

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

النجف الاشرف

المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

ضياء نور كاظم وتوت

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الاستاذ الدكتور هادي حسين الكعبي

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقِفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة الصافات , آية : 24)

الاهداء

الى من تألم بألمي قبل ان أتألمه

و حزن بحزني قبل أن احزنه

الى معلمي ومرشدي وموجهي

الى من اغتم لأجلي وطار فرحا بفرحي

الى من سهر ليلا و قصد صعبا واحرج احيانا من أجلي

الى أبي اهدي هذا الجهد.....

الشكر والتقدير

كل الشكر والتقدير والامتنان لأستاذنا الدكتور هادي حسين الكعبي

.....

وشكري وتقديري الى كل معلم ومدرس وأستاذ رفقنا بالعلم والتربية

والتقويم والتعليم.....

وشكري وتقديري لكل موظف ساهم بمساعدتنا في هذا البحث.....

ونرجو من العلي العظيم ان يقدرنا على رد هذا الفضل ولو بالدعاء.....

إقرار المشرف

أشهد أن إعداد رسالة الماجستير للطالب ((ضياء نور كاظم)) الموسومة ب ((المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية - دراسة مقارنة)) قد جرت تحت اشرافي في معهد العلمين للدراسات العليا ، وانها صالحة للمناقشة .



التوقيع :

اللقب العلمي : أستاذ /
الاسم : د. هادي حسين عبد الله العبد
العنوان : كلية القانون / جامعة بابل
التاريخ : ٢٠١٧ / ١ / ٢

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن رسالة الماجستير الموسومة بـ (المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية – دراسة مقارنة) للطلاب (ضياء نور كاظم) قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية و إنهاصالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية .

 : التوقيع

اللقب العلمي : م . د

الاسم : وداد حامد عطشان السلامي

العنوان : جامعة الكوفة

التاريخ : / / ٢٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

اقرار لجنة المناقشة

نحن اعضاء لجنة المناقشة نشهد اننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ ((المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية - دراسة مقارنة)) المقدمة من قبل الطالب (ضياء نور كاظم وتوت) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها ونرى انها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.


أ.د. ضمير حسين المعموري

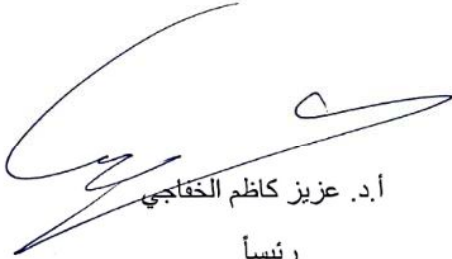
عضواً

٢٠١٧/٨/٢٦


أ.م.د. علي شاكّر البدري

عضواً

٢٠١٧/٥/٢٦


أ.د. عزيز كاظم الخفاجي

رئيساً

٢٠١٧/٥/٢٦


أ.د. هادي حسين الكعبي

عضواً و مشرفاً

٢٠١٧/٥/٢٦

صدقت الرسالة من مجلس معهد العلمين للدراسات العليا بجلسته المؤرخة في ٢٦/٨/٢٠١٧ .


أ.م.د. عباس عبود عباس
عميد معهد العلمين للدراسات العليا

٢٠١٧/ /

المحتويات

الصفحة	الموضوع
	المقدمة.....
	الفصل الاول اطراف عملية النقل والزرع.....
	المبحث الاول // مانح الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول / مانح الاعضاء البشرية الحي.....
	الفرع الاول/ رضاء المانح.....
	الفرع الثاني /مجانية منح الاعضاء البشرية.....
	المطلب الثاني / الاعضاء الممنوحة من الجثث البشرية.....
	الفرع الاول/ الوصية بمنح الاعضاء البشرية.....
	الفرع الثاني /حالة انعدام الوصية.....
	المبحث الثاني // ناقل وزارع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول/ شروط ممارسة الاعمال الطبية وحرية الناقل والزارع باختيار مرضاه.....
	الفرع الاول/ شروط ممارسة العمل الطبي.....
	الفرع الثاني/ حرية الناقل والزارع باختيار مرضاه.....
	المطلب الثاني / الاعضاء البشرية التي يمكن للطبيب نقلها وزرعها.....
	الفرع الاول / الاعضاء البشرية التي يجوز نقلها وزرعها.....
	الفرع الثاني / الاعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها وزرعها.....
	المطلب الثالث / الاعضاء البشرية المستنسخة.....
	المبحث الثالث / المتلقي.....
	المطلب الاول / اهلية المتلقي.....
	الفرع الاول /عدم القدرة على التعبير.....
	الفرع الثاني / انعدام الاهلية.....
	المطلب الثاني / رضاء المتلقي.....
	الفصل الثاني// الطبيعة القانونية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المبحث الاول // المسؤولية العقدية والتقصيرية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول / المسؤولية العقدية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول / اركان المسؤولية العقدية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الثاني / مميزات وخصائص عقد نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الثالث / حجج الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية.....
	المطلب الثاني / المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....

الصفحة	الموضوع
	الفرع الاول / اركان المسؤولية التقصيرية في نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الثاني / حجج الاتجاه القائل بأن مسؤولية نقل وزرع الاعضاء البشرية هي مسؤولية تقصيرية.....
	المطلب الثالث / الرأي الراجح للطبيعة القانونية لنقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المبحث الثاني // المشاكل القانونية المؤثرة في تحديد نوع المسؤولية.....
	المطلب الاول / مشكلة الناقل و الزارع العقدية عن فعل غيره من الاطباء والاشياء.....
	المطلب الثاني / مشكلة المسؤولية التقصيرية للناقل والزارع عن فعل غيره من الاطباء والاشياء.
	المطلب الثالث / الحالات الاستثنائية التي تؤثر في تحديد نوع المسؤولية.....
	الفصل الثالث/ الآثار القانونية لعملية نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المبحث الاول/شروط قيام المسؤولية في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول/الخطأ في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول /تعريف الخطأ في عمليات نقل وزرع الاعضاء.....
	الفرع الثاني / انواع الخطأ في عمليات نقل وزرع الاعضاء.....
	الفرع الثالث / التدرج في خطأ عمليات النقل والزرع.....
	المطلب الثاني/الضرر في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول / تعريف الضرر في عمليات نقل وزرع الاعضاء.....
	الفرع الثاني/ شروط تحقق الضرر في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الثالث/ علاقة السببية في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول / مفهوم رابطة العلاقة السببية في عمليات النقل والزرع.....
	الفرع الثاني/ اثبات علاقة السببية في عمليات نقل وزرع الاعضاء.....
	الفرع الثالث/ نفي العلاقة السببية في عمليات النقل والزرع.....
	المبحث الثاني// الدعاوى الناشئة في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول/ الإجراءات التأديبية عن الاخطاء في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الثاني/ أثر الحكم الجزائي امام القضاء المدني في عمليات النقل والزرع.....
	الفرع الاول/تأثير الحكم الجزائي امام القضاء المدني الذي يقضي ببراءة المدعى عليه.....
	الفرع الثاني/ تأثير الحكم الجزائي امام القضاء المدني الذي يقضي بإدانة المدعى عليه.....
	المطلب الثالث /الدعوى المدنية في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول/ الدعوى المدنية التبعية للدعوى الجزائية في عمليات نقل وزرع الاعضاء.....
	الفرع الثاني/ الدعوى المدنية المستقلة في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....

	الموضوع
	المبحث الثالث/التعويض في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الاول/ انواع التعويض عن الضرر في عمليات النقل والزرع وانواعه
	الفرع الاول/ انواع التعويض.....
	الفرع الثاني / طرق التعويض في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	المطلب الثاني/ تقدير التعويض عن الضرر في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.....
	الفرع الاول/ كيفية تقدير التعويض في عمليات النقل والزرع.....
	الفرع الثاني/ وقت تقدير التعويض.....
	الخاتمة.....
	المصادر والمراجع.....
	الملخص باللغة الانكليزية والفرنسية.....

المقدمة

المقدمة

اولا - موضوع البحث

الحمد لله خالق الدنيا والاخرة , ورب الدنيا والاخرة , ومالك الدنيا والاخرة , ومدير الدنيا والاخرة , 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 فرعاً من هذه المواضيع المهمة هو عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ومسؤولياتها .

ان هذا الموضوع هو حيوي وقديم بدأ بزراعة 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 تمتد 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 اطلعنا 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 الفقهية , وكذلك تحديد نوع المسؤولية في هذه العمليات.

ثالثا - أهمية البحث

لبحثنا اهمية كبيرة , لارتباطه بديمومة حياة الانسان , وسلامة جسده , وتمتد 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 .

وإنَّ الحق في امتداد حياة الانسان , هو في قمة اولويات المشرعين , فلا تنهض المسؤولية الا بتحقيق 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 انعكس 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 الآخرين في هذا الصعيد , ونخرج بقانون له سمة الحياة الطويلة.

2- الأهمية العلمية : تبرز 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 - الأهمية الإنسانية : لبحثنا 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- الأهمية في المجال الطبي : وعندما 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 يحذوهم الى التقدم ومحاوله الارتقاء في مجال عملهم .

رابعاً - نطاق البَحث

أولاً - النِطاق التَشريعي : يَشمل 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 , مستنديين على القانون العراقي ومقارنته مع القوانين الاخرى .

ثانياً - النِطاق المَوْضوعي : يدور الموضوع في الأصل في اطراف عملية النقل والزرع وتكييف التصرف القانوني والمسؤولية المتحققة التي تُرتب الآثار على كُل الأطراف مما يستلزم البَحث عن ما أورده فقهاء القانون عن هذا المَوْضوع .

خامساً - مُشكلة البَحث

يثير موضوع المسؤولية المدنية في نقل وزرع الاعضاء البشرية اشكاليات كثيرة , بدأ 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 الجزئيات 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.

سادساً - منهج البَحث

في بحثنا هذا استعملنا المنهج التحليلي والمقارن , مع أخذنا بنظر الإعتبار استعمال التأصيل التاريخي القانوني في موضوع المسؤولية المدنية لزرع ونقل الأعضاء البشرية , فالعلاقة بين الطب والقانون هي علاقة متبادلة يؤثر احدهما بالآخر , فكثير من الأعمال الطبية كانت غير مشروعة بسبب احتمالية فشلها الكبير , وبالتقدم العلمي قلت نسبة المتوقع من الضرر فأباح

القانون هذه العمليات، فحاولت في فحوى هذه الرسالة أن أجمع الآراء الحديثة التي طرحت واستعرض الأدلة ومناقشتها و المقارنة بينها و ترجيح ما يرى بحجة على غيره وتعزيزه بالأدلة ، مستعينا بذلك بالتشريعات العراقية والمقارنة والقرارات القضائية ، و في إطار الفقه الاسلامي دأبت على الأخذ بالآراء المجمع عليها لدى المذاهب الاسلامية ، ومناقشة بعض الآراء المخالفة للأجماع .

سابعا - صعوبات البحث

واجهنا في هذه الرسالة صعوبات كثيرة كمنّت الاولى فيها (بعدم وجود قرار قضائي) يخص موضوعنا مباشرة ، فبحثنا في اغلب المحاكم العراقية ولم نجد سوى شكوى جزائية تم غلقها في محكمة المحمودية ، لعدم كفاية الأدلة في عام 1993 ، فضلا عن الى ندرة القرارات القضائية عموماً في المجال الطبي .

و لاقينا صعوبة اخرى تمثلت بعدم تعاون الدوائر الصحية مع موضوع بحثنا هذا ، ولكن كان أكثر ما واجهناه من مشقة تمثل في ترجمة المصادر باللغة الفرنسية ، إذ إن أغلب المترجمين غير مختصين بالقانون ، فاضطررنا الى الاستعانة بمترجمين مختصين من خارج العراق .

ثامنا - خطة البحث

ابتدأنا في الفصل الأول بمعالجة اطراف هذه العملية وما تتضمنه 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 .

وأردفنا فصلنا الأول بآخر ، لتوضيح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء البشرية كي تُحدد هذه المسؤولية بكونها مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ، وعلى مبحثين .

أما الفصل الثالث فكان موضوعه النظام القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية الذي يتضمن شروط قيام المسؤولية في هذه العمليات والدعوى الناشئة بسبب ذلك وتعويض الضرر من هذه العمليات .

أسأل الله العلي العظيم أن يوفقنا في تحقيق الغاية من بحثنا هذا ومن الله نستمد عزماً والله ولي التوفيق والحمد لله رب العالمين .