظر د.محمد سامي الشوا،نفس المصدر السابق،ص ٦٤٩-٦٥٠.

(4)ينظر د.مأمون عبدالكريم، مصدر سابق،ص٤٢١.

(5)ينظر د.خالد مصطفى فهمي:مصدر سابق،ص١٠٤.

(6)ينظر د.حمدي عبدالرحمن:معصومية الجسد،مصدر سابق،ص٥٨.

توجد في الحياة وهي تدخل اساسا في اطار نظرية الضرورة في مجال العمل الطبي بصفة عامة ،فإن اي طبيب يقوم على الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء،اما في مجال نقل الاعضاء البشرية فإن الموازنة تتخذ طابعا مميزا.

١– حالة الضرورة في الاعمال الطبية بصفة عامة:

يقصد بحالة الضرورة حالة الشخص الذي يوجد امام خطر وشيك الوقوع ولاسبيل الى تفاديه الا بأرتكاب فعل محظور طبقا لاحكام قانون العقوبات. (1)

اما عن حالة الضرورة في الاعمال الطبية بصفة عامة فإنه يجب في كل عمل طبي القيام بعملية الموازنة بين الخطر والامل او فرصة الشفاء،وتكون تلك الموازنة بالنظر الى المستقبل ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال اي عدم التأكد،فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها المريض اذا لم يعالج ومخاطر اجراء عمل طبي معين من جهة،وبين فرص الشفاء من جهة اخرى،فحساب الاحتمالات يلعب دورا كبيرا في الاختيار الذي يقوم به الطبيب من حيث العلاج والوسيلة ويكون حساب الاحتمالات على اساس مايسمى قانون الكثرة اي تقدير مدى خطورة العمل الجراحي يقوم على اساس المتوسط العام لنجاح اوالفشل الجراحة وليس على اساس التدخل الجراحية في حالة معينة. (2)

٢–حالة الضرورة في عمليات نقل الاعضاء البشرية:

ينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة اساسا صالحا لاسباغ الصفة المشروعية على عملية نقل الاعضاء البشرية من نقطة مفادها ان الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية انما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير(المريض)وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على الشخص الذي ينتزع منه العضو،(3)والطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي يلحق بالمتبرع وهو إذ يفعل ذلك انما يكون داخلا في نطاق حالة الضرورة فلا مسؤولية على الطبيب لا من الناحية الجزائية ولا من الناحية المدنية. (4)

يذهب جانب من الفقه الى ان اعتبار حالة الضرورة اساسا قانونيا لعمليات زرع الاعضاء البشرية يجب ان تتوافر معها عدة شروط وهي:

١ .يجب ان يكون هناك خطر محدق بالمريض،ويكون عدم زرع العضو الجديد من شأنه ان يؤدي الى الوفاة.

٢ .يجب ان يكون الخطر المراد تفاديه اكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق بالمتبرع.

٣.يجب ان يشترك اكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتبرع.

---

(1)ينظر د. ادريس عبد الجواد عبدالله،الاحكام الجنائية المتعلقة بزرع ونقل الاعضاء البشرية،بين الاحياء،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع،الاسكندرية،٢٠٠٩،ص٦٨.

(2)ينظر د.محمد عبدالوهاب عبدالمجيد،المسؤولية الجنائية للاطباء الناشئة عن استخدام الاساليب العلمية الحديثة في الطب،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،١٩٩٧،ص،١٩٧.

(3)ينظر د.محمد عبدالوهاب عبدالمجيد،مصدر سابق،ص١٩٩.

(4)ينظر د. مهند صلاح احمد فتحي العزة،الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية.٢٠٠٢،ص٦٣.

الا ان هذه النظرية ايضا تعرضت للنقد بالنسبة للعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ذلك لان حالة الضرورة ولو توافرت شروطها بالنسبة للمريض فهي لاتتوافر بالنسبة للمتبرع الذي يستأصل جزء من جسده.فالطبيب الذي اجرى عملية نقل وزرع العضو لم يكن يقع تحت تأثير اكراه معنوي ومن ثم كان متمتعا بحرية اختياره اي مدركا بأن ذلك سوف يلحق ضررا بالغير.[1]فهذه النظرية تجاهلت إرادة المتبرع بالعضو كونها ترتكز فقط على حالة الضرورة ولاتشترط الحصول على رضا المتبرع وهذا يتعارض مع حق الانسان في قبول او رفض المساس بجسمه.وهو مايجعله غير صالحة كأساس لمشروعية التدخل الطبي في هذا المجال.

ثالثا:نظرية المصلحة الاجتماعية

تقوم هذه النظرية على فكرة اساسية مضمونها ان الحق في الحياة وسلامة الجسم من الحقوق التي يعترف بها القانون لكل الفرد ومن مصلحة الفرد ان يحتفظ بسلامة جسمه وان يتحرر من الالام البدنية وان تؤدي وظائفها اداء طبيعيا،وكل اعتداء يحول دون السيرالعادي والطبيعي لاحد وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم ومايجرمه القانون. [2]

والحق في سلامة الجسم لدى انصار هذه النظرية يتنازعه اعتبارين :

الاعتبار الاول:الجانب الفردي لهذا الحق ويتمثل في كافة المصالح التي تعود على الفرد من خلال تكامله الجسدي.

الاعتبار الثاني:يتمثل في حق المجتمع في سلامة افراده بوجه عام كي يؤدوا الوظيفة الاجتماعية. [3]

وقد عرفوا اصحاب هذه النظرية المصلحة الاجتماعية بأنها (عبارة عن مجموعة من الالتزامات يضعها المجتمع على عاتق كل فرد من افراده،وهذه الالتزامات متعددة، فهي تمثل بالنسبة لكل فرد مساهمته في الحفاظ على كيان المجتمع ثم مساهمته في ازدهاره)[4]

وبتطبيق نظرية المصلحة الاجتماعية على نقل الاعضاء البشرية نجد ان رضا المتبرع سوف تكون له قيمة قانونية تبيح نقل عضو من اعضائه اذاكانت المحصلة التي سوف تنتجها عملية استئصال العضو وزراعته اكبر من حاصل المنفعة الاجتماعية قبل الاجراء العملية.وبناءا على ذلك فإذا كان استئصال احد الاعضاء البشرية لايترتب عليه تهديد الوظيفة الاجتماعية للجسم لامانع من الاستئصال لان هذا الفعل يترتب عليه زيادة المنافع الاجتماعية،وذلك بأنقاذ حياة شخص كان سيفقده المجتمع ولمعرفة ذلك يجب ان ننظر الى مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع وذلك على مستوى شخصين وليس شخص واحد. [5]

وقد اعتبر الفقه اساس المشروعية في هذه النظرية يقوم على عنصرين:

١.الرضا الصادر من المتبرع

٢.المنفعة الاجتماعية

---

(1)ينظر حسام الدين الاهواني:المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية،دون سنة الطبع،مطبعة عين شمس،القاهرة،مصر،١٩٧٥.

(2)ينظر د. احمد شوقي ابو خطوة،القانون الجنائي والطب الحديث،دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية،دار النهضة العربية،القاهرة،ص٤٤.

(3)ينظر د. خالد مصطفى فهمي، مصدر سابق،ص١٥٨.

(4)ينظر د. محمود نجيب الحسني:شرع قانون العقوبات(القسم الخاص)،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،١٩٨٤،ص٤٥٨.

(5)ينظر د. ايهاب يسر انور:المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب،مصدر سابق،ص٤٦٦.

ولكي تتحقق المنفعة الاجتماعية يجب ان تكون تلك العملية هي الوسيلة العلاجية الوحيدة ولاتوجد وسيلة اخرى،ويجب ان لايؤدي انتزاع العضو من المتبرع الى انتقاص دائم وجسيم في صحة المتبرع ،كمايجب ان يكون مايلحقه من ضرر اقل ممايصيبه المتلقي من ضرر او على الاقل تكون الحالة الصحية لكليهما بعد اجراء العملية متعادلة. [1]

يستخلص مما سبق أنه إذا كانت المحصلة النهائية لاستئصال عضو في جسم المتبرع للزرعه في جسم المريض هي حماية مصلحة اجتماعية ،فإن المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع يكون مباحا قانونيا، فالفرد يستطيع أن يتصرف في احد اعضائه مادام إن ذلك لا يترتب عنه إنقاص من صلاحياته لأداء وظفيته الاجتماعية وإن كان هذا لا يعني أن المتبرع بالعضو لا تلحقه أية أضرار في صحته العامة،إلا أن هذه الأضرار سوف يقابلها زيادة اكبر في سلامة الجسمانية للمتلقي وهذا يعني أنه المحصلة النهائية للمنفعة الاجتماعية لطرفي العملية سوف تكون أكبر لو احتفظ المتبرع بكامل صحته ولكن في المقابل المريض عاجزا عن أداء وظيفته الاجتماعية.

لقد ذهب البعض في نقده هذه النظرية بأن الوظيفة الاجتماعية لا يصلح أن يكون مناطا تبنى عليه الأحكام، ففكرة المنفعة الاجتماعية يشوبها الكثير من الغموض وغير قابلة للقياس المنضبط، كما ذهب البعض الآخر في نقده اباحة فكرة التضامن الإنساني بوصفها أنها تعتبر فكرة غامضة وأخطرها وتؤدي إلى شيوع في الصحة العامة ولاسيما في النظم الاستبدادية. [2] ومن ثم فرغم أهمية مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي إلا أنه لا يكفي اعتباره سندا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء، لأن هذه العمليات تنطوي على خطورة تختلف من حالة إلى أخرى ومنها مساس بالسلامة الجسدية للفرد والأصل في اغلبية الأنظمة القانونية هو عدم جواز المساس بسلامة الجسم لانه في ذلك اعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة برعاية. [3]

الفرع الثاني

الاساس القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

يمكن تحديد موقف التشريعات الوضعية من عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من خلال موقفها التنظيمي منها،بأعتبار ان المسألة تنطلق اساسا بمبدأ حرمة جسم الانسان وعليه سنتطرق الى موقف التشريعات القانونية لبعض الدول عن مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية وصولا اخيرا لموقف المشرع العراقي والكوردستاني.

اولا:المشرع الفرنسي:

يعتبر التشريع الفرنسي من اهم التشريعات التي نظمت مسألة عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية تنظيما دقيقا ومتكاملا،فقد اصدر القانون رقم(١١٨١)لسنة(١٩٧٦)المتعلق بنقل وزرع الاعضاء وقد اجاز هذا النوع صراحة على مستوى مادتين(٠١-٠٢)منه عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء،ونقل الاعضاء البشرية من الموتى،غير انه قيدهابجملة من الشروط القانونية،واشترط ان يكون اساس هذه العمليات هوالتبرع،وان يكون الغرض منها علاجي [4] ويلاحظ على التشريع الفرنسي انه تناول الاحكام المتعلقة بعمليات نقل وزرع الاعضاء بصفة عامة دون تحديد الاعضاء معينة تصلح لان تكون محلا للزرع. وفي سنة(١٩٩٤)صدر قانون رقم(٩٤-٦٥٤)المتعلق بالتبرع الاعضاء البشرية

---

(1)ينظر د. خالد مصطفى فهمي،مصدر سابق،ص١٦٠.

(2)ينظر د. خالد مصطفى فهمي،نفس المصدر السابق،ص١٦٧.

(3)ينظر د. . ايهاب يسر انور:المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب،مصدر سابق،ص٤٦٨.

(4)ينظر جاري بسمة:التصرف في الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون"دراسة مقارنة"،كوكب العلوم،الجزائر،٢٠١٢ص ص٣٦-٣٧.

