الحماية المدنية لحق الانسان في الصحة في ضوء التطور البيوتكنولوجي

Civil protection of the human right to health in light of biotechnological development

أ. م. د. فاطمة خلف كاظم
مركز المستنصرية للدراسات العربية و الدولية
قسم دراسات المجتمع المدني و حقوق الانسان

Assoc. Prof. Dr. Fatima Khalaf Kazim
Al-Mustansiriya Center for Arab and International Studies
Department of Civil Society and Human Rights Studies

الملخص

تدور هذه الدراسة حول موضوع بالغ الأهمية و هو التطور البيوتكنولوجي الذي يشهد تطوراً سريعاً و انتشاراً واسعاً و الذي يطرح العديد من المشكلات الأخلاقية و القانونية و خاصة لعدم وجود قواعد قانونية خاصة لتنظيمها و بشكل خاص لما يترتب على استخدامها من آثار كحصول أضرار ناتجة عنها، و كيفية الحماية المدنية لمستخدميه ، من أجل الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة الحماية المدنية لهذا التطور، توصلنا أنَّ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليديّة النافذة الخاصّة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبي التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاصّ في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية. وخُتمت الدراسة بمقترحات تساعد في تنظيم القيام بمثل هذه التقنيات، وكذلك تساعد على تطوير المسؤولية الطبية؛ لكي تتماشى مع تطور الأعمال الطبية.

الكلمات الدالة: تقنيات بيوتكنولوجية، العلاج الجيني، البصمة الجينية، السلامة الاحيائية، الحماية المدنية

Abstract

This study revolves around a very important topic, which is biotechnological development, which is witnessing rapid development and widespread spread, and which poses many ethical and legal problems and how to provide civil protection for its users, especially because there are no special legal rules to regulate it, and in particular because of the effects that result from its use, obtaining that lead to harm to human health. In order to arrive at a legal formula that regulates the issue of civil protection for this development, we have concluded that there is an inability and deficiency in the applicable traditional legal rules for civil liability to accommodate some types of medical behavior that make it difficult to prove that damage occurred as a result. For medical error, especially in the field of unusual medical procedures. The study concluded with proposals that help organize the implementation of such techniques, and also help develop medical responsibility. In order to keep pace with the development of medical business.

Keywords: biotechnological techniques, gene therapy, genetic fingerprinting, biosafety, civil protection

المقدمة

يعد الحق في الصحة احد اهم حقوق الانسان الاساسية التي لا غنى عنها للتمتع بحقوق الانسان الاخرى و تعتني الدول بالصحة العامة بتوفر وسائل الوقاية و العلاج من الامراض والاوبئة و للصحة ارتباط وثيق بالحياة وتعتبر من جملة مقومات الحياة والمحافظة عليها وحمايتها يدخل في دائرة حماية حقوق الانسان، فيعد حماية حق الانسان في توفر الصحة شرط لازم لحماية حق الانسان في الحياة واساساً لتأمين ممارسة دوره فيها .

وقد نص الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ بأن تهتم الدولة بالصحة العامة إذ نصت المادة (٣١) منه على أن

" أولاً- لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية و تعنى الدولة بالصحة العامة وتكفل وسائل الوقاية و العلاج بإنشاء المستشفيات والمؤسسات الصحية ، ثانياً - للأفراد والهيئات انشاء مستشفيات او دور علاج خاصة و بإشراف من الدولة و ينظم ذلك بقانون "

كما نصت المادة (٣٣) بأن " لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة و تكفل الدولة حماية البيئة و التنوع الاحيائي و الحفاظ عليها"

و تعتبر المبادئ القانونية التي تحكم الممارسات الطبية من أهم التحديات التي تواجه البحث العلمي في المجال الطبي، فهي الاطار المناسب للممارسة الطبية؛ فالنظام القانوني يهدف الى مواكبة التطور التكنولوجي ومنها التكنلوجيا الحيوية او البيوتكنلوجي و عرفت منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية التقنية الحيوية " Organization for Economic Co-operation and Development/OECD" التكنولوجيا الحيوية بأنها " هي فرع متعدد التخصصات من العلوم و التكنولوجيا تتعامل مع تحويل الكائنات الحية و غير الحية عن طريق استخدام الكائنات الحية أو أجزائها أو منتجاتها المشتقة منها، إضافة الى خلق نماذج للعمليات البيولوجية من أجل انتاج المعرفة، البضائع، و الخدمات"[١]

