



كلية العلوم والمعارف
رسالة التخرج من الدراسات العليا مرحلة الماجستير
في قسم قانون الخاص

عنوان الرسالة
المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي في
نقل وزراعة الاعضاء البشرية
(دراسة مقارنة)

إشراف الأستاذ
الدكتور السيد مهدي ميرداداشي

الباحث
حسين جليل حسون البوشويب

الرقم الجامعي
٩٥١٣٧٣٨٥

٢٠١٩ م

١٤٤٠ هـ. ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

❁ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من

الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ❁

صدق الله العلي العظيم

سورة الأسماء - الآية (٧٠)

**لا مانع من الاستفادة من هذه الرسالة في حال ذكر المصدر و اما
نشرها في البلاد فيتم بمراعات شروط جامعة المصطفى العالمية**

**مسئوليت مطالب مندرج در اين پايان نامه به عهده نويسنده
ميباشد و هر گونه استفاده از اين پايان نامه با ذكر منبع بلامانع
ميباشد و نشر آن در داخل کشور منوط به اخذ مجوز از جامعة
المصطفى العالمية ميباشد**

**We do not mind to take advantage of this masters
thesis in case the source and either deployed in the
country are subjected to the provisions of Al-
Mostafa International University.**

الإهداء

الاهداء الى

- والدي ... اطل الله في عمره وأمدّه بالصحة والعافية
- والدتي ... اطل الله في عمرها وأمدّها بالصحة والعافية
- من أقاد صبرها وتشجيعها قناديل الأمل ... زوجتي شكراً وحباً

شكر وامتنان

بعد أن وفقني الله في إنجاز هذا الجهد المتواضع فلا بد من أن أقف وقفة شكر وامتنان إلى

جامعة المصطفى العالمية وإلى السادة أعضاء لجنة المناقشة كما أتقدم بالشكر الجزيل والثناء الجميل إلى أستاذي المشرف السيد (مهدي مير داداشي) الذي تعدى حدود واجبات المشرف كثيرا، و أنار طريقي بتوجيهاته الرشيدة و آرائه السديدة، وأرشد بحثي بمصادر مكتبته فأغناني كثيرا ووفر لي جهدا كبيرا فجزاه الله عني خير الجزاء ووفقه لما يرضاه، وابلغه غايته ومبتغاه وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث ولا سيما العاملين في المكتبات العامة، وكذلك أصدقائي في الدراسة الذين فضلهم لا ينسى لما بذلوه من جهد كبير.

الملخص

تعددت الأسس التي اقترحتها الفقه القانوني بصدد تحديد أساس المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الاعضاء البشرية، فمنهم من قال بأن الأساس الذي يستند إليه هو رضا المتصرف المقترن بالمصلحة الاجتماعية، ومنهم من قال بأنه السبب المشروع أو الباعث الدافع إلى التصرف، ومنهم من جعل الأساس حالة الضرورة، بيد ان هذه الأسس جميعاً لا يعول عليها الا في حال غياب التشريع الذي يحسم أي خلاف حينما ينص على إباحة تصرف ما فيصبح المتصرف مستعملاً لحق مقرر له بمقتضى القانون مع ملاحظة ان اسباغ القانون طابعاً شرعياً على هذا التصرف لا يكون مطلقاً بل مقيداً باختلاف الآراء الفقهية والتشريعية حيال تحديد شروط المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الاعضاء البشرية الواجب توفرها عند الإقدام على أي تصرف قانوني بعضو بشري ومجملها .

تحقق التراضي بين المتصرف والمتصرف إليه والتراضي لا يكون صحيحاً الا بكمال الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، وان لا يكون التصرف بالعضو البشري منطوياً على مساس بالنظام العام والآداب العامة كالتصرف المفضي إلى وفاة المتصرف أو أصابته بعاهة مستديمة أو ذلك المفضي إلى اختلاط الأنساب.

وكما يؤكد قانون نقل وزرع الأعضاء البشري والاتجار بها العراقي المرقم ١١ لسنة ٢٠١٦ في المادة ثانياً (لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حتى بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب) كما يستهدف هذا التصرف بالعضو البشري تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمتصرف إليه المريض، ولا بأس ان كان الهدف من وراء ذلك هو تحقيق مصلحة علمية قد تعود بالفائدة على المجتمع والمريض في آن واحد، وان إجراء أي عمل جراحي من شأنه بتر عضو من جسم شخص بغية زرعه في جسم شخص آخر يجب ان تقرر ضرورته لجنة طبية مختصة ومخولة بمقتضى القانون باتخاذ مثل هذا القرار، فتتولى عندئذ تبصير كل من المتصرف والمتصرف اليه او تنبئهما بتبعات هذا التصرف ونتائجه المؤكدة والمحتملة هذا إذا كان المتصرف حياً اما إذا كان ميتاً فمهمة هذه اللجنة تنصرف بالدرجة الأساس إلى التيقن من وفاته لغرض الشروع باستئصال الأعضاء من جثته، وكما يؤكد القانون العراقي الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشريه (بأن نقل وزراعة الأعضاء هي عبارة عن نقل نسيج من شخص متبرع حي بموافقة او ميت وفقاً للموازين الشرعيه والقانونيه)

الكلمات المفتاحية: المسؤولية، المدنية، الطبيب، الخطأ الطبي، الاعضاء، البشرية.

قائمة المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
المقدمة	١
اولا : بيان المسألة	١
ثانيا : اهمية البحث	٢
ثالثا : مشكلة البحث	٢
رابعا : اسئلة البحث	٢
أ-السؤال الرئيسي:	٢
ب-الأسئلة الفرعية للبحث:	٢
خامسا : فرضيات (الأصلية والفرعية):	٢
١ - الفرضية الاصلية	٢
٢- الفرضيات الفرعية	٣
سادسا : صعوبات البحث	٣
سابعا : الدراسات السابقة	٣
ثامنا : منهجية البحث :	٤
تاسعا : خطة البحث	٤

الفصل الأول: المفاهيم العامة

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية للطبيب وانواعها	٧
المطلب الأول: تعريف المسؤولية المدنية لغةً واصطلاحاً	٧
الفرع الأول: تعريف المسؤولية المدنية لغةً	٧
الفرع الثاني: تعريف المسؤولية المدنية اصطلاحاً	٨
أولاً. المعنى الاصطلاحي للمسؤولية في القانون المدني العراقي	٨
ثانياً. المعنى الاصطلاحي للمسؤولية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:	٩
المطلب الثاني: أنواع المسؤولية المدنية	١٢
الفرع الأول: المسؤولية العقدية	١٢
أولاً: أن يكون هنالك عقد بين الطبيب والمريض :	١٢
ثانياً : أن يكون العقد بين الطبيب والمريض صحيحاً:	١٣
ثالثاً : أن يكون المضرور هو المريض :	١٣
الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية	١٤
أولاً: من حيث مدى التعويض	١٥
ثانياً: من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية.	١٦

١٦.....	ثالثاً : من حيث التضامن.....
١٦.....	رابعاً : من حيث القانون الواجب التطبيق.....
١٧.....	المطلب الثالث: تعريف مهنة الطبيب لغةً واصطلاحاً.....
١٧.....	الفرع الأول: تعريف مهنة الطبيب لغة.....
١٧.....	الفرع الثاني: تعريف مهنة الطبيب اصطلاحاً.....
٢١.....	المبحث الثاني: مفهوم الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٢١.....	المطلب الأول: الخطأ الطبي وانواعه.....
٢١.....	الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي لغة.....
٢١.....	الفرع الثاني: تعريف الخطأ الطبي اصطلاحاً.....
٢٢.....	الفرع الثالث: أنواع الخطأ الطبي.....
٢٢.....	اولاً : الخطأ المهني.....
٢٣.....	ثانياً : الخطأ العادي.....
٢٦.....	المطلب الثاني: مفهوم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٢٦.....	الفرع الأول: تعريف عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية.....
٣٠.....	الفرع الثاني: تعريف عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون العراقي.....
٣٢.....	الفرع الثالث: تعريف عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريع المقارن.....

الفصل الثاني: مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة

الأعضاء البشرية

٣٧.....	المبحث الأول: اركان مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٣٧.....	المطلب الاول: الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٣٧.....	الفرع الأول : تحديد معنى الخطأ الطبي.....
٣٨.....	أولاً : الأعمال المادية (العادية) :
٣٩.....	ثانياً : الأعمال الفنية (المهنية) :
٤٣.....	الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي ودرجاته.....
٤٤.....	المطلب الثاني: الضرر في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٤٤.....	الفرع الأول: الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي.....
٤٥.....	أولاً-استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير:
٤٥.....	ثانياً-تحقيق مصلحة قليلة في مقابل ضرر كبير يصيب الغير:
٤٦.....	ثالثاً : تحقيق مصلحة غير مشروعة :
٤٨.....	رابعاً : القواعد العامة التي توجب التعويض عن الضرر.....
٥٠.....	الفرع الثاني : شروط تحقق الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي.....
٥١.....	المطلب الثالث : العلاقة السببية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....

المقصد الاول : قيام علاقة السببية :	٥١
المقصد الثاني : انتفاء علاقة السببية.....	٥٥
المبحث الثاني : ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المدني	٥٨
المطلب الأول :موقف المشرع العراقي من نقل وزراعة الأعضاء البشرية	٥٨
المطلب الثاني: موقف المشرع المصري من نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....	٦١
المطلب الثالث: موقف المشرع الفرنسي من نقل وزراعة الأعضاء البشرية	٦٢

الفصل الثالث:تقنيات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

المبحث الاول: الأساس الفقهي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية	٦٥
المطلب الأول: تبرير نقل وزراعة الأعضاء في ضوء حالة الضرورة	٦٥
المطلب الثاني: تبرير نقل وزراعة الأعضاء بالنسبة للسبب المشروع	٦٧
المطلب الثالث: تبرير نقل وزراعة الأعضاء على أساس المصلحة العامة	٦٩
المبحث الثاني : الاثار والتطبيقات	٧١
المطلب الأول : اثار المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الاعضاء البشرية	٧١
الفرع الأول : التعويض	٧١
الفرع الثاني : أنواع التعويض.....	٧٣
اولا : التعويض العيني.....	٧٣
ثانيا : التعويض بمقابل.....	٧٥
المطلب الثاني: تطبيقات في مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزرع الأعضاء البشرية	٧٨
أولاً: الخطأ في مرحلة الفحص الطبي عند نقل وزراعة الاعضاء البشرية:	٧٨
ثانياً: الخطأ في مرحلة التشخيص عند نقل وزراعة الاعضاء البشرية:	٧٨
أ- الخطأ العلمي في التشخيص :	٧٩
ب- الأهمال في التشخيص :.....	٨٠
ثالثاً : الخطأ في مرحلة العلاج عند نقل وزراعة الاعضاء البشرية :	٨٠
رابعاً: الخطأ في مرحلة التداخل الجراحي :	٨٢
المطلب الثالث: مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي المدني	٨٣
الفرع الاول : الاستعانة بخبير	٨٤
الفرع الثاني : الية اختيار الخبير	٨٥
الفرع الثالث : القواعد العامة في اختيار الخبير	٨٦
المبحث الثالث: الشروط القانونية الخاصة بزراعة الأعضاء البشرية بين الاحياء	٩٠
المطلب الأول: الشروط القانونية الخاصة بالمتبرع	٩٠
الفرع الأول: رضا المتبرع	٩٠
الفرع الثاني: حق العدول عن الموافقة	٩١

۹۲.....	المطلب الثاني: الشروط القانونية الخاصة بالمتلقي
۹۲.....	الفرع الأول: رضا المتلقي
۹۳.....	الفرع الثاني: أهلية المتبرع
۹۴.....	الفرع الثالث: الالتزام بتبصير المتلقي
۹۵.....	المطلب الثالث: سبل نقل وزراعة الأعضاء بين الأموات
۹۵.....	الفرع الأول: التبرع بالأعضاء البشرية
۱۰۰.....	الفرع الثاني: سبل أخرى لنقل وزراعة الأعضاء البشرية
۱۰۰.....	اولاً : بيع الأعضاء البشرية
۱۰۵.....	الخاتمة
۱۰۵.....	أولاً : الاستنتاجات
۱۰۷.....	ثانياً : التوصيات
۱۰۹.....	المصادر

المقدمة

اولاً: بيان المسألة

ان عصرنا كعصرنا هذا تتلاحق فيه التطورات العلمية ولاسيما على صعيد الطب عصر الكمبيوتر والانترنت والاستنساخ البيولوجي... إلى الخ، مما تفتق عنه ذهن الانسانية المبدع بحاجة إلى من يبحث عن الاطار القانوني السليم الذي يكتنف هذه الابتكارات ويضعها على المسار الصحيح نحو مزيد من الابداع، ومما لا شك فيه ان لعقيدتنا الغراء الدور الاساسي في رسم هذا المسار واضفاء الشرعية على اسسه.

واضافه على ما تقدم فلقد تضمن البحث أحد الموضوعات العلمية المتجددة الا وهو المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخطاء المهنية والطبية والفنية في نقل وزراعة الاعضاء البشرية، فألقي الضوء من خلالها على الرأي القانوني والقضائي وكيفية تقدير الضرر وتحديد المسؤولية المدنية.

كما ان لسلامة جسم الانسان وحياته قيمة لاتعادلها قيمة، لذا فان المسؤولية تنهض كلما وقع مساس بما او اعتداء عليهما، وان للطبيب اتصالا" وثيقا" بسلامة الانسان في جسمه وحياته ما دام هو من يياشر معالجة ما يهدد هذه السلامة و الحياة من آفات وامراض او ما يتصل بهما من آلام أو تشوهات، فعمل الطبيب هو عمل انساني يقوم في الاصل على تقديم خدمة انسانية جليلة هي تخليص الناس من الألم وتأمين سلامتهم الجسدية والنفسية وانقاذ حياتهم، وهو عمل مضاد لاكثر الآفات الاجتماعية خطورة"، وهل ثمة آفة تفوق في خطورتها المرض؟

واذن فاتصال الطبيب بسلامة جسم الانسان وحياته انما يكون بطريق عمله الطبي واذا كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ فلا عصمة للبشر العاديين منه، والطبيب واحد من هؤلاء البشر، فالخطأ قد يقع منه في ممارسة عمله الطبي او بمناسبة هذا العمل، واذا افضى هذا الخطأ الى الحاق ضرر ما بالمريض نهضت مسؤولية الطبيب، وما يهمننا في هذا البحث هو مسؤولية المدنية، وهذه ترتب التزاما" بالتعويض يتعين على الطبيب المخطئ ان يدفعه .

ثانياً : اهمية البحث

ان الامر تتجاذبه كفتان أو مصلحتان جديرتان بالحماية، وانه يتطلب لذلك دقة في المعالجة تنبسط على تنظيم بيان جلي مفصل لنوع الخطأ الطبي الناتج عن الاخطاء المهنية في نقل وزراعة الاعضاء البشرية، ونوع المسؤولية الطبية والضرر الذي يغطيه التعويض وكذلك عقد العلاج الطبي، والضرر الادبي وانتقاله وحالة قيام المريض بتسوية المركز القانوني للطبيب، ووقت تقدير التعويض، وقيمة تقدير الخبير، وموضوع عمليات التجميل والقضاء المختص بالنظر في الدعاوى المقامة على الاطباء وما الى ذلك من امور وشؤون اخرى.

ثالثاً :مشكلة البحث

ان مشكلة الموضوع تتجلى في الصراع بين مبدأ معصومية الجسم البشري وبين الحداثة التي ما زالت تتطلع علينا في كل يوم بطائفة من الابتكارات المذهلة والمؤثرة في جسم الإنسان، بحيث يتعين على القانون ايجاد أسس وضوابط تحكم هذه المستجدات وتقومها، خاصة بعد تمكن العلماء من استنساخ الحيوانات الثديية واصبحوا قاب قوسين أو ادنى من استنساخ البشر، الذي تتصاعد ازاءه المخاوف حتى في الدول المتقدمة وبناءً عليه فأن هذا الأعجاز الطبي والعلمي آثار ولا يزال العديد من التساؤلات الدينية والقانونية حول مدى شرعية ومشروعية التصرف القانوني بالأعضاء البشرية ونطاقه وتأطير الحدود التي يلتزم الأطباء بالوقوف عندها في عملهم. والمسؤولية الناجمة عن ذلك وغيرها من التساؤلات والاشكالات التي تتكفل هذه الدراسة بطرح الأجوبة والحلول والمقترحات بشأنها.

رابعاً:اسئلة البحث

أ-السؤال الرئيسي:

ما المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الاعضاء البشرية ؟

ب-الأسئلة الفرعية للبحث:

- 1- ما مفهوم المسؤولية المدنية للطبيب والخطا الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشريه وانواعها ؟
- 2- ما اركان وشروط المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشريه ؟
- 3- ما هو القضاء المختص بالنظر في الدعاوى المقامة على الاطباء؟

خامساً : فرضيات (الأصلية والفرعية):

لغرض تحقيق هدف البحث، صيغت الفرضيات الآتية.

١ - الفرضية الاصلية

ان المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطا الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشريه هي حالة الطبيب الذي يرتكب فعلاً

يسبب ضرراً للمريض فأستوجب من القانون مؤاخذته على هذا الخطأ، وأيقاع التعويض المناسب لذلك .

٢- الفرضيات الفرعية

- ١- ان مفهوم المسؤولية المدنية للطبيب هي: الفعل الضار سواء كان بشخص او اشخاص او بالمجتمع، وأساسها هو الاخلال بواجب من الواجبات القانونيه او مخالفة نصوص القانون الواجب التطبيق .
- ٢- ان اركان المسؤولية المدنية للطبيب هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببيه بينهما، إما الشروط هي ان يكون محققا وان يصيب حقا او مصلحه ماله للمضرور.

٣- ان المحاكم المختصة التي تنظر الدعاوى المقامة من قبل أحد اطراف الدعوى سواء كانت مسؤولية عقديه أو تقصيرية كليهما تخضع للمحاكم المدنية(محكمة البداءه) والمحاكم الرقابيه عليها مثل الاستئناف والتمييز.

سادسا : صعوبات البحث

١. من خلال البحث الميداني و التحليلي ان الباحث قد استدم بصعوبة في جمع المصادر التي يمكن الرجوع اليها.
٢. السرية و الكتمان الذي تمارسه الجهات ذات العلاقة المختصة في ابداء المشهوره الفنية و الطبية.
٣. المبالغة في عدم نشر المعلومات الشخصية لمرتكي الاخطاء في العمليات التي يتم البحث بها .

سابعا : الدراسات السابقة

رسائل ماجستير:

١-جهد جميل الشوابكه بعنوان (المسؤوليه المدنيه للطبيب عن الاخطاء الطبيه في مجال مهنته) جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١ تناول في هذه الرساله المسؤوليه المدنيه للطبيب عن الاخطاء الطبيه بخصوص مهنة الطب بصوره عامه ولم يركز الباحث على الاخطاء الطبيه الناتجه عن زرع الاعضاء البشريه وهذا مايميز رسالتي عن هذه الرساله.

٢-احمد شعبان محمد طه، المسؤوليه المدنيه عن الخطا المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٥. تناول الباحث الخطا الطبي لمهن متعدده ومن هذه المهن مهنة الطب وقد تطرق الباحث بصفه عامه وبدون دراسه مقارنه ولم يتطرق الى الخطا الطبي في مجال نقل وزرع الاعضاء البشريه وهذا ما اود ان ابينه في بحثي في هذه الدراسه حيث تم تخصيص البحث في المسؤوليه المدنيه لنقل وزراعة نالاعضاء البشريه.

ثامنا : منهجية البحث :

لأغناء أهداف فحوى هذه الرسالة أحاول جمع الآراء الحديثة التي قيلت بهذا الشأن واستعراض ادلتها ومناقشتها وصف النصوص القانونية في القانون المدني العراقي، والمصري، والفرنسي، الخاصة بموضوع البحث ثم المقارنة بينها وترجيح ما أراه راجحاً على غيره وتعزيز هذا الترجيح بأدلة نقلية وعقلية مستعينة في ذلك بالتشريعات المحلية والدولية وبالآراء الفقهية والقرارات القضائية.

اما في إطار الشريعة الإسلامية الغراء فسأستعين ان شاء الله بالنصوص العامة والقواعد الكلية لعدم وجود نصوص شرعية خاصة تعالج هذا الموضوع، كما سأسترشد بالفقه الإسلامي قديمة وحديثه.

كما اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي الذي يقوم على اساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الإراء السديدة لكي يتم اسنادها الى النص التشريعي المعالج لها ان وجد.

تاسعا : خطة البحث

تم تقسيم البحث الى المقدمة وثلاثة فصول الفصل الأول المفاهيم العامة لموضوع الرسالة وفيه المبحث الأول مفهوم المسؤولية المدنية للطبيب وانواعها وفيه المطلب الأول تعريف المسؤولية المدنية لغةً واصطلاحاً والمطلب الثاني أنواع المسؤولية المدنية والمطلب الثالث تعريف مهنة الطبيب لغةً واصطلاحاً والمبحث الثاني بيان مفهوم الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفيه المطلب الأول مفهوم الخطأ الطبي وانواعه والمطلب الثاني مفهوم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية اما الفصل الثاني مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفيه المبحث الأول اركان مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفيه المطلب الاول الخطأ الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفيه المطلب الثاني الضرر في نقل وزراعة الأعضاء البشرية والمطلب الثالث العلاقة السببية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية والمبحث الثاني الاثار والتطبيقات وفيه المطلب الأول اثار المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي والمطلب الثاني تطبيقات في مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في نقل وزرع الأعضاء البشرية والمطلب الثالث مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي المدني اما الفصل الثالث تقنيات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وموقف القانون المقارن منها وفيه المبحث الاول ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الوضعي وفيه المطلب الأول موقف المشرع العراقي من نقل وزراعة الأعضاء البشرية والمطلب الثاني موقف المشرع المصري من نقل وزراعة الأعضاء البشرية والمطلب الثالث موقف المشرع الفرنسي من نقل وزراعة الأعضاء البشرية والمبحث الثاني الأساس الفقهي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفيه المطلب الأول تبرير نقل وزراعة الأعضاء في ضوء حالة الضرورة والمطلب الثاني تبرير نقل وزراعة الأعضاء بالنسبة للسبب المشروع والمبحث الثالث الشروط القانونية الخاصة بزراعة الأعضاء البشرية بين الاحياء وفيه

المطلب الأول الشروط القانونية الخاصة بالمتبرع والمطلب الثاني الشروط القانونية الخاصة بالمتلقي والمطلب الثالث
سبل نقل وزراعة الأعضاء بين الأموات ثم الخاتمة فالمصادر .

الفصل الأول

المفاهيم العامة

في بداية أي بحث يجب تناول المفهوم العام للموضوع وبيان تعريفه اللغوي والاصطلاحي، كذلك انواعه وشروطه وما يختلف به عن باقي مواضيع المسؤولية المدنية لذلك سنحاول بحث هذا الموضوع والإجابة عن الإشكالات التي يثيرها ضمن دراسة تحليلية نقدية مقارنة، قسمناها إلى قسمين: نتناول في أولهما مفهوم ودور الخطأ في ظل المسؤولية التقليدية للطبيب المبحث الأول، ثم نتطرق لمفهوم المسؤولية المهنية الطبية المبحث الثاني، نتطرق الى مفهوم الخطأ الطبي في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية

للطبيب وانواعها

ان مفهوم المسؤولية هو الفعل الضار سواء بشخص أو بالمجتمع وأساسها هو الإخلال بالتزام ان كانت مسؤوليه عقديه او تقصير بواجب من الواجبات القانونية فأن ثمة إشكالات قائمه حول مضمون ونطاق مهنة الطب الممهور بالشرعيه فيعتبر عمل الطبيب المحرك الأول لمسؤوليته، سواء كان مناسباً للأصول المعروفة في الطب او مجافياً لها، بحكم الثوره الطبيه الهائله التي تعرفها البشريه، وما نجم عن تزواج الطب بمختلف جزئيات العلوم التجريبه الدقيقه.

المطلب الأول: تعريف المسؤولية المدنية لغةً واصطلاحاً

إن الحديث عن فكرة المسؤولية المدنية يلزم معه التعرف على المعنى اللغوي لكلمة مسؤولية ثم المعنى الاصطلاحي الذي أراده فقهاء القانون المدني وفقهاء الشريعة الإسلامية ثم التعرض لأقسام المسؤولية والتفرقة بين المدنية منها والجنائية وكذلك التفرقة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وذلك بإسهاب غير ممل وباختصار غير مقل أحياناً لأن التعرض لهذه الأقسام سيعود علي بحثنا في مجال المسؤولية المدنية عن عمل الغير بشيء من التوضيح، لذا سنتناول مفهوم المسؤولية المدنية لغةً واصطلاحاً وكالاتي:

الفرع الأول: تعريف المسؤولية لغةً

المسؤولية مأخوذة من مادة سأل وهي تعني الاستعلام أو الاستفسار أو الاستخبار عن المجهول^(١) وتعرف ايضاً بأنها: كلمة تطلق بوجه عام على حال أو صفة من يسأل عن شيء تقع عليه تبعته، وتطلق أخلاقياً على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً^(٢).

(١) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥م، ج ٦، ص ٢٨١.

(٢) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٩٨م، ص ٢١١.

ويقال سأله عن كذا وكذا سؤالاً وتساؤلاً ومسألة لمستخبره عنه^(١)، وسأل الناس المحتاج أي طلب منهم الصدقة وسأل فلانا الشيء أي استعطاه إياه والسؤال طلب الصدق^(٢).

الفرع الثاني: تعريف المسؤولية المدنية اصطلاحاً

وهنا نتعرض لتعريف المسؤولية بالمعنى الفني الذي اصطلح عليه الفقهاء في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ومن ثم عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولاً. المعنى الاصطلاحي للمسؤولية في القانون المدني العراقي

عرفت المسؤولية في القانون المدني العراقي بأنها: (التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل شيء غير مشروع)^(٣). وتعرف بأنها: (اقتراف أمر يوجب مؤاخظة فاعله)^(٤)، وكذلك عرفت هي: (الالتزام بالتعويض عن الضرر)^(٥) وكذلك نصت المادة (٧) فقره أولاً عرفت بأنها: (من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان) أي أنها إلزام من تسبب في إصابة الغير بضرر نتيجة إخلاله بالتزام أو واجب قانوني يقع على عاتقه بتعويض هذا الضرر الذي يحدث للغير إما بمجرد التسبب في حدوثها وإما بالتسبب الخاطيء في حدوثها^(٦) وهي بذلك تختلف عن الضمان لأن الضمان يبدأ من حيث تنتهي المسؤولية، فالمقصود بالضمان إلزام الشخص بتعويض ما أصاب الغير من ضرر علي الرغم من عدم توافر شروط المسؤولية في جانبه، فإذا كان كل من المسؤولية والضمان يهدف الى تعويض المضرور فإن المسؤولية تخضع ذلك لبعض الشروط بينما الضمان يفرضها مهما كانت النتائج^(٧).

كذلك فإن المسؤولية تكون عن الضرر المباشر بأكمله عقدية كانت أو تقصيرية حتى ولو كان الضرر غير متوقع. ذلك أن المدين هو المسؤول عن كل هذا الضرر فهو الذي أحدثه مباشرة بخطئه^(٨) ولتحديد المسؤولية يمكن التمييز بين ثلاث حالات للحكم بالتعويض.

الأول: الحكم بالتعويض نتيجة التسبب الخاطيء في الضرر (أحد تطبيقات المسؤولية)

(١) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المركز العربي للثقافة، بيروت، ١٩٩٩م، ص ١٤٥.

(٢) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، دار الكتاب، مصر، ١٩٨٥م، ج ٨، ص ٣٢٩.

(٣) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٣٢.

(٤) المصدر نفسه، ص ٣٣.

(٥) حسين عامر، المسؤولية المدنية، التفسيرية والعقدية، مطبعة مصر، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٦م ص ٩٠.

(٦) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري، واللبناني، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٥٧.

(٧) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٨) رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٨٧.

الثاني : الحكم بالتعويض علي شخص لم يتسبب في إحداث الضرر لا بخطئه ولا بفعله غير الخاطئ (أحد تطبيقات الضمان) .

الثالث : الحكم بالتعويض علي من تسبب بفعله غير الخاطئ أو بفعل من تسأل عنه من أشخاص أو أشياء في إحداث الضرر (أحد تطبيقات المسؤولية)^(١) .

ومما سبق يتضح أن سبب المسؤولية: هي الفعل الضار سواء بشخص أو أشخاص أو بالجمتمع وأساسها هو الإخلال بواجب من الواجبات القانونية أو مخالفة نصوص القانون الواجب تنفيذها وهي بذلك تنوع من حيث السبب والأساس الى مسؤولية مدني ومسؤولية جنائية، كذلك فإن كل مسؤولية إنما تنشأ عن إخلال بالتزام سابق فهي تجتمع علي تقصير وضرر وعلاقة سببية بين التقصير والضرر وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف المصدر فإذا كان مصدر الالتزام هو القانون فهي مسؤولية تقصيرية وهي التي تترتب علي ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه وإذا كان مصدر الالتزام هو الإرادة فهي مسؤولية عقدية وهي التي تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد علي أنه في جميع الأحوال يجب أن تتوافر الأركان المقررة لقيام المسؤولية وهي خطأ و ضرر و علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفي الخطأ فلا مسؤولية ولا تعويض وإذا لم يتسبب الخطأ في إحداث ضرر فلا مسؤولية ولا تعويض وإذا انقطعت علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفي السبب الذي يحكم من أجله بالتعويض^(٢) .

لذلك نجد أكثر التعريفات تدور حول هذا المعنى، فهناك من عرفها بأنها " الحكم الذي يترتب علي الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخذة " ^(٣)

وكذلك تعرف المسؤولية بأنها " اقرار أمر يوجب المؤاخذة "^(٤) ورأي اخر يعرفها بأنها " الجزاء المترتب علي مخالفة إحدى الواجبات المناطة بالشخص مهما كان مصدر هذا الواجب"^(٥) .

ثانياً. المعنى الاصطلاحي للمسؤولية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

لم يعرف الفقه الإسلامي المسؤولية بالمعنى الاصطلاحي إلا تحت مسمى الضمان أو التغيريم وهما بمعنى واحد وفي اصطلاح الفقهاء فإنهم يطلقونه بعدة معان فيطلقونه على الكفالة فيقولون عقد الضمان وعقد الكفالة علي أنهما لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره، وهو ضمان الدين أو بإحضار من هو عليه وهو ضمان النفس أو الوجه أو بتسليم عين مضمونة وهو ضمان العين^(٦) .

(١) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، بدون ذكر اسم الناشر، مصر، ١٩٨٨، ص ٩٢ .

(٢) المصدر نفسه، ص ٩٣ .

(٣) سعد سالم عبدالكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ١٩٩٦، ص ١٠٤ .

(٤) المصدر نفسه، ص ١٠٥ .

(٥) عبد المنعم محمد داود، المسؤولية القانونية للطبيب، اصدار الجمعية المصرية للطب والقانون، الاسكندرية ١٩٨٧، ص ٦٩ .

(٦) ينظر، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع الكويت (تأين)، ١٤٠٣هـ، ص ٨٠ .

كما تأتي كلمة الضمان بالمعنى العام بأنها ضمان المال بعقد أو بغير عقد كأعتداء ويراد به بهذا المعنى عندهم " شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد بثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه سواء كان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلي أجل معين إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه .

وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه علي مشتريه ما دام في يده فيضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه^(١).

مما سبق يتضح أن علماء الشريعة استخدموا المسؤولية علي معنيين:

الأول : بمعنى الضمان وهو التغريم حيث يقول الشوكاني "الضمان عبارة عن غرامة التالف"^(٢) ويقول ابن حزم " فلا يجل إلزام أحد غرامة مال بغير نص أو إجماع " ^(٣).

الثاني : بمعنى الكفالة وبهذا قال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية فيقول المالكية " الضمان هو شغل ذمة اخرى بالحق " ^(٤). ويقول الشافعية " إنه يجاب مال في الذمة بالعقد "^(٥). ويقول الحنابلة " هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً " ^(٦).

وعرفه الامامية على أنه " تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالباً على الأصل " ^(٧).

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه " التزام على المسبب لمصلحة المتضرر " ^(٨).

وكل هذه التعريفات تصب في معنى واحد وهو الالتزام برد نفس الشيء أو بدله، وبناء عليه يمكن تعريف المسؤولية في الفقه الإسلامي بأنها " الالتزام برد نفس الشيء للغير أو بدله بالمثل أو القيمة أو تعويض عن ضرر مادي قد لحق به.

وبعد أن تعرضنا لتعريف المسؤولية لغة واصطلاحاً ووقفنا على تعريفها عند فقهاء القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن التعريف الشرعي لها أعم وأشمل من التعريف القانوني لأن المسؤولية بمعنى الضمان أو التغريم أو الكفالة شرعاً ينطبق على كل نوع من أنواع المسؤولية بالمعنى العام .

أما التعريف القانوني لها والذي ينحصر في المعنى العام على أنها المؤاخذة على فعل ضار قد يقصر أحياناً في تعريف بعض أنواع المسؤوليات نظراً لتعدد المسؤولة الأدبية بأنواعها والمسؤولية القانونية بأنواعها .

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العربي الإسلامي، بيروت، ١٩٥٤، ص ٢١١.

(٢) محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، ضبطه صححه، أحمد عبد السلام، دار الكتب العربية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٣٤.

(٣) أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، ادارة الطباعة المنيرية. القاهرة، ١٣٤٩هـ، ص ١٨١.

(٤) عبد القادر عودة، التشريع الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مكتبة دار العربية، القاهرة. ١٩٠٠، ص ٤٤

(٥) عبد القادر عودة، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٦) المصدر نفسه، ص ٤٥.

(٧) محمد صادق الروحاني، المسائل المستحدثة، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٦٩.

(٨) مصطفى الزرقا، نظرية الحق في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٣٨.