واستعمالها ،ومن خلاله بين المشرع الفرنسي الاحكام العامة في التصرف في الاعضاء البشرية بين الاحياء ومنه هوية المستفيد من هذا التبرع قانونا. [1]

ثانيا:المشرع الايطالي:

يجيز المشرع الايطالي من بين االتشريعات التي نظمت عملية نقل وزرع الاعضاء بصورة جزئية وذلك من خلال اعطاء الاحكام العامة فيما يتعلق بالتصرف بعضو معين،فقد صدر في سنة(١٩٦٧)قانون رقم(٦٧-٤٥٨)المتضمن عمليات استئصال الكلية وزرعها وفيه نص المشرع صراحة على بطلان كل تصرف قانوني يكون محله التصرف بالاعضاء البشرية،اذا كان مقابل مبلغ مالي،كما حصر هذه العمليات بين الوالدين والاخوة والاخوات للمريض مع توافر الشروط الطبية. [2]

ثالثا:المشرع الاردني:

من بين التشريعات التي وضعت في تنظيم مسألة عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية قانونا تنظيما متكاملا فقد صدر عنه سنة(١٩٧٧)القانون رقم(٧٧-٢٣)المتضمن(الانتفاع بأعضاء جسم الانسان)المعدل بالقانون المؤقت رقم(١٧) لسنة(١٩٨٠)والقانون رقم(٢٣)لسة(٢٠٠٠).وقد حدد المشرع الاردني الاعضاء البشرية يمكن نقلها ،فميز بين الاعضاء الاساسية للحياة وبين الاعضاء الاخرى،فمنع نقل العضو الاساسي للحياة اذاكان مؤدي الى الوفاةكما اخضع المشرع الاردني لجملة من الشروط او الضوابط القانونية التي يعد عدم مراعاتها سببا لقيام المسؤولية القانونية للتصرف في الاعضاء البشرية. [3]

وقد اكد هذا القانون ان عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية لايمكن ان يكون محلا للمعاملات المالية كما اكد على عدم امكانية نقل احد الاعضاء التي تؤدي الى اختلاط الانساب،فنقل المبيض مثلا يعد مخالفا لنظام العام لان هذه العمليات ناقلة للصفات الوراثية للشخص المتبرع.

رابعا:المشرع المصري:

لقد اكد المشرع المصري على مبدأ مجانية نقل الاعضاء البشرية صراحة في القانون رقم(٥)لسنة(٢٠١٠)،إذ نصت المادة(السادسة)منه على حظر تقديم اي مقابل ايا كانت طبيعته من جانب المتلقي للعضو او الجزء او النسيج الانساني الى من يخضع لعملية الاستئصال فنصت على مايأتي(يحظر التعامل في اي عضو من اعضاء جسم الانسان ،او جزء منه او احد انسجته على سبيل البيع او الشراء،او بمقابل ايا كانت طبيعته وفي جميع الاحوال لايجوز ان يترتب على زرع العضو او جزء منه او احد انسجته على سبيل البيع او الشراء،او بمقابل ايا كانت طبيعته وفي جميع الاحوال لايجوز ان يترتب على زرع العضو او جزء منه او احد انسجته ان يكتسب المتبرع او اي من ورثته،اية فائدة مادية او عينية من المتلقي او من ذويه بسبب النقل او بمناسبته،كما يحظر على الطبيب المختص البدء في اجراء عملية النقل عند علمه بمخالفة اي حكم من احكام الفقرتين السابقتين)[4]

---

(1)ينظر د.مروك نصرالدين:الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية-دراسة مقارنة-،ط٠١،الديوان الوطني للاشغال التربوية،الجزائر،٢٠٠٣،ص ص٨٦-٨٧.

(2)ينظر حسن عودة زعال:التصرف الغير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي،ط٠١،دار الثقافة للنشروالتوزيع،عمان،٢٠٠١،ص٤١.

(3)ينظر د.سميرة عايد الديات،مصدر سابق،ص١١٦.

(4)ينظر د.حسام الدين كامل الاهواني:المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية،عين شمس،القاهرة،مصر،١٩٧٥،ص١٣٩.

خامسا:المشرع العراقي والكوردستاني:

أن المشرع العراقي لم يتناول مسألة البيع والاتجار بالأعضاء البشرية ضمن قانون مصارف العيون رقم (١١٣) لسنة(١٩٧٠)اذ لم يدرج أي نص يعالج به هذه المشكلة إذ خلا القانون المذكور من النصوص التي تمنع بيع والشراء العيون البشرية من الأحياء أم الاموات وعندما صدر قانون زرع الأعضاء رقم(٨٥) لسنة ١٩٨٦ أكد المشرع العراقي من خلاله على ضرورة أن يكون التصرف بنقل العضو دون مقابل مادي، كما حظر بمقتضاه بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة ومنع الطبيب الاختصاصي من إجراء عملية استئصالها عند علمه بذلك. وحظر جميع التصرفات التي لا تعد تبرعا فقد حددها بموجب المادة(٢/ف أ)من ذات القانون مصادر الحصول على الأعضاء وعلى سبيل الحصر(أ.من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته)ولكن بصدور قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها رقم(١١)لسنة(٢٠١٦)والذي إلغى بدوره ما سبق من تشريعات الأعضاء البشرية وهما القانونين المشار إليهما أعلاه وإن بقيت على التعليمات الصادرة عنه لحين إصدار ما يحل محله. إلا أن هذا القانون جاء بأحكام موجود في القانون السابق وبعضها جديد فقد نص القانون الجديد وحدد طرق الحصول على الأعضاء البشرية كما في القانون الملغي بالهبة والايصاء دون غيره من بيع أو مقايضة أو ما شابه ذلك بمعنى أن القانون الجديد أيضا منع بيع الأعضاء والإتجار بها.

كما أن القانون الجديد منع مخالفة أحكامه وحدد عقوبة الطبيب أو ذوي العلاقة في حالة مخالفة هذه الاحكام، وإن اختلفت العقوبة من حيث السجن أو الحبس أو الغرامة ولكن مع أوجه الشبه بين القانونين هناك اختلاف واضح بينهما في كثرة مواده وأشارته إلى تعريف المصطلحات الخاصة بالأعضاء البشرية والإشارة إلى بعض المسائل التي اغفل عنها القانون السابق مثل الرجوع عن الهبة والوصية وعدم جواز التصرف بالاعضاء التناسلية. [1]

ومن الواضح أننا في اقليم كوردستان لدينا كثيرا من قوانين مشتركة مع العراق أي الحكومة المركزية ولا يزال كل القوانين الصادرة قبل سحب الإدارات من إقليم بقيت نافذة في القضاء لذلك فإن التشريع المعمول به في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية حتى قبل صدور القانون الخاص في الإقليم كان هو نفس قانون مصارف العيون رقم(١١٣) لسنة(١٩٧٠)وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم(٨٥) لسنة(١٩٨٦)ولم يصدر قانون انفاذ في برلمان كوردستان بشأن تطبيق قانون رقم(١١)لسنة(٢٠١٦)ولكن بعد صدور (قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في اقليم رقم (١)لسنة٢٠١٨)والذي بدوره امتنع عن تطبيق أي نص قانوني أو قرار يتعارض وأحكامه كما جاء في المادة(٢٩)منه(لا يعمل بأي نص قانون أو قرار يتعارض و أحكام هذا القانون)ولحد الان هو القانون الساري في مجال عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في الاقليم.

وقد اكد المشرع في الاقليم على جواز نقل الأعضاء على سبيل التبرع وحظر التعامل بأعضاء جسم الإنسان على سبيل البيع او الشراء او بعوض أيا كانت طبيعته كما أجاز نقل من جثة إنسان متوفي لضرورة المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض فتاك من خلال وصيته حال حياته ويجب أن تكون الوصية لغرض التبرع فقط.كماحظر نقل وزرع الغدد التناسلية كليا. [2]

---

(1)ينظر قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم(١١)لسنة٢٠١٦،الوقائع العراقية،العدد/٤٤٠٥، ١٦آيار٢٠١٦م السنة السابعة والخمسون.

(2)ينظرقانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان-العراق رقم(١)لسنة(٢٠١٨) المشور في وقائع كوردستان،العدد(٢٢١)في(٢٠١٨/٢/٢٢).

المطلب الثاني

الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية

لقد ظبطت مسألة نقل وزرع الاعضاء البشرية على مستوى القوانين الوضعية بضرورة توافرجملة من الشروط الدقيقة، تهدف الى ضمان سلامة المرضى واحترام حقوق الاشخاص المانحين والمتبرعين وهذه الضوابط قد تختلف من تشريع الى اخر،ومع ذلك هناك الاوجه القانونية العامة التي قد تكون موجودة في العديد من البلدان ومن بين النقاط الرئيسية التي قد تشمل عليها الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية:

١–الموافقة االمكتوبة:يتطلب عادة الحصول على موافقة مكتوبة من الشخص المتبرع أو وكيله القانوني قبل اجراء عملية النقل او الزرع.

٢–الحظر على البيع والتجارة:يمنع في العديد من الدول بيع وتجارة الاعضاء البشرية وتوجد ضوابط صارمة لمنع الاستغلال المادي للاشخاص المحتاجين لعمليات زرع الاعضاء.

٣–المعايير الطبية:توضع معايير صحية صارمة لتحديد ما اذاكان الشخص المتبرع والمستفيد مناسبين لعملية النقل او الزرع يتم تقييم حالة المريض وتكافؤ الاعضاء وتوافق الانسجة والمضاعفات المحتملة.

٤–السرية والخصوصية:يتم حماية سرية معلومات المرضى والمتبرعين وتنظيم تداول وتدوين السجلات الطبية بشكل صارم للحفاظ على خصوصية المعلومات الحساسة.

الا اننا بالعودة الى (قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق رقم(١)لسنة٢٠١٨،نجد انه بالاضافة هذه الضوابط العامة لقد اخضع تلك العمليات لجملة من الشروط منها مايتعلق بالمتبرع والمتلقي ومنها مايتعلق بالاعمال الطبية وعلى هذا الاساس قسمنا المطلب الى فرعين:

الفرع الاول:الشروط القانونية لنقل وزرع الاعضاء بين الاحياء

الفرع الثاني:الشروط القانونية ذات الصلة بنقل الاعضاء من جثة الميت

الفرع الاول

الشروط القانونية لنقل وزرع الاعضاء بين الاحياء

يمكن تقسيم هذه الشروط الى شروط قانونية متعلقة بالمتنازل عن العضو(المتبرع)وشروط تتعلق بالمتنازل له(المتلقي) وشروط متعلقة بالاعمال الطبية.

اولا:الشروط القانونية المتعلقة بالمتبرع–المتنازل عن العضو– وتنقسم الى ثلاثة شروط:

الشرط الاول/الايعرض التنازل حياة المتبرع للخطر

الشرط الثاني/رضا المتبرع بالعضو البشري

الشرط الثالث/امتناع المقابل المادي

الشرط الاول/الايعرض التنازل حياة المتبرع للخطر:

لقد نص المشرع الكوردستاني صراحة على هذا الشرط في المادة(٣/اولا)من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨ (٠٠٠وان لايتسبب النقل في تعريض الشخص المتبرع لخطر جسيم على حياته او صحته)ومنه يتضح بأن المشرع أباح التصرف في الاعضاء بشرط ان لا يحدث هذا التصرف في صورة التبرع اي ضرر من شأنه ان يعرض حياة المتبرع للخطر او يهدد

سلامته البدنية من جهة اخرى. وان يكون المتبرع شخصا سليما غير مصاب بأمراض ولايكون هذا التبرع سببا في تدهور حالتة الصحية.

وتحسبا لاي خطر يهدد سلامة المتبرع البدنية او حياته جراء عملية النقل مستقبلا فقد اقترحت بعض الفقه في هذا المجال طريق التأمين،ويقصد بذلك اكتساب التأمين لصالح المتبرع سواء من طرف الدولة او من طرف المريض نفسه،فمادام تصرف المتبرع بعضوه البشري تصرفا بدون مقابل فلامانع من طمأنته وتوفير قدر من الحماية له. [1]

الشرط الثاني/ رضا المتبرع بالعضو البشري:

ان المتبرع ليس اداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء، انما هو انسان حر له حق في سلامة جسمه،وهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تتعلق بنظام العام ،وحمايتها امر تقتضيه مصلحة المجتمع،ومن ثم لايجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع بغير رضاه. [2]

وقد اشترط المشرع الكوردستاني ضرورة الحصول على رضا المتبرع لاباحة نقل الاعضاء من جسمه وعلى هذا الاساس سنبحث في شكل الرضا المطلوب في هذه العملية ومن ثم نتطرق الى اهم خصائصه.

١-شكل الرضا:الاصل ان الرضا طبقا للقواعد العامة ليست له صورة معينة فقد يصدر ضمنيا وقد يصدر صريحا بالقول او الكتابة،الا ان المشرع عندنا اشترط موافقة المتبرع خطيا وبصورة صريحة لما في ذلك من حماية للمتبرع نظرا لما تنطوي عليه عملية التبرع من خطورة يحتوي على تنازل عن احد اعضائه كما اشترط ايضا الحصول على موافقة خطية قبل اجراء عملية النقل مما يعني منح المتبرع الفرصة الكافية للتفكير واصدار مثل هذا الرضا .كما ان هذا الشكل من الرضا ينعكس على الطبيب ايضا فيجنبه اية مسؤولية قانونية عند قيامه بعملية النقل.

٢-الخصائص المتعلقة بالرضا:اشترط المشرع الكوردستاني لصحة رضا المتبرع بإستئصال عضو من جسمه لابد ان يصدر هذا الرضا عن ارادة حرة اي ان يصدر من شخص بالغ ،عاقل،متمتع بملكة ذهنية ونفسية سليمة.ولكي يكون كذلك يجب ان تتوافر فيه خصائص التالية:

أ. ان يكون الرضا متبصرا(مستنيرا) ب.ان يكون الرضا حرا ج.اهلية المتبرع

أ. ان يكون الرضا متبصرا(مستنيرا):فيقصد بالرضا المستنير هو الرضا الصادر من المتبرع بعد ماينفذ الطبيب التزامه بالتبصير وذلك بإطلاع المتبرع بالعضو على طبيعة عملية استئصال العضو من جسمه وزرعه فضلا عن جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال او في المستقبل، حتى يتمكن من تقدير حجم المخاطر التي قد يتعرض لها. [3]وبالعودة الى نصوص القانون الكوردستاني نجد انه قد اشار الى ذلك في المادة(٨)منه(لايجوز البدء بعملية النقل بقصد الزرع الابعد احاطة كل من الشخص المتبرع والمتلقي ..عن طريق اللجنة الثلاثية..بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب او البعيد...)

ب. ان يكون الرضا حرا:ويقصد بذلك ان تكون ارادته سليمة قادرا على ان يكون رأيا صحيحا وغير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا ويجب ان يظل هذا الرضا الى لحظة استئصال ،لذا يجوز للمتبرع العدول عنه في اية لحظة دون ان

---

(1)ينظر مروك نصرالدين،مصدر سابق،ص،٣٢٧.

(2)ينظر محمود علي السرطاوي:زرع الاعضاء في الشريعة الاسلامية،مجلة دراسات(الشريعة والقانون)،العدد الثالث،المجلد الحادي عشر-تشرين اول،١٩٨٤،ص٨٧.

(3)ينظر جاري بسمة،مصدر سابق،ص ١٩٤.

يتحمل اية مسؤولية وهذا مانص عليه المشرع بانه(يجوز للمتبرع او من استلزم القانون موافقته على التبرع ،العدول عن التبرع حتى قبل البدء بإجراء عملية النقل)المادة(٦)من قانون رقم(١)لسنة ٢٠١٨.

ج.أهلية المتبرع:اشترط قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق توافر الاهلية في الشخص المتبرع في المادة(٥)/ثانيا بقوله(لايقبل التبرع من الشخص عديم الاهلية او ناقصها حتى بموافقة والديه او من يمثله قانونا ..)

والاهلية في القانون المدني العراقي مناطها الادراك والتمييز وبلوغ سن الرشد،حيث نصت المادة(١/٤٦)من القانون المدني العراقي رقم٤٠لسنة١٩٥١المعدل على مايلي:(١–كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية)كمانصت ايضا المادة(١٠٦)من نفس القانون على ان(سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة).ومن خلال النصوص المذكورة يتضح لنا بأن المشرع منع التبرع من عديمي الاهلية اوناقصيها نهائيا حتى بموافقة والديهم ولايجوز له توكيل احد لنيابة في اعطاء الموافقة على عملية التبرع لذلك فالرضا الصادر من شخص قاصر ومجنون او معتوه يعد رضاء معيبا فلايجوز الاعتداء به مالم يكن صادرا ممن هو اهل له.الا ان المشرع اجاز بصورة استثنائية لعمليات زرع نخاع العظم وقيده بشرطين:الشرط الاول ان يكون مقتصرا على الوالدين او الابناء او فيما بين الاخوة والاخوات والشرط الثاني ان يصدر موافقة تحريرية من الوالدين او احدهما في حالة وفاة الثاني،او موافقة من لهالولاية او الوصاية عليه نائبا كان او ممثلا قانونيا. [1]

الشرط الثالث/امتناع المقابل المادي:

لا يجوز اعتبار الإنسان مالا قابلا للتداول وعليه لا يجوز بيع أعضائه سواء في الحياة او بعد الموت، لان الإنسان موضع التكريم في حياته وبعد مماته وبيع أعضائه ينافي هذا التكريم بل فيه امتهان للإنسان والإنسانية. [2]

لقد نص المشرع الكوردستاني في المادة (٤)(ولا يجوز نقل أي عضو او جزء منه او نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر الا إذا كان على سبيل التبرع)ومبدأ مجانية التبرع وهو في الحقيقة مبدأ اجتمعت كل التشريعات العربية والأجنبية عليه والسبب في ذلك ان حق الإنسان على جسده ليس بالحق المالي فهو يخرج عن دائرة التعامل فلا مجال لأن يكون محلا للمتاجرة.

ثانيا:الشروط المتعلقة بالمتلقي(المتنازل له عن العضو البشري):

من المبادئ المستقرة في الاعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه وفي مجال عمليات زرع الأعضاء فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا نظرا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض(المتبرع له) في المستقبل. [3]**أن الشروط المتطلب قانونا توافرها في المتبرع له بالعضو أو النسيج البشري تتفق مع تلك الواجب توافرها في جانب المتبرع مع وجود اختلافات بسيطة من حالة لأخرى سوف نبينها كما يلي:**

بعد صدور قانون عمليات تبرع وزرع اعضاء جسم إنسان في اقليم تتمثل هذه الشروط في:

١–أن يكون زرع العضو البشري الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له (المتلقي). ٢– رضا المتبرع له.

---

(1)ينظر المادة(٥)–ثانيا،ثالثا من قانون رقم(١)لسنة ٢٠١٨قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق

(2)ينظر د.سميرة عايد الديات،مصدر سابق،ص١٤٣.

(3)ينظر د.احمد شوقي ابوخطوة،مصدر سابق.ص ٨٨.

وسنتطرق لكل شرط على حده:

١-أن يكون زرع العضو البشري الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له(المتلقي)

لقد نص المشرع في المادة(٣)اولا(لا يجوز نقل اي عضو ،أو جزء منه ،او نسيج من جسم الإنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر الا في حالة الضرورة التي تقتضيها المحافظة على حياة الشخص المتلقي او علاجه من مرض فتاك، بشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة)

ومنه نستنتج أن المشرع يبيح اللجوء إلى زرع الأعضاء البشرية استثناءا للعلاج فقط بحيث لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا كانت الوسيلة الوحيدة للمحافظة على السلامة البدنية للمتبرع له والطبيب هو الذي يقدر درجة الحاجة لمثل هذه العمليات.

٢-رضا المتبرع له (المتلقي)

الاصل أن تتم الموافقة من المريض نفسه غير أنه إذا كان المريض غير قادر على التعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي فيصدرالرضا ممن يمثله قانونا،لان رضا المريض يعدشرطا ضروريا لاباحة الأعمال الطبية التي تقع على جسم الإنسان. [1] وهذا يعني أن رضا المريض ينفي الركن الشرعي للفعل الاعتداء.

وعلى الرغم من ذلك و تطبيقا للقواعد العامة في المجال الطبي تقتضي بأن الرضا الصادر عن المريض بخصوص التدخل الجراحي، قد يكون صريحا او ضمنيا يستفاد من ظروف الحال، بل يصح أن يكون مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضا صريحا او ضمنيا ولا يوجد من يمثله قانونا، ولكن ان الأمر يختلف في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.فنظرا لخطورة هذه العمليات وحداثتها، وعدم سيطرة الطبيب الجراح أحيانا على المخاطر التي من الممكن أن تنشأ عنها، يشترط أن يكون الرضا الصادر عن المريض مكتوبا، وعلى الطبيب الجراح أن يقدم الدليل الكتابي على رضائه بتدخل الجراحي،لانه يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المريض تكامله الجسدي. [2]

وهذا يعني قيام الطبيب بإجراء عملية الزرع دون اخذ رضا المريض معتمدا الرضا المفترض(الضمني)فإنه يسأل عنه جزائيا مما يجعل من العملية عملا غير مشروع ويسال عنه مسؤولية عمدية. [3]

أما بالنسبة لشكل هذا الرضا فإن المشرع عندنا لم يتعرض له سواء كان الرضا ضمنيا أو صريحا.وهذا يظهر من خلال أحكام المادة (٨)من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨(.... والحصول على موافقة الشخص المتبرع والمتلقى أو موافقة نائبه أو ممثلة القانوني إذا كان عديم الأهلية او ناقصها او موصي عليه إذا كانا متوفية وتحرر اللجنة محضرا لذلك يوقع عليه المتبرع والمتلقي مالم يكن غائبا عن الوعي أو نائبه أو ممثلة القانوني)ولكن من الناحية العملية وحسب القواعد العامة فإن الرضا يكون خطيا و بصورة مباشرة.

ثالثا:شروط المتعلقة بالاعمال الطبية:

إن هذه الشروط في الحقيقة هي شروط أو ضوابط قانونية عامة تتمثل أساسا في شروط الخاصة بممارسة الأعمال الطبية التي يبرر بناءا عليها التدخل الجراحي أو الطبي في صورته العادية أو حتى في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فضلا

---

(1)ينظرد.سميرة عايد الديات،مصدر سابق،خ١٠٨.

(2)ينظرد.محمد حمادمرهج الهيت،مصدر سابق،ص٣٤

(3)ينظرد.احمد شوقي ابوخطوة،مصدر سابق،ص ص٩٩-١٠٠.

عن الشروط الفنية التي تتعلق أساسا بعالم الطب وعلى هذا الأساس سوف نحدد الضوابط القانونية المتعلقة بالأعمال الطبية.[1]

١-الشروط الخاصة بممارسة العمل الطبي:

تتمثل هذه الشروط عموما في كل من صفة الطبيب،و غرض تحقيق الشفاء مع اتباع الأصول المهنية في التدخل الطبي. وذلك بتشخيص المرض وعلاجه وإعاده تكييف المريض،فالطبيب لابد أن يقصد تحقيق غرض العلاج أيا كان نوع التدخل الطبي الذي يمارسه. [2]

وفيما يخص اتباع المهنة الطبية فقد أجمع الفقهاء على هذا الشرط أن يكون الطبيب حاذقا في مجاله،يعطي العمل الطبي حقه واتخاذ ما يلزم من الاحتياطات في هذا المجال. [3]

٢- الشروط الطبية ذات الطبيعة الفنية

وهي تتمثل كل من الحالة الصحية للمتبرع والمتلقي، وحفظ العضو البشري ثم توافق الانسجة بين المتبرع والمتبرع له مع شروط مكان إجراء عمليات النقل والزرع.

أ-الحالة الصحية لكل من المتبرع والمتبرع له: بحيث يشترط في التبرع ان لايضر بالسلامة البدنية للمتبرع بالخطر ولا أن يهددحياته و أن لا يكون الطرفين مصابان بأمراض من طبيعتها أن تؤثر عليهما. [4]

ب-حفظ العضو: ان مدة صلاحية الأعضاء و الأنسجة البشرية تختلف من عضو أو نسيج لآخر وذلك بحسب تكوينه،ومن الحقائق العلمية الثابتة في هذا المجال ان بعض الأنسجة العظمية والشرايين يمكن أن تبقى صالحة لمدة زمنية طويلة،اما باقي الأعضاء فقط لا تتجاوز ساعات كالكلي وقد حاول الأطباء التغلب على هذه الظاهرة باستخدام تقنيات طبية مختلفة. [5]

وقد نص المشرع الكوردستاني في المادة(٢٦)اولا: من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨على ان(للوزير الموافقة على إنشاء مصرف للأعضاء و الأنسجة البشرية في أي مستشفى او مركز طبي لتجميع وحفظ وتجهيز انسجة زرع القرنية والأنسجة الأخرى لأغراض الزرع على أن تتوافر في تلك المؤسسة جميع الإمكانيات الفنية اللازمة)

ج-توافق الانسجة بين المتلقي والمتبرع:ويعتبر هذا الشرط أهم عنصر من عناصر عملية النقل والزرع لانه أخطر ما يهدد التطور الطبي في هذا المجال هو (ظاهرة رفض الأجسام الغريبة)من قبل أجساد المتبرع لهم،لاسيما عندما يكون المتبرع بين اشخاص لا تربط بينهم اي صلة قرابة أو رحم. [6]

٣-مكان اجراء عمليات النقل والزرع:

لقد أجمعت على هذا المتطلب الطبي جميع القوانين الخاصة بنقل وزرع الأعضاء اذ نصت صراحة على ضرورة إجراء هذه الممارسات في المستشفيات أو المراكز الطبية المتخصصة(التابعة للقطاع الخاص)شريطة أن تكون هـــذه المراكز

---

(1)ينظرمروك نصرالدين،مصدر سابق،ص٢٥٨.

(2)ينظرسميرة عايد الديات،مصدر سابق،ص٦٥.

(3)ينظر جاري بسمة،مصدر سابق،ص١١٩.

(4)ينظر جاري بسمة.نفس المصدر السابق،ص١٢٠.

(5)ينظر د.محمد عبدالوهاب الخولي،مصدر سابق،ص٢٨٩.

(6)ينظرمروك نصرالدين،مصدر سابق،ص٢٨٩.

الطبية حاصلة على الترخيص بإجراء هذه الممارسات من الجهات المختصة المعنية. [1]

ومن البداهة أن الشروط السابقة لا يمكن تحققها ما لم تتم ممارسات النقل والزرع من طبيب ذي خبرة، ومقدرة تؤهله لإنجاز هذا العمل بكيفية تضمن النجاح،كما أن مثل هذه الممارسات الطبية المهمة والخطيرة لا يمكن أن تتم إلا في المراكز الطبية المتخصصة، اذ تتوفر فيها المعدات والتجهيزات المتطورة والملاك الطبي المتطور مما يتحقق فيها تمام العملية بكيفية ملائمة وسليمة طبقا لأصول الفن الطبي.

وقد حدد المشرع في كوردستان كيفية منح الرخصة للمؤسسات الطبية المتخصصة بنصه على ذلك في المادة(١٣)من قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق(يصدر الترخيص للمؤسسة بإجراء عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناءا على موافقة اللجنة ويكون الترخيص لمدة(١)سنة واحدة تخضع فيها المؤسسة للرقابة والأشراف المستمرين في شأن ما يتم اجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن، ويجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية،فإذا ثبت الالتزام بالشروط والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل(٣)ثلاث سنوات)

الفرع الثاني

الشروط القانونية ذات الصلة بنقل الأعضاء من جثة الميت

لقد تطلب الفقهاء وأغلب التشريعات التي تنظم عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى لمشروعية المساس بالجثة واستئصال الأعضاء منها ضرورة توافر جملة شروط. ومن خلال العودة إلى أحكام مادتين(٩، ١٥)من قانون التبرع وزرع الاعضاء في جسم الإنسان في كوردستان يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط تتعلق بالمتوفى و شروط تتعلق بأقارب المتوفى:

اولا:الشروط المتعلقة بالمتوفى:

من خلال نص المادتين المذكورتين اعلاه نجد أن الشروط المتعلقة بالمتوفى يمكن تحديدها فيما يلي:

أ–أن يتم الاثبات الطبي الحاسم للوفاة

ب–رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته

أ–أن يتم الاثبات الطبي الحاسم للوفاة:

لقد أجمعت القوانين الخاصة بنقل و زرع الأعضاء على ضرورة قيام لجنة من الأطباء بالتحقق من موت الإنسان المراد استئصال أعضائه موتا يقينيا قبل اقدام الطبيب المنفذ لعملية الاستئصال على أن لا يكون هذا الطبيب من تشكيلة الكادر الطبي الذي سيتحقق من الوفاة وقد نص المشرع الكوردستاني على هذا الشرط من خلال المادة(١٥)(لا يجوز نقل أي عضو أو جزء منه أو نسيج من جثة المتوفى الا بعد ثبوت الوفاة ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر باجماع الاراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين...، ولا يجوز أن يكون للأعضاء اللجنة المذكورة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الانسجة)من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الكوردستاني قد أجازة نقل الأعضاء من الموتى غير أنه قيدها بشروط متعلقة بالدرجة الأولى بالاثبات الطبي الحاسم للوفاة،ووفقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة.

(1)ينظر د.محمد عبدالوهاب الخولي،امصدر سابق،ص١٨٨.

ويقصد بالإثبات الطبي للوفاة تحديد لحظة الوفاة والوفاة المعنية هنا هي الوفاة الحقيقية وليست الوفاة الحكمية. [1]أما بالنسبة لموقف المشرع الكوردستاني فإنه قد اوضح المقصود بالوفاة في المادة(١)عاشرا من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨(الوفاة: التوقف النهائي للقلب و التنفس أو تعطل وظائف الدماغ تعطلا كاملا لا رجعة فيه "الموت الدماغي")

ب. رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته:

إن الطبيب الجراح لا يستطيع بتر احد الأعضاء جثة ميت الا بعد صدور موافقة بذلك، وقد تصدر هذه الموافقة من الميت أثناء حياته أو من أسرته أو أقاربه المقربين بعد موته. [2]

و بناءا على ذلك يجب على الطبيب الجراح وقبل مباشرة نقل الأعضاء من جسد الميت،التحقق من إرادته بشأن هذه الممارسة وما إذا كان محل الإرادة الموافقة أم الرفض كما أوجبت ثبوت أرادة الميت المتمثلة بالموافقة على أخذ أعضائه بعد موته عن طريق الإيصاء اثناء حياته او الإقرار الكتابي المحدد وفقا للتعليمات الصادرة . [3]

لقد جاء في نص المادة(٩) من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨مايلي(.... إذا كان المتوفى قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية ،أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجب هذا القانون)

ثانيا:الشروط المتعلقة باقارب المتوفى:

إن معظم التشريعات تطلبت الحصول على موافقة أسرة الميت أوأقاربه بعد موته بشأن مسألة الإنتفاع بأعضاء جسده في حالة عدم أيصائه بذلك اثناء حياته.

وبالرغم من إجماع الفقه القانوني و القانون المقارن على إشتراط موافقة الأقارب في حالة عدم وصية منه على أخذ أعضائه إلا أن آراءهم بصدد مسألة تحديد هؤلاء الأقرباء وترتيبهم تعددت و تباينت فقد أظهرت هناك ثلاثة آراء وهي:

الرأي الأول: حدد الأقارب بالحاضرين قرب الميت

الرأي الثاني: حدد الأقارب بالإستناد إلى القواعد المنظمة للميراث

الرأي الثالث: حدد الأقارب على اساس الصلة بالميت

اوقد اخذ المشرع الكوردستاني بمنطق الاتجاه الاخير ونص في المادة(٩/ثانيا) من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨على(.... استحصال موافقة أقرب ذويه حتى الدرجة الرابعة....) كما وأن المشرع قد رسم شكل الموافقة بأن تكون موافقة تحريرية واخضعها لشرطين:

١. أن لا يكون الشخص المتوفى قد أوصى في حياته بالتبرع

٢. أن يتم التحقيق في الوفاة بصورة حاسمة

وقد إضاف المشرع شرطا آخر بالنسبة للمتوفيين الذين كانت وفاتهم موضوع تحقيق جنائي وذلك بمنع عمليات النقل من جثة هذا النوع من المتوفيين دون إذن من القاضي التحقيق المختص وهذا ما نصت عليه في المادة(٩)ثالثا من القانون رقم(١)لسنة ٢٠١٨(.... لا يجوز الاستئصال من جثة المتوفى إلا بإذن من قاضي التحقيق المختص إذا كانت الوفاة موضوع تحقيق جنائي)

---

(1)ينظر د.محمد عبدالوهاب الخولي،مصدر سابق،ص١٨٨.

(2)ينظر د.احمد شوقي عمرابوخطوة،مصدر سابق،ص٢٥.

(3)ينظر د.محمد عبدالوهاب الخولي،مصدر سابق،ص٢٦٥.

الفصل الثاني

احكام وموانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

في الحقيقة ان مسؤولية الطبيب تحتل مكانة بالغة لأنها تتعلق بحياة الشخص وبسلامة جسمه، فالطبيب من خلال عمله الطبي الموكل له لو ارتكب خطأ طبي ترتب عليه ضرر بسلامة الشخص تقوم عليها المسؤولية الجزائية سواء كان عمدا أو خطأ، وقد زادت تلك الأهمية نتيجة للتطور العلمي الكبير في مجال الطب وأساليب العلاجية المختلفة وخصوصا فيما يتعلق بأساليب إجراء العمليات الجراحية واستبدال الأعضاء البشرية ونقلها وزرعها، الأمر الذي يتطلب أقامة نوع من التوازن بين نشاط الطبيب وصحة المريض. [1]

ونظرا لخطورة هذا الموضوع اتجه التشريع لتنظيمها وتحديد إطار المسؤولية الجزائية للطبيب وحالاتها حسب انواع العمليات وقد عبر عن ذلك بوضع العقوبات الجزائية للأطباء،نتيجة لمخالفتهم هذه القواعد وبالمقابل قام بتنظيم موانع يحول دون معاقبتهم على ارتكاب أفعالهم المخالفة برغم من تطابق هذه الافعال مع نصوص عقابية وهذا ما سوف نبحثه في هذا الفصل

المبحث الاول

أساس المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

عرفنا من خلال الفصل الأول بأن أساس إباحة عمل الطبيب المتمثل بنقل وزرع الأعضاء يعد قائما من خلال استيفاء المتطلبات الطبية والقانونية التي تشكل إباحة هذه الممارسات ومن ثم انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب إلا انه بارتكابه احدى الصور غير مشروعة في التعامل بالأعضاء البشرية يكون تحت طائلة المسؤولية الجزائية و تطبق عليه النصوص العقابية التي تضمنتها القوانين الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وسوف نعرض ذلك ضمن هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: صور المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية

المطلب الثاني: تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الاول

صور المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية

يراد بالمسؤولية–بشكل عام– التزام الشخص بتحمل نتائج تصرفاته غير المشروعة المخالفة لواجب شرعي أو قانوني أو أخلاقي.

(1)ينظر امير فرج يوسف:خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية ،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،مصر،٢٠٠٠،ص٢٠.

اما المسؤولية الجزائية فإن التعريف الراجح لها هو انها(التزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر اركان الجريمة، وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي ينزله القانون بالمسؤول عن الجريمة). [1]

ويعتمد المشرع في تحديد المسؤولية الجزائيةعلى ما يسمى بالركن المعنوي و بعبارة أخرى على اتجاهات الإرادة فإذا اتجهت إلى الفعل والنتيجة الجرمية معا تحقق المسؤولية عن جريمة عمدية،أما إذا اتجهت الإرادة إلى الفعل دون النتيجة فهنا تكون المسؤولية عن جريمة غير عمدية. [2]

وقدتبين الفقه نظرية مسؤولية الأطباء الجزائية عن أخطائهم الجسيمة،والتي ترجع من الناحية الجزائية إلى أهمالهم،ورعونتهم وتقصيرهم الذي لا يغتفر ولقد قطعت مساءلة الأطباء شوطا كبيرا واصبح من الممكن مساءلة الطبيب حتى عن الخطأ البسيط. [3]

وسوف نتطرق إلى هذه المسؤولية من خلال الفرعين:

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية العمدية للطبيب

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية الغير عمدية للطبيب

الفرع الاول

المسؤولية الجزائية العمدية للطبيب

يعد العمد(الخطأ العمدي) الصورة الأولى المسؤولية الجزائية،وهو أخطر صورها على أساسها سميت المسؤولية بالمسؤولية العمدية التي تستند إلى القصد الجرمي والذي يشكل الصورة الأساسية للمسؤولية وقاعدتها الأولى إذ تنصرف فيه أرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي وإلى ما يترتب عليه من نتيجة جرمية. [4]

في الحقيقة أن الجرائم العمدية تفوق بعددها الجرائم غير العمدية بكثير في جميع القوانين العقابية للدول لهذا تعد الجرائم في الاصل عمدية الا إذا نص المشرع صراحة على كونها جرائمه خطأ. [5]

أن جوهر التجريم في المسؤولية الجنائية العمدية الناشئة عن العمل الطبي هو وجود جريمة نشأت عن عمل طبي ضار أوقعه الطبيب على جسم إنسان.

ومن اجل اعتبار السلوك الانساني جريمة بمعناها القانون الجزائي يجب ان تتوافر فيه شروط وعناصر معينة وهي الشروط وعناصر اللازمة لتحقق الجريمة وقيامها وهي ماتسمى بأركان الجريمة.

واركان الجريمة نوعان:نوع الاول تسمى الاركان العامة وهي التي تميز الجريمة عن الفعل المباح اي غير الجريمة من السلوك الانساني ونوع الثاني تسمى الاركان الخاصة وهي التي يميز جريمة ما عن غيرها من الجرائم الاخرى. [6]

والذي يعنينا هنا هو الاركان العامة للجريمة التي تقوم على ثلاثة أركان وهو الركن المادي و الركن المعنوي والركن الشرعي.

---

(1)ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري:الوافي في القسم العام من قانون العقوبات،مكتبة السنهوري،بغداد،دون سنة الطبع،ص٤٩٢.

(2)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي:المبادئ العامة في القانون العقوبات،مطبعة الرسالة،الكويت،١٩٨٢،ص٣٣٢.

(3)ينظر خالد مصطفى فهمي،مصدر سابق،ص٤٨٧.

(4)ينظر د.احمد فتحي السرور:الوسيط في القانون العقوبات،ج١،القسم العام،دار النهضة العربية،بيروت،١٩٨١ص٥٢٥.

(5)ينظر د.احمد فتحي السرور،نفس المصدر السابق،ص٥٢٦.

(6)ينظر د.علي حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،مصدر سابق،ص١٣٧.

اولا: الركن المادي للجريمة:

وقدعرف المشرع العراقي الركن المادي للجريمه بأنه"سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أوالامتناع عن فعل أمربه القانون" [1]

والركن المادي تتكون من ثلاثة عناصر وهي السلوك الإجرامي والنتيجة الاجرامية وعلاقة سببية بين السلوك والنتيجة. [2]

ثانيا: الركن المعنوي للجريمه :

يتحقق الركن المعنوي للجريمه العمدية بتوافر عنصريه الإرادة والإدراك ويراد بالإرادة–حرية الاختيار–بأنها قدرة الإنسان على توجيه نفسه إلى عمل معين أو الامتناع عنه .كما يراد بالإدراك– التمييز– بأنه استعداد الشخص أو قدرته على فهم ماهية افعاله وتقدير نتائجها. [3]

وقد ذهب رأي إلى انتفاء الركن المعنوي للطبيب في الجريمة لان إرادته لم تتجه إلى الإضرار بمريضه،وإنما اتجهت إلى تخليصه من مرضه أو تخفيف الآمه الا أن هذا الرأي لم يصمد أمام النقد الذي وجه إليه بانه أخلط بين عناصر القصد والباعث. [4]وخصوصا بعد صدور قوانين خاصة بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتضمن جرائم خاصة اكثرها تنطبق على الأطباء في حالة مخالفة احكامها والتي تتوافر فيها جميع أركان الجريمة بشكل صريح.

ثالثا: الركن الشرعي للجريمه:

الجريمة في جوهرها سلوك غير مشروع وتتاتى عدم المشروعية من إنطباق السلوك وسواء كانا فعلا أو امتناعا مع نص في القانون يجرمه مما يعني أن للركن الشرعي عنصرين هما:

١–إنطباق السلوك على قاعدة قانونية الجزائية إيجابية أي نص تجريم.

٢–عدم توافر سبب من أسباب الإباحة بالنسبة لهذا السلوك.

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية الغير عمدية للطبيب

حدد المشرع العراقي الجريمة غير العمدية في المادة(٣٥)من قانون العقوبات العراقي حيث نصت على انه(تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالا أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة و الأوامر)وعلى وفق هذا النص فإنه الجريمة تكون غير عمدية في حالة حصول النتيجة الجرمية بسبب خطأ الفاعل من دون أن تتجه إرادته إليها وعلى أساس ذلك فإن المسؤولية المترتبة على الجريمة غير العمدية توصف بأنها مسؤولية غير عمدية. [5]

ومن الملاحظ أن الجراإئم غير العمدية المنصوص عليها في القانون العراقي ليس فيها ما يعد جناية بل أنها من الجنح والمخالفات وهذا يعني أنها اقل جسامة من الجرائم العمدية. ويكفي لتحقق المسؤولية غير العمدية وقوع إحدى صور

---

(1)قانون العقوبات رقم ١١١لسنة ١٩٦٩وتعديلاته ،المادة(٢٨).

(2)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي.مصدر سابق،ص١٤٠.

(3)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي.نفس المرجع السابق،ص١٤٩.

(4)ينظر خالد مصطفى فهمي،مصدر سابق،ص٤٩٧.

(5)ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري،مصدر سابق،ص٤٦.

الخطأ المنصوص عليها في المادة(٣٥)من قانون العقوبات العراقي المشار إليها أعلاه المتمثلة في الإهمال والرعونة وعدم الانتباه وعدم الاحتياط وعدم مراعاة القوانين والأنظمة و الأوامر.

ومن الجدير بالذكر أنه جميع الجرائم المنصوص عليها في(قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان العراق) جرائم من نوع الجرائم العمدية لذلك لم ندخل في كثير من تفاصيل الجرائم غير العمدية.

المطلب الثاني

تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

يهدف قانون العقوبات والقوانين العقابية المكملة له إلى حماية مصالح المجتمع وخاصة مصالح الأفراد،حيث يعاقب كل من يتعامل مع أعضاء الجسم البشري متبرع كان او مريض او طبيب.في الحقيقة يستند أساس المسؤولية الجزائية الطبية بصفة عامة على خطأ طبي،[1]ولاتثار في هذا المجال المسؤولية الجزائية العمدية الا في حالات خاصة ومن هذه الحالات هي مسؤولية الأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. [2]وعليه سوف نبحث في اهم حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب بصدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفروع الآتية:

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفة الغرض العلاجي أو مجانية التبرع

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة إجراء عملية نقل وزرع الاعضاء في مؤسسات غير مرخص لها بذلك

الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل عضو من الجثث

الفرع الاول

المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفة الغرض العلاجي أو مجانية التبرع

وقد نص المشرع الكوردستاني في المادة(١٧)اولا من قانون رقم(١)لسنة٢٠١٨على(يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على(٧) سنوات وغرامة لا تقل عن(١٠) عشرة ملايين دينار عراقي ولا تزيد على(٢٠)عشرين مليون دينار كلا من نقل عضوا بشريا أو جزءا منه بقصد الزرع بصورة مخالفة لاحكام المواد(٣، ٤، ٥، ٩)من هذا القانون...)

وبالنظر إلى المواد المشار إليها في المادة المذكورة نرى أنها تتضمن وجوب انطباق عمليات النقل والزرع مع الضوابط والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ومع الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبها والا يتعرض الفاعل للمساءلة الجزائية ،كما يجب أن يكون الغرض من النقل والزرع هو غرض علاجي وبدون مقابل أي أن يكون على سبيل التبرع حيث يحظر نقل الأعضاء أو أجزائها من إنسان حي او ميت إلا في حالة الضرورة العلاجية. [3] وتقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حالتين:

---

(1)ينظر امير فرج يوسف،مصدر سابق،ص٧.

(2)ينظر خالد مصطفى فهمي،مصدر سابق،ص٤٠٥.

(3)ينظر د.عبدالوهاب عرفه،المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي،ط١،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،مصر،٢٠٠٩،ص١٣٢.

الحالة الأولى مخالفة الغرض العلاجي: وبما انه زراعة الأعضاء البشرية أصبحت من الناحية الطبية وسيلة من وسائل العلاج الناجعة،يلجأ إليها عندما يخفق وسائل العلاج الأخرى،[1]ومن أهم شروط هذه العملية هي أن تكون بغرض العلاج كما يشترط أن يكون زرع العضو البشري هو الوسيلة الوحيدة التي لا بديل لها لإنقاذ حياة المريض وقد إشارة المادة(٣)اولا من قانون رقم(١) سنة٢٠١٨الى انه(لا يجوز نقل أي عضو أو جزء منه...الا في حالة الضرورة التي يقتضيها المحافظة على حياة الشخص المتلقي أو علاجه من فرض فتاك بشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة...)لذلك من واجب الطبيب عندما يمارس نشاطه الطبي ان يكون هدفه علاج المريض فقط دون الوصول إلى هدف آخر كتجربة طبية أو تجارة مثلا فإذا قصد الطبيب في غير ذلك وحاد عن الغرض العلاجي قامت المسؤولية الجزائية في حقه. [2]

الحالة الثانية: مخالفة مجانية التبرع:

أنعكاسا لمبدأ حرمة وقدسية الجسم البشري والارتقاء به عن دخول في مجال المعاملات المالية حرمت غالبية التشريعات حماية الجسم البشري بتكريس مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية. [3]

ويعتبر سبب نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو مجانية التبرع وفي هذا الاتجاه سار المشرع الكوردستاني واعتبر هذا المبدأ شرطا لاباحة العملية،على الرغم من أن هذا الشرط تخلف تدريجيا في وقت الحاضر تحت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث تحولت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بعدما كانت تشكل مساسا بسلامة الجسد البشري في نظر البعض وبداية تقبله من طرف المجتمعات إلى تجارة غير قانونية من قبل العصابات و السماسرة وبمساعدة بعض الاطباء ومشاركة الجهات ما يسمى بالبنوك الأعضاء البشرية. [4]

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة إجراء عملية نقل وزرع الاعضاء في مؤسسة غير مرخصة بذلك

لقد قام المشرع الكوردستاني بتجريم اجراء عملية نقل وزرع الاعضاء خارج المؤسسات الطبية المرخص لها وقد جاء في المادة(١)الحادي عشر من قانون رقم(١) لسنة٢٠١٨بتعريف المؤسسة بأنها(اي مؤسسة صحية مرخص لها لإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية سواء،كانت اهلية ام حكومية)والهدف من ذلك هو ضبط العمل داخل مؤسسات الطبية بحيث تتم إجراء تلك الجراحات تحت البصيرة الجهات الطبية المختصة،والتي لها حق متابعة العمل في المؤسسات الطبية،و تتوافر فيها جميع الاجهزة والتجهيزات الطبية اللازمة وبالتالي فإنه انتزاع الطبيب لأي عضو من أعضاء البشرية في غير هذه الأماكن تقوم المسؤولية الجزائية في حقه. [5]

---

(1)ينظر عارف علي القرهداني،قضايا فقهية في نقل الاعضاء البشرية،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة،،نشر من قبل الجامعة الاسلامية العالمية لجلات،٢٠١١،ص٦٢.

(2)ينظر زهدور اشواق:المسؤولية الجزائية للطبيب ناجمة عن نقل وزرع الاعضاء البشرية والاتجار بهما،جامعة مستعانم،الجزائر،دفاتر السياسة والقانون،العدد٢٠١٦،٢٤،ص١٢٠.

(3)ينظر ماجد جاوي علوان الربيعي،حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي،-دراسة مقارنة-،ط١،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،دون مكان النشر،٢٠١٥،ص٤٥٠.

(4)ينظر يوسفاوي فاطمة،مصدر سابق،ص٢٦٢.

(5)ينظر خالد مصطفى فهمي،مصدر سابق،ص٦٦٩.

الفرع الثالث

المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل غير المشروعة من الجثث

أن الطبيب الجراح قد يقدم على نقل الأعضاء من جثة ميت قبل الحصول على موافقة الأقرباء ودون توصية من الميت أو قبل التحقق من موته يقينيا وسوف نبحث المسؤولية الجزائية للطبيب في كل حالة من هذه الحالات غير المشروعة في نقل الأعضاء من الاموات ضمن هذا الفرع وذلك في اولا وثانيا.

اولا: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل الأعضاء من جثة الميت دون استئذان

ثانيا: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل الأعضاء من جثة الميت قبلة تحقق من موته

أولا: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل الأعضاء من جثة الميت دون استئذان

ان تشريح جثث الاموات بغرض الحصول على أعضائها لإغراض العلاجية يعد مباحا بشروط ومتطلبات ومن اللازم على الطبيب مراعاتها لثبوت اباحتها ومن ثم عدم مساءلته من الناحية القانونية ولكن قد يحصل العكس عند عدم مراعاة الطبيب الجراح متطلبات نقل الأعضاء من جثة إنسان متوفي وبالتالي تكون ممارسات تشريح الجثة و استئصال أعضائها غير مشروع قانونا.

ان من المتفق عليه لدى الفقه الجنائي والقانون المقارن أن الاعتداء على جثة ميت ببتر أحد أجزائها من قبل الطبيب الجراح بصورة غير المشروعة يعد اعتداء على الجثة بالكامل. [1]

ويعد التشريع العراقي من بين أكثر تشريعات حرصا على التجريم الاعتداء على جثث الاموات أذ افرد لها نصوصا خاصة بينت اركانها والعقوبات التي تفرض على من يرتكبها،البعض منها تتضمنها قانون العقوبات العراقي المعدل وتحديدا المادة(٣٧٤) منه والتي نصت على انه (يعاقب بالحبس مدة... وبغرامة... من انتهك عمدا حرمة جثة اوجزء منها او رفات ادمية أو حسر عنها الكفن...)والبعض الآخر فقد تضمنها قانون مصارف العيون رقم(١١٣)لسنة١٩٧٠إذ نصت المادة الخامسة من هو على ما يأتي(يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس... أو بغرامة.. او بكلتا العقوبتين وإذا وجد نص قانوني آخر يعاقب على المخالفة ينطبق النص الاشد عقوبة)

يتبين من النص السابق أنه إذا كان العضو المستأصل من جثة الميت(العين)فيتم تحديد مساءلة الطبيب جنائيا وفقا لاحكام االمادتين(٣٧٤)من قانون العقوبات بوصفها جريمة انتهاك أو إتلاف جثة الميت وبدلالة المادة الخامسة من قانون مصارف العيون،نظرا المخالفة الطبيب متطلبات النقل المحددة في القانون المذكور ونظرا لتشديد العقوبة في قانون العقوبات.كما نصت المادة الرابعة من (قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥)لسنة١٩٨٦)على انه (يعاقب بالحبس...وبغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام هذا القانون).

ولكن مانلاحظ على النصوص السابقة أنه بالرغم من تشديد بصدد تجريم هذا النوع من الجرائم والتشديد في العقوبات الخاصة بها إلا أن الأخيرة ظللت غير ملائمة لمخاطرة هذه الجرائم لذلك جاء المشرع العراقي في قانون خاص بتحديث هذه العقوبات باسم (قانون عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم(١١) لسنة٢٠١٦).

---

(1)ينظرصفاء حسن العجيلي:الاهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة،دراسة مقارنة،ط١،مكتبة الحامد للنشر والتوزيع،،عمان،الاردن،٢٠١١،ص١٦٥.

وفي إقليم كوردستان يوجد لدينا القانون رقم(١)لسنة ٢٠١٨ –موضوع بحثنا–والذي جاء بنصوص صارمة في هذا المجال على تجريم نقل الأعضاء من جثة المتوفى دون توصية منه قبل وفاته بوصية موثقة او مثبتة في اية ورقة رسمية، أو إقراره بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجب هذا القانون أو قبل استحصال موافقة أقربائه حتى الدرجة الرابعة ووفقا للمتطلبات المحددة في القانون المذكور وذلك في المادة(٩)منه. وبالتالي فإن قيام الطبيب بنقل أي عضو أو جزء منه او نسيج من جثة المتوفي قبل الحصول على توصيته في حالة حياته أو قبل موافقة ذويه تقوم المسؤولية الجزائية في حقه ويعاقب العقوبة المقررة لمخالفة هذه المتطلبات وفقا لاحكام المادة(١٧) من قانون المذكور أعلاه كما يسأل الطبيب عن ممارسة هذه العملية ايضا بالنسبة للجثث الاموات في الأماكن غير مرخص بها ذلك أو مخالفة الغرض العلاجي ومبدأ مجانية في العملية. [1]

ثانيا:المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل الأعضاء من جثة الميت قبل التحقق من وفاته يقينا

ان موضوع مسؤولية الطبيب الجزائية عند ممارسة نقل الأعضاء من جثث المتوفين قبل التحقق من موتهم يقينا، يثار على الأغلب في نطاق نقل الأعضاء من المرضى المصابين بالموت الدماغي– موت خلايا المخ–واعضائهم الأخرى تعمل بفعل أجهزة الإنعاش الصناعي،إذ يقدم الطبيب الجراح على وقف تلك الاجهزة والبدء بتنفيذ عملية نقل العضو من المريض قبل التأكد من الموت الحقيقي للخلايا المخ عمدا أو نتيجة خطأ بالتشخيص. [2]**وقد اختلف الفقه في تحديد المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة فصله لاجهزة الإنعاش الصناعي وقد ذهب جانب من الفقه للقول بمساءلة الطبيب جزائيا عن امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض الذي هو في حالة خطرة وكذلك مساءلته عن إيقافه بجريمة القتل العمد.** [3]

اما الاتجاه الآخر فقد ذهب إلى القول بأنه مسؤولية الطبيب عن جريمة القتل مخففة لأن الجاني يبتغي مصلحة المريض لا المصلحة الخاصة ،ويترتب على ذلك أن يكون الباعث شريفا فتقلل من خطورة الاجرامية للفاعل فيكون هنا القتل اقل خطورة. [4]

وهناك حالة اخرى مغايرة يقوم الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش عن المريض نتيجة لخطأ وذلك لاعتقاده انه توفي إلا أن قيامه بذلك يكون دون إجراء الفحوصات اللازمة لتحديد الوفاة فإذا قام بذلك تقوم المسؤولية الجزائية عن جريمة القتل العمد. [5]

لقد قام المشرع في كوردستان بحسم هذا الموضوع وذلك بتجريم عملية نقل أي عضو أو جزء منه أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت وفاته يقينا ويعاقب مرتكبها بجريمة(القتل العمد مع سبق الاصرار)إذا ادت هذه العملية إلى وفاة

---

(1)ينظرمعاشو لخضر:النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية،–دراسة مقارنة–اطروحة دكتوراه،جامعة ابي بكر بلقايد،تلمسان،٢٠١٤–٢٠١٥،ص ص٥٦٨–٥٦٩.

(2)ينظرد.محمود احمد طه،المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة،اكاديمية نايف للعلوم امنية،الرياض،٢٠٠١،ص٣١٨.

(3)ينظرمحمد شديفات صفوان:المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية،–دراسة مقارنة–،دون طبعة،دار الثقافة للنشر والتوزيع،دون مكان النشر،٢٠١١،ص٣١٨.

(4)ينظرمحمد شديفات صفوان:نفس المصدر السابق،ص٣٢٠.

(5)ينظر معاشو لخضر،المصدر السابق،ص٥٧٥.

الشخص وكان الجاني عالما بذلك. كما قام بتحديد إجراءات ومتطلبات اللازمة لثبوت لحظة الوفاة ثبوتا يقينا بحيث تستحيل بعده عودته إلى الحياة. [1]

كما يسأل الطبيب المختص عن ممارسة عملية نقل من جثة المتوفى عندما كان في نفس الوقت عضوا في اللجنة التي قررت ثبوت وفاته،كما يسأل جزائيا عندما كان احد اعضاء اللجنة الخاصة بإصدار قرار ثبوت الوفاة واصدرت هذه اللجنة قرارا بالوفاة من غير إجراء الفحوصات اللازمة و المنصوص عليها في القانون المذكور لإثبات ذلك.

المبحث الثاني

أثر المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إذا قامت المسؤولية الجزائية في حق الطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حال مخالفته للشروط والمتطلبات القانونية لإجراء هذه العمليات أو حالة ثبوت تورطه في عمليات مشبوهه وجب توقيع العقوبة القانونية المحددة لذلك ما لم يكن هناك مانع من موانع المسؤولية الجزائية وعليه سنتطرق الى ذلك خلال مطلبين:

المطلب الاول: العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الاول

العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد أن عرفنا الجرائم التي يمكن تصور وقوعها في حالة نقل وزرع الأعضاء البشرية لغايات غير مشروعة ودون خضوعها لشروط وضوابط القانونية المنصوص عليها لتلك العمليات .

عليه لابد أن نبحث في العقوبة التي سيتعرض لها الطبيب علما بأن هذه الجرائم لا يمكن تصور وقوعها إلا من قبله لكونه الوحيد القادر على القيام بالأفعال المشار إليها سابقا بغرض الاستفادة من عضو البشري،وذلك برغم من تصور وقوع أشخاص آخرين من غير طبيب في هذه الجرائم وعن طريق تحقق صورة من صور الاشتراك في الجريمة المنصوص عليها في القوانين العقابية.

ففي قانون العقوبات العراقي حددت المادة(٤٨) صور المساهمة الجنائية فنصت على ما يأتي(يعد شريكا في الجريمة١– من حرض على ارتكاب بها فوقعت بناءا على هذا التحريض٢–من اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناءا على هذا الاتفاق ٣–من إعطاء الفاعل سلاحا او الآلات او أي شيء آخر...) وبما ان موضوع بحثنا هو معرفة الافعال غير المشروعة التي من المحتمل القيام بها الطبيب اثناء عمليات النقل والزرع وجزاء الجنائي الذي سوف يناله عند ثبوت تلك الافعال لذلك لانخوض في مسؤولية اشخاص اخرين من غيري ذي صفة الطبيب.

وبشأن البحث عن العقوبة للجرائم المشار اليها سابقا نرى ان المشرع الكوردستاني حدد جزاء الأطباء الذين ينتهكون قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية بمخالفتهم لاحكام (قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان –العراق–)وتختلف هذه العقوبات من جريمة إلى أخرى وفقا للقانون المذكور الذي خصص(الفصل الخامس)منه بالعقوبة في

(1)ينظرالمادتين(١٥)و(٢١)من قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق–

المواد(١٧الى٢٣)ويمكن تقسيم هذه العقوبات إلى عقوبات اصلية وعقوبات تكميلية وسوف نبحث في ذلك من خلال فرعين:

الفرع الاول: العقوبة الاصلية

الفرع الثاني: العقوبة التكميلية

الفرع الاول

العقوبة الاصلية

وهي الجزاء الأساسي الذي نص عليه المشرع وقدره للجريمة ويجب على القاضي أن يحكم به عند ثبوت إدانة المتهم ولا يمكن تنفيذها على المحكوم عليه الا إذا نص عليها القاضي صراحة في حكمه. ويمكن أن يقتصر عليها الحكم لأن هي الجزاء المفروض في القانون للجرائم لتحقيق الأغراض المستوحاة من العقاب. [1]

وقد حدد المشرع العراقي العقوبات الاصلية في المادة(٨٥)من قانون العقوبات بـ (الإعدام،السجن المؤبد،السجن المؤقت،الحبس الشديد،الحبس البسيط،الغرامة،الحجز في مدرسة الفتيان الجانحين،الحجز في مدرسة اصلاحية). [2]

وانطلاقا مما تقدم نجد بأن العقوبات الاصلية في قانون(التبرع وزرع االعضاء في جسم الإنسان في كوردستان –العراق–) هي(الاعدام مع الغرامة أو السجن المؤقت مع الغرامة)والتي نص عليها في المواد من(١٧الى٢٢)وتختلف هذه العقوبات الاصلية من جريمة إلى أخرى وفق أركان كل جريمة على حدها وقد بحثنا فيها سابقا.

الفرع الثاني

العقوبة التكميلية

تتمثل العقوبة التكميلية بكونها جزاءات ثانوية التي تلحق المحكوم عليه بشرط أن يأمر القاضي بها.فهي تشبه العقوبة التبعية [3]**في كونها لا تلحق بالمحكوم عليه إلا تبعا لعقوبة اصلية،ولكنها تختلف عنها في أنها لا تلحق المحكوم عليه حتما بقوة القانون،**[4]**بل يجب لذلك أن ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الاصلية وقد نص المشرع العراقي عليها في المواد(١٠٠–١٠٢) من قانون العقوبات العراقي وتشمل الحرمان من بعض الحقوق والمزايا والمصادرة ونشر الحكم.**

وقد حددت المادة (٢٣)من القانون رقم (١)لسنة ٢٠١٨العقوبات التكميلية خاصة في جرائم منصوص عليها في القانون المذكور كالاتي:

اولا: الحرمان من مزاولة المهنة مدة لا تزيد على(٥)خمس سنوات.

---

(1)ينظر د.علي حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،مصدر سابق،ص٤١٤.

(2)ينظر قانون العقوبات رقم ١١١لسنة١٩٦٩.

(3) لم نتطرق الى البحث في العقوبة التبعية لان قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان لم ينص على نوع هذه العقوبة ضمن انواع العقوبات المنصوص عليها فيه ومن جهة اخرى فإن هذه العقوبات يستتبع المحكوم عليه بحكم القانون ولو لم ينص عليها القاضي في حكمه بعقوبة اصلية،كما ونص عليها قانون العقوبات العراقي في المواد(٩٦، ٩٩).

(4)ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري،مصدر سابق،ص٧٧٧.

ثانيا: غلق المؤسسة الطبية غير المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء التي ارتكبت فيها الجريمة،مدة لا تقل عن (٢)شهرين ولا تزيد على(١) سنة واحدة ويحكم بغلق المكان نهائيا إذا لم يكن من المؤسسات الطبية.

المطلب الثاني

موانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

في الحقيقة أن موانع المسؤولية تدخل ضمن القواعد القانونية الموضوعية العامة التي تخضع لها جميع الجرائم والعقوبات على اختلاف أنواعها لذلك فإنها غير منصوص عليها في قوانين العقابية الخاصة وإنما تدخل ضمن المبادئ العامة لقانون العقوبات وعليه فإن(قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان العراق)كقانون عقابي خاص جاء خاليا من تنظيم موانع المسؤولية ضمن نصوصها لذلك عندما نريد البحث في تلك الموانع بالنسبة للمسؤولية الجزائية الطبيب علينا العودة إلى المبادئ العامة لقانون العقوبات العراقي الذي تكلم عن هذه الموانع في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الأول تحت عنوان المسؤولية الجزائية و موانعها في المواد(٦٠الى٦٥).

ويعرف البعض موانع المسؤولية الجزائية (أنها الحالات التي تجرد فيها الإيرادات من القيمة القانونية). [1]

وهذه الموانع منها ما تكون عارضة أي طارئة بفعل عوامل خارجية كحالة الجنون اوعاهة العقل وحالة سكر غير الاختياري والإكراه و الضرورة ومنها الطبيعي وهو صغر السن ويمثل مرحلة من مراحل العمر يمر بها كل إنسان قبل أن تكتمل لديه الملكات الذهنية ببلوغ مرحلة التميز. [2]

لذلك سوف نتطرق إلى البحث عن اسباب موانع المسؤولية الجزائية وأثرها في العقاب من خلال فرعين:

الفرع الاول: اسباب موانع المسؤولية الجزائية

الفرع الثاني: أثر موانع المسؤولية الجزائية في العقاب

الفرع الاول

اسباب موانع المسؤولية الجزائية

تكلم قانون العقوبات العراقي عن موانع المسؤولية ونص على أسباب مختلفة إذا توافرت واحد منها امتنعت مسؤولية صاحبه وإن هذه الأسباب تحيط بكل ما من شأنه فقد الإدراك أو الاختيار أو كليهما لذلك سوف نتطرق إلى كل منها على انفراد:

اولا: فقد الإدراك أو الإرادة بسبب الجنون أوعاهة في العقل:

أن المشرع العراقي لم يعرف الجنون وإنما ترك تحديد قيامهو تحققه لأهل خبرة من رجال الطب العقلي والنفسي. [3]

وقد تبنى المشرع في قانون العقوبات مبدأ عدم مساءلة المجنون جنائيا مع أجازته للمحكمة بأنها إذا وجدت ان المجنون المجرم خطرا على الأمن ان تأمر بإيداعه في مصحة للامراض العقلية. [4]

---

(1)ينظر د.على حسين الخلف،د،سلطان عبدالقادر الشاوي.مصدر سابق،٣٥٥.

(2)ينظرد.جمال ابراهيم الحيدري،مصدر سابق،ص٥٦٩..

(3)ينظرد.جمال ابراهيم الحيدري،نفس المصدر السابق،ص٥٧.

(4)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،المصدر السابق،ص ص٣٦٠-٣٦١

هذا ولكي يحكم بعدم مسؤولية المتهم جزائيا، يتعين على مقتضى المادة(٦٠) من قانون العقوبات العراقي أن يكون فاقد الإدراك أو الإرادة وقت ارتكاب الفعل المكونة للجريمه بحيث لا يقدر نتائج افعاله.

ثانيا: فقد الإدراك أو الإرادة بسبب السكر أو التخدير لتناول مواد مسكرة أو مخدرة

وقد عالج المشرع العراقي حالة السكر والتخدير في المادة(٦٠)من قانون العقوبات مع حالة الجنون وعاهة العقل وتتطلب نفس الشروط المتمثلة بفقد الإدراك أو الإرادة وقت ارتكاب الجريمة وذلك أن الإدراك في حالتين ينحرف كما أن السيطرة على الإرادة تنتفي على نحو محسوس،هذا يعني أن شرب الخمر أو ما نحوه ليس في حدذاته مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، فالاهمية تبرز عندما لايتوافر الإدراك أو حرية الاختيار بسبب الخمر أو المخدر.[1]

وعلى أساس ذلك تحتوي حالة السكر والتخدير بمقتضى المادة(٦٠) من قانون العقوبات صورتين هما:

الصورة الاولى: يكون فيها السكر والتخدير قهريين(اجباري)أي يتناول الجاني المادة المسكرة او المخدرة تحت تاثير الإكراه سواء كان ماديا أم معنويا أو استجابة لضرورة تتمثل في علاج مرض خطير.[2]

أما الصورة الثانية: يكون فيها الجاني قد وقع في غلط بشأن طبيعة المادة حيث يتناولها وهو لا يعلم أنه من خصائصها التخدير، كأن يعتقد أنها دواء،[3]ويشترط لكي يعد السكر أو التخدير مانعا للمسؤولية الجزائية أن يؤدي إلى فقد الإدراك أو الإرادة.

ثالثا :الإكراه:

وقد نص المشرع العراقي على الاكراه باعتباره سبب لامتناع المسؤولية الجزائية وذلك في المادة(٦٢) حيث جاء فيها(لا يسأل جزائيا من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطيع دفعها) وتفيد عبارة النص أن الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي يمنع اقيام مسؤولية الفاعل الجزائية ولكن يبقى الفعل جريمة ويشترط في الإكراه ا المانع للمسؤولية الجزائية توافر شرطين هما:

الشرط الاول: عدم استطاعة دفع القوة المادية أو المعنوية التي صدر عنها الإكراه.

الشرط الثاني: كون القوة المذكورة غير متوقعة. إذ لو كانت متوقعة لكان بالامكان تفادي الخضوع لها.

رابعا:الضرورة:

نصت المادة(٦٣) من قانون العقوبات إلى حالة الضرورة باعتبارها مانع من موانع المسؤولية الجزائية مفادها انه توجد ظروف تهدد النفس أو المال بخطر جسيم محدق لا سبيل الى دفعه الا بارتكاب جريمة.[4]

وتتطلب حالة الضرورة شروط تضمنتها المادة(٦٣) من قانون العقوبات وهي على نوعين هما شروط تخص الخطر وشروط تخص الفعل المرتكبة تحت تاثير الخطر.[5]

---

(1)ينظر د.احمد فتحي السرور،مصدر سابق،ص٥١١.

(2)ينظر د.محمود نجيب حسني،مصدر سابق،ص ٥٠٠.

(3)ينظر د.محمود نجيب حسني ،نفس المصدر السابق،ص ٥٠٤٠

(4)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،مصدر سابق،ص ٣٦٢.

(5)ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري،مصدر سابق،ص٥٩٢.

النوع الاول:شروط الخطر:

١-كون الخطر يهدد النفس أو المال

٢-أن يكون الخطر جسيما

٣-أن يكون الخطر حالا

٤-أن لا يكون الفاعل قد تسبب عمدا في إيجاد الخطر

٥-أن لا يكون الفاعل ملزما قانونا بمواجهة الخطر

النوع الثاني:شروط فعل الضرورة:

١-أن لا يكون في وسع الجاني التخلص من الخطر بوسيلة غير الجريمة

٢-التناسب بين الفعل المكون للجريمه والخطر المراد اتقاؤه

هذا وبتحقق شروط الخطر وشروط فعل الضرورة يترتب أثر حالة الضرورة المتمثل بامتناع مسؤولية الفاعل الجزائية عن الجريمة التي ارتكبها. [1]

خامسا:صغر السن:

من المتفق عليه في جميع القوانين أن الفرد لا يبلغ درجة التميز إلا بعد أن يصل إلى سن معينة من عمره. [2]

وقد راعى المشرع هذه الحقيقة فجعل صغر السن مانعا من المسؤولية الجزائية في سنوات الأولى من الحياة.وعلة امتناع مسؤولية الصغير هي انتفاء التميز لديه ،وتعليل انتفاء التميز انه يتطلب توافر قوى ذهنية قادرة على تفسير المحسوسات و إدراك ماهية الأفعال وتوقع آثارها ولا تتوافر هذه القوة الا إذا انضجت في الجسم الأجزاء التي تؤدي العمليات الذهنية و توافر قدر من هذه العمليات. [3]

وصغر السن المانع من المسؤولية الجزائية هو ما لم يصل به السن بعده تمام(التاسعة)من العمر وفقا للقانون العراقي أما عندنا في اقليم كوردستان صغر السن المانع من المسؤولية هو ما لم يصل به بعد الى تمام(الحادية عشر)من العمر فإن أتم هذا السن المشار إليه من العمر زال عنه مانع المسؤولية. [4]

الفرع الثاني

أثر موانع المسؤولية الجزائية في العقاب

بعد أن بحثنا في موانع المسؤولية عرفنا أنها تؤثر في الإدراك أو الإرادة أو في احدهما لذلك فهي ذات طبيعة شخصية.بمعنى تتصل بالفاعل ولا علاقة لها بالجريمة في ذاتها الأمر الذي يترتب عليه أن مانع المسؤولية تتسم بنطاق شخصي يقتصر على من توافر المانع لديه ولا يمتد إلى سواه ممن ساهمة معه في ارتكاب الجريمة. وبما انه توافر المانع لا يؤدي إلى زوال الصفة الجرمية عن الفعل وإنما يبقى الفعل جريمة وتنتفي مسؤولية مرتكبه وتمنع تبعا لذلك معاقبته. [5]

---

(1)ينظر د.محمود نجيب حسني،مصدر سابق،ص ٥٢٣.

(2)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،مصدر سابق،ص ٣٩٦.

(3)ينظر د.محمود نجيب حسني،المصدرالسابق،ص٦١٤.

(4)ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري،مصدر سابق،ص ص٥٧٠.

(5)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،المصدر السابق،ص ص٣٦٠-٣٦١

غير أن هذا لا يمنع من جواز اتخاذ التدابير الاحترازيه إذا وجدت لها ضرورة حيث يتوافر شروطه وهو الخطورة الاجرامية كما أن مانع المسؤولية لا يؤثر على المسؤولية المدنية فهذه تبقى قائمة على الرغم من امتناع المسؤولية الجزائية. [1]

وعلينا ان نلاحظ ان مانع المسؤولية الجزائية لا يرتب أثره في امتناع المسؤولية الجزائية الا إذا توافر وقت ارتكاب الجريمة، [2]**وهذا ما نصت عليه صراحة المواد الخاصة بموانع المسؤولية في قانون العقوبات العراقي وبموجب نص المادة(٢-١) من نفس القانون(.... يرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى وقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتيجتها)**

وبناء على ما تقدم نرى أن آثار المترتبة على موانع المسؤولية اذا توافرت شروطها لها نفس النتيجة بالنسبة للجناة المختلفة دون النظر إلى الجريمة بذاتها لذلك تمنع المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالنسبة لجرائم المحددة في(قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان العراق)لانه كما أشرنا إلى ذلك سابقا أن الموانع المسؤولية لها طبيعة شخصية متصلة بالفاعل أي مرتكب الجريمة وهذا احتمال وارد بالنسبة لجميع انواع الجرائم المنصوص عليها في القوانين العقابية الخاصة.ولكن بالنظر لاسباب الموانع المشارة اليها اعلاه نرى ان بعضا منها لايمكن تصوره كمانع للمسؤولية الطبيب مثلا (صغر السن)لايجوز ان يكون شخص ما طبيبا وهو دون سن التميز لصغر سنه كما لايجوز ان يسمح لشخص ما ان يعمل كطبيب اذاكان هذا الشخص مجنونا او اصيب بالجنون بعد ان اصبح طبيبا ولكن بحثنا عن هذه الاسباب من ضمن الاسباب الاخرى كما نص عليها في قانون العقوبات العراقي.

وهناك نقطة اخرى ضمن بحثنا وهي(الضرورة)لقد بحثنا فيها مرتين المرة الاولى ضمن النظريات الموجودة كأساس المشروعية لعمليات النقل وزرع الاعضاء البشرية والثانية كأحد اسباب موانع المسؤولية الجزائية للطبيب و عرفنا ان لكل منهما اثار تختلف عن الاخرى من خلال مابحثنا في ذلك ضمن خطتنا لهذا البحث.

(1)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،نفس المصدر السابق،ص ص٣٦٠-٣٦١

(2)ينظر د.على حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي،نفس المصدر السابق،ص ص٣٦٠-٣٦١

الخاتمة

بعد أن انتهينا و بعون الله عز وجل من البحث يتضح لنا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أحدث العمليات الطبية اكتشافا وقد تبنت اغلبية التشريعات الوضعية هذه العمليات وفق منظومتها القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الكوردستاني فقد أباح هذه العمليات وحدد قواعدها وشروطها في (قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان –العراق–).

وقد اعتبر التشريع في كوردستان أي خروج أو مخالفة لهذه الضوابط والقواعد هو سببا لقيام المسؤولية الجزائية للطبيب وحدد الجرائم التي يقوم بها الطبيب أثناء قيامه بهذه العمليات وتنوعت هذه الجرائم بين جرائم ترتكب على الأحياء او الاموات.

وعليه توصلنا إلى النتائج التالية:

١–يتجه اغلب التشريعات في الوقت الحاضر إلى إجازة الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان الحي والميت في حالات الضرورة وأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تستمد أساسها من القانون وذلك بوضع الإطار القانوني لها من قبل المشرع من خلال (قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان –العراق–) ووضع شروط خاصة للتقيد بها من قبل الأطباء تحت طائلة المسائلة القانونية الجزائية من أجل تحقيق الغاية المراد تحقيقها منها.

٢–إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب أن يتم وفقا للنظام العام أو الآداب العامة من حيث مشروعية المحل فلا يجب التنازل عن الأعضاء الوحيدة غير المتجددة كالقلب من إنسان الحي ،وعدم استئصال الأعضاء التناسلية لمنع اختلاط الانساب وأن يكون غرض الاستئصال علاجيا.

٣–تستلزم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية توفر عدة شروط من أجل ضمان نجاحها ولحماية اطرافها حيث نكون أمام موازنة صعبة بين مصالح متعارضة وخاصة بين الأحياء.

٤–المشرع في كوردستان حددت جرائم وعقوبات في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من قبل الأطباء في قانون واحد وهو (قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الإنسان في كوردستان العراق رقم (١)لسنة لسنة٢٠١٨.

وعلى الرغم من أن المشرع الكوردستاني وضع تشريع خاص ينظم نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء نقلها من جسم الإنسان حي او شخص متوفي إلى أن هذا التنظيم يحتوي على بعض النواقص والفراغات القانونية وتأسيسا على ذلك نقدم التوصيات التالية:–

١–التوصية الأولى ذات الصلة بالمشرع الكوردستاني ويتعلق بالمستشفيات اللازم إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيها إذ يجب على المشرع أدراج نص صريح ضمن قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان بمنع إجراء هذه العمليات في المستشفيات الخاصة التابعة للقطاع الخاص وقصر ممارستها في المستشفيات والمراكز الطبية الحكومية

فقط لكونها لا تهدف من وراء إجراء هذه العمليات فيها إلى تحقيق ربح مما يضيق من اتساع دائرة الاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية.

٢–ضرورة أحكام الرقابة على عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لاستبعاد أي جرائم يمكن أن تحدث أثناء ذلك.

٣–نقترح على المشرع في كوردستان أن يلزم بإيجاد تأمين خاص الزامي بالمتبرع على كل خطر محتمل وقوعه في المستقبل نتيجة الاستئصال حيث يساعد ذلك في عدم تلقي بدل مادي من المريض.

٤–من أجل تجنيب المجتمع ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية أو الحد منها لابد من تحمل الدولة جميع نفقات عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتعويض المتبرع تعويضا مناسبا لقاء عملية القائم على أساس التضامن الإنساني و التكافل الاجتماعي.

٥–على الجهات الصحية المختصة بتنظيم ندوات ومؤتمرات حول المسؤولية الطبيبة من أجل تجنيب الأطباء الوقوع تحت طائلة المسائلة الجنائية.

٦–على وزير الصحة اتباع خطوات عملية لانشاء مصرف لتجميع وحفظ الاعضاء والانسجة البشرية لكي لايضطر المريض من اللجوء الى طرق غير مشروعة لحصول عليها عند الضرورة.

المصادر:

القرآن الكريم

اولا:

1. د.احمد شوقي ابو خطوة،القانون الجنائي والطب الحديث،دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية،دار النهضة العربية،القاهرة.
2. د.امير فرج يوسف:خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية،دون طبعة،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،مصر،٢٠٠٠.
3. جاري بسمة:التصرف في الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون"دراسة مقارنة"،دون طبعة،كوكب العلوم،الجزائر،٢٠١٢.
4. د.جمال ابراهيم الحيدري:الوافي في القسم العام من قانون العقوبات،مكتبة السنهوري،بغداد،دون سنة الطبع.
5. د.حسام الدين كامل الاهواني:المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية،دون طبعة،عين شمس،القاهرة،مصر،١٩٧٥.
6. خالد مصطفى فهمي:النظام القانوني لزرع الاعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالاعضاء البشرية–في ضوء القانون ٥لسنة٢٠١٠والاتفاقيات الدولية والتشريعات،–دراسة مقارنة–،دار الفكر الجامعي،مصر،٢٠١٢
7. د.احمد فتحي السرور:الوسيط في القانون العقوبات،ج١،القسم العام،دار النهضة العربية،بيروت،١٩٨١.
8. د.ادريس عبد الجواد عبدالله،الاحكام الجنائية المتعلقة بزرع ونقل الاعضاء البشرية،بين الاحياء،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع،الاسكندرية،٢٠٠٩.
9. د.حسن عودة زعال:التصرف الغير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي،ط١،دار الثقافة للنشروالتوزيع،عمان،٢٠٠١.
10. د.سميرة عايد الديات،عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن،١٩٩٩.
11. د.صفاء حسن العجيلي:الاهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة،دراسة مقارنة،ط١،مكتبة الحامد للنشر والتوزيع،،عمان،الاردن،٢٠١١.
12. د.عارف علي القرهداني،قضايا فقهية في نقل الاعضاء البشرية،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة،،نشر من قبل الجامعة الاسلامية العالمية لمجلات،٢٠١١.
13. د.عبدالوهاب عرفه،المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي،ط١،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،مصر،٢٠٠٩.

14.د.علي حسين الخلف،د.سلطان عبدالقادر الشاوي:المبادئ العامة في القانون العقوبات،مطبعة الرسالة،الكويت،١٩٨٢
15.د.ماجد جاوي علوان الربيعي،حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي،–دراسة مقارنة–،ط١،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،دون مكان النشر،٢٠١٥.
16.د.مأمون عبدالكريم:رضا المريض عب الاعمال الطبية والجراحية–دراسة مقارنة–،دار المطبوعات الجامعية،٢٠٠٩.
17.د.محمد حماد مرهج الهيتي،التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي،دارالثقافة،عمان،الاردن،٢٠٠٤.
18.د.محمد سامي الشوا،مسؤولية الاطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات،ط٢،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٣.
19.محمد سعيد خليفة:الحق في الحياة وسلامة الجسد،دراسة القانون المدني والشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،٢٠١٠.
20.محمد شديفات صفوان:المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية،–دراسة مقارنة–،دون طبعة،دار الثقافة للنشر والتوزيع،دون مكان النشر،٢٠١١.
21.د.محمد عبدالوهاب الخولي،المسؤولية الجنائية للاطباء،ط١،بلادار نشر ومكان نشر،١٩٩٧..
22.د.محمد على البار،الفشل الكلوي وزرع الاعضاء البشرية،الدار الشامية،بيروت،بلا سنة نشر.
23.د.محمود احمد طه،المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة،اكاديمية نايف للعلوم امنية،الرياض،٢٠٠١.
24.د.محمود علي السرطاوي:زرع الاعضاء في الشريعة الاسلامية،مجلة دراسات(الشريعة والقانون)،العدد الثالث،المجلد الحادي عشر–تشرين اول،١٩٨٤.
25.د.محمود نجيب الحسني:شرع قانون العقوبات(القسم الخاص)،دون الطبعة،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،١٩٨٤.
26.مروك نصرالدين:الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية–دراسة مقارنة–،ط٠١،الديوان الوطني للاشغال التربوية،الجزائر،٢٠٠٣.
27.د.منذر الفضل:التصرف القانوني في الاعضاء البشرية،ط١،دار آفاق للطباعة،بغداد،١٩٩٠.
28.د.مهند صلاح احمد فتحي العزة،الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية.٢٠٠٢.

ثانيا:الاطروحات والرسائل الجامعية:

1. فوزية هامل،الحماية الجنائية للاعضاء البشرية في ظل القانون،رسالة ماجستير،جامعة الحاج لخضر،بانتة،٢٠١١–٢٠١٢.
2. محمد عبدالوهاب عبدالمجيد،المسؤولية الجنائية للاطباء الناشئة عن استخدام الاساليب العلمية الحديثة في الطب،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،١٩٩٧.
3. معاشو لخضر::النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية،–دراسة مقارنة–اطروحة دكتوراه،جامعة ابي بكر بلقايد،تلمسان،٢٠١٤–٢٠١٥.

ثالثا:المقالات والبحوث:

1. **خلدون فوزي قندح، د.محمد فواز محمد المطالقة:نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء في التشريع الاردني،بحث منشور بمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،المجلد/١١،لسنة/٦،العدد/٢٠.**
2. **زهدور اشواق:المسؤولية الجزائية للطبيب ناجمة عن نقل وزرع الاعضاء البشرية والاتجار بهما،جامعة مستعانم،الجزائر،دفاتر السياسة والقانون،العدد،٢٠١٦.**
3. **كمال لدرع:الاعضاء الصالحة لنقل وزرع طبيا وموقف الفقه الاسلامي منها،جامعة الامير عبدالقادر للعلوم الاسلامية،قستطينة.**

القوانين:

1. **قانون التبرع وزرع اعضاء جسم الانسان في كوردستان–العراق رقم(١)لسنة(٢٠١٨) المشور في وقائع كوردستان،العدد(٢٢١)في(٢٠١٨/٢/٢٢).**
2. **قانون العقوبات رقم ١١١لسنة ١٩٦٩وتعديلاته .**
3. **قانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة١٩٥١.**
4. **قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم(٨٥)لسنة ١٩٨٦.**
5. **قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم(١١)لسنة٢٠١٦،الوقائع العراقية،العدد/٤٤٠٥، ١٦آيار٢٠١٦م السنة السابعة والخمسون.**
6. **قانون مصارف العيون رقم(١١٣)لسنة١٩٧٠.**