إن القانون لا يقف عقبة أمام التقدم العلمي البيوتكنلوجي فيتم وضع الحلول القانونية لكل ما يستجد من مسائل أو مشاكل بسبب التطبيق العملي لهذا التطور، فموضوع الصحة الإنسانية وحمايتها عُني باهتمام الدول إذ سعت للمحافظة عليها اضافة الى ما يهددها من انتهاكات بمختلف الوسائل حتى لا تطال هذه الانتهاكات جوانب أخرى إنسانية واقتصادية واجتماعية، و عليه سعى المجتمع الدولي و من ضمنه العراق لإيجاد الأطر القانونية والمؤسساتية الفعالة لحماية الحق في الصحة و منها الحماية المدنية .

إلا أن الواقع العملي يؤكد أن هناك تفاوتاً بين القواعد القانونية المتمثلة بثباتها و استقرارها و بين المجال الطبي الذي يشهد تطوراً سريعاً، و بشكل خاص في ظل التطور البيوتكنولوجي (و الذي ساهم في معالجة كثير من الأمراض المستعصية، كعمليات زرع الأعضاء البشرية و وغرسات تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات للتعزيز البشري HETs المعني بتحسين قدرات الجسم و العقل

[١] „Biotechnology is interdisciplinary branch of science and technology dealing with transformation of living and inanimate matter by the use of living organisms, their parts or products derived from them, as well as creation of models of biological processes in order to produce knowledge, goods and services" . **See**: McHughen A.: **Public perceptions of biotechnology**. Biotech. J. 2007, 2, 1105

، ومجال الهندسة الوراثية في مجال الغذاء، وكذلك المشاكل الطبية المتعلقة بعدم القدرة على الإنجاب)؛ مما جعل النشاط الطبي تحيطه صعوبات متعددة منها ما يتعلق بالجسم البشري المتمثل بتعقيداته و مدى حرمة المساس به، و منها ما يتعلق بمن يمارس العمل الطبي في مدى معرفته في استخدام الآلات و الأجهزة الحديثة في مساسه بالجسد البشري مما يصعب تحديد المسؤول في إحداث الضرر في حالة وقوعه، و من ثم تعويض الاضرار الناشئة عن النشاط الطبي و الهندسة الوراثية و بشكل خاص التي خضعت للتطور البيوتكنولوجي، و كذلك الصعوبات القانونية المتمثلة في إثبات عناصر المسؤولية الطبية و خاصة عنصر الخطأ و مدى وجوب إثباته لتحقق المسؤولية و الحكم بتعويض المريض المتضرر .

إشكالية البحث

تتجلى اشكالية البحث في معرفة هل تتحقق الحماية المدنية للحق في الصحة في تنظيم التطور البيوتكنولوجي و توفير الحماية المدنية المستفيدين من هذا التطور في ظل التشريعات القانونية النافذة، و مدى نجاعة القواعد القانونية التقليدية في التشريعات المدنية لاستيعاب ما ينشأ عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجي من ممارسات غير مشروعة ، و تحديد حقوق و التزامات مستخدمي هذه التقنيات .

أهداف البحث

١- بيان مظاهر االتطور البيوتكنولوجي ومدى قانونيته، وطبيعته القانونية في العراق

٢- استقراء و تحليل النصوص القانونية و التشريعات النافذة ، و تحديد آليات الرقابة للحق في الصحة ، و من ثم تحديد مدى كفايتها في تنظيم استخدام التقنيات البيوتكنولوجي، و كيفية الحماية المدنية لمستخدميها

٣- بيان أحكام المسؤولية المدنية من حيث أنواعها، وطبيعتها الناشئة في استخدام هذه التقنيات البيوتكنولوجية في ظل القوانين النافذة

٤ - بيان الحماية المدنية المقارنة في استخدام التقنيات البيوتكنولوجي ، و كيفية الاستفادة منها في تجديد القواعد القانونية التقليدية .

فرضية البحث

١- يُوجد نقص في الأحكام القانونية في العراق ؛ لتنظيم ما ينشأ عن استخدام التطور او التقنيات البيوتكنولوجية من آثار قانونية.

٢- يوجد عجز وقصور في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقيّ من حيث اثبات الخطأ وكيفية تقدير التعويض في ظل النقص و الغموض التشريعي بشكل خاص في مجال التعويض عن الضرر المستمر .

٣ - نقص الآليات القانونية المناسبة لمسائلة الدولة حول الانتهاكات المحتملة لهذا الحق .

هيكلية البحث

لتنظيم العملية البحثية ستكون الدراسة في مبحثين، نخصص الأول في البحث في بيان الاطار القانوني لاستخدام التقنيات البيوتكنولوجي ، أما الثاني سنبين فيه مدى كفاية القواعد القانونية المدنية في الحماية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجي .

المبحث الاول: الاطار القانوني لاستخدام التقنيات البيوتكنولوجي

ان التكنولوجيا الحيوية او التقنيات البيوتكنولوجي تشمل العديد من الابتكارات في شتى ميادين الحياة بمجملها، فهي تسمح بالحصول على المنتجات المفيدة للبشرية باستعمال الكائنات الحية من خلال الخلايا الحية أو الطرق المتعلقة بالجين الوراثي والهندسة الوراثية ، فهي تساعد على حل مشكلة ذات طابع تقني في المجالات الطبية والزراعية والبيئية ، و هو ما ادى الى انتشارها بشكل واسع ، و هنا نتساءل ، ما هو الاطار القانوني المنظم لاستخدام هذه التقنيات الحيوية أو التكنولوجيا الحيوية؟

و لمعرفة الاطار القانوني لاستخدام التقنيات البيوتكنولوجي ، سنبين مظاهر هذه التقنيات و التي من خلالها سنبين الاطار القانوني لكل منها ، فسنتطرق الى بيان كل من العلاج الجيني و زراعة الاعضاء البشرية ، و تكنولوجيا الهندسة الوراثية.

المطلب الاول: العلاج الجيني و زراعة الاعضاء البشرية الذاتي

الفرع الاول: العلاج الجيني

من التقنيات الحيوية التي اوجدها العلماء في هذا المجال هي التقنيات الحيوية العلاجية و المتمثلة بالعلاج الجيني، و هو العلاج الذي يعتمد فيه على الجين البشري، و قد عرفت وزارة الطاقة الامريكية للعلوم و في البرنامج الخاص بالجينوم البشري العلاج الجيني هو :

" A technique for correcting defective genes responsible for disease development "[١]

وهو ما يعني بأن" العلاج الجيني هو تقنية لتصحيح الجينات المعيبة و المسؤولة عن تطور مرض ما"

وعلى ضوء تعريف المنظمة عرف الباحثون هذه التقنية بأنها " استخدام الجينات كدواء أو في حالات أخرى هو لاستصلاح الجينات غير السوية و التي كانت طفرتها سبباً للمرض"[٢]. و يذهب المختصون بأن هذه التقنية تكون إما للخلايا الجسدية أو للخلايا الجنينية[٣]، فتتبلور آلية عمل هذه التقنية و ذلك بتوفير جين سليم لخلية معيبة (الجسدية أو الجنينية) بدلاً من الجين المعيب.

و **العلاج الجيني للخلايا الجنينية** تتمثل في (الخلايا الجذعية الجنينية و ليس للإنسان الكامل)، و هي تأتي على نوعين:

---

[١] وزارة الطاقة الامريكية للعلوم (مشروع الجينوم البشري):

http://www.ornl/gov/sci/techresources/Human-Genome/medicine/genethereapy.shtml

[٢] انظر: فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة العربية للعلوم الصيدلية، عدد تأسيسي،ج١، جمعية كليات الصيدلة العربية، كلية الصيدلة، دمشق، ١٩٩٧م، ص١٢٠

[٣] تقوم الخلايا الجسدية بالوظائف الحيوية للإنسان ماعدا التكاثر، و من الخلايا الجسدية (الخلايا العصبية، الخلايا الطلائية التي تغلف الجسد، الخلايا الدفاعية المتعلقة بتكون الاجسام المضادة، و الخلايا العضلية)، انظر في ذلك: خالد الكبيسي، مقدمة في علم الاحياء الجزيئي(عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م)، ص٦٦

النوع الأول: تتمثل في علاج الجنين نفسه، فيقوم الأطباء به من أجل التشخيص المبكر للأمراض الخطيرة و التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين في حالة زرعه في الرحم (الاخصاب الخارجي)، حيث يقوم الأطباء باستبعاد الاجنة المصابة و زرع السليمة منها و التي عُولجت قبل ذلك[١] .

النوع الثاني: استخدام الخلايا الجذعية الجنينية لعلاج مرضى آخرين و يكون فيه الإنسان كاملاً، و في هذا النوع يستفاد الأطباء من الاجنة الفائضة من عمليات الاخصاب الاصطناعي الخارجي و يسمى هذا النوع من العلاج " بالخلايا الجذعية الجنينية" ، فيقوم الأطباء بعزل الخلايا الجذعية الجنينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية لأجنة بشرية عمرها أيام من التخصيب ليتم تنميتها في بيئة مصطنعة الى ان تتحول الى أنواع من الانسجة الآدمية، و قد ساعد هذا النوع من العلاج الجيني من اكتشاف جين موجود في الخلايا العصبية للأجنة و الذي يمكن من خلاله علاج السكتة الدماغية و مرض الزهايمر أو اورام المخ[٢]، و تعتمد نسبة نجاح مثل هذا العلاج بالدرجة الأولى على مدى العمر الجيني للخلايا المعالجة[٣] . و لذلك يثور تساؤل في هذا الاطار يتعلق هل هذه التقنية تعتبر من العلاجات الطبية الاعتيادية أم هي تجارب طبية ؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الإشارة الى أن هذه التقنيات العلاجية ما زال استخدامها على نطاق ضيق فهي ليست متاحة للجميع و ليست منتشرة في جميع انحاء العالم، كما أن هناك تجارب غير علاجية التي تجرى على الأجنة قبل تكوينها، و هذه التجارب تتمثل في صورتين:

(الأولى) وهي الابحاث والتجارب حول كيفية التحكم في جنس الجنين والتي يقوم بها الاطباء قبل القيام بعملية التلقيح الاصطناعي وذلك من خلال تفريغ نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس الجنين.[٤]

و**(الثانية)** فتتمثل في التجارب أو الأبحاث المتعلقة بالهندسة الوراثية والمتمثلة في تعديل الصفات الوراثية ليس من أجل إبعاد جين وراثي غير سليم وإنما للحصول على مولود ذي مواصفات خاصة أو مميزة[٥]. و بذلك فإن مثل هذه التجارب غير العلاجية هي تلك التي يجريها الاطباء إمّا قبل عملية التخصيب كما في تجارب التحكم في جنس الجنين أو يجريها الاطباء بعد أنْ يتم الإخصاب وقبل انقسام الخلايا كما في تجارب الهندسة الوراثية فيتم فصل الجين غير المرغوب

---

[١] رضا عبد الحليم عبد المجيد. المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية(القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٣م)، ص٥ و ما بعدها

[٢] انظر: سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤- ٢٠١٥م، ص١٠٤

[٣] عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية-رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)، ص٦٥

[٤] و أستطاع الأطباء تحديد نوع الجنين بتجربة على الحيوان المنوي لرجل و ذلك بفصل الحيوانات المنوية الذكرية عن تلك الانثوية في السائل المنوي للرجل و ذلك قبل عملية اخصاب البويضة باعتبار ان الحيوانات المنوية المذكرة اسرع من المؤنثة، حيث يكون لها القدرة على اختراق المخاط اللزج في عنق الرحم و البقاء في سائل قاعدي و بالتالي ترتفع نسبة الجنس المطلوب (الذكر) إلى ٧٠٪ و تقل نسبة الجنس الآخر عن ٣٠٪. انظر: البار، محمد علي، **خلق الإنسان بين الطب و القرآن** (المملكة العربية السعودية: الدار السعودية للنشر، ط١١، ١٩٩٩م)، ص١٣٤.

[٥] و يعتبر أول من قام بمثل هذه التجارب الطبيب (روبرت جرام) عام ١٩٨٣م في امريكا حيث قام بأخذ السائل المنوي من رجال أحياء عباقرة أو علماء كبار و لقح به بويضة الأم الراغبة في إنجاب طفل عبقري. انظر: محمود أحمد طه ، الإنجاب بين التجريم و المشروعية (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٨ م) ، ص٣٤٥.

فيه واستبداله بالجين الوراثي المرغوب فيه، فهذه التجارب لا تتمّ على الأجنة المجمدة والفائضة عن عمليات التناسل المساعدة.

و مما تقدم بيانه يتضح، إن التجارب التي تُجرى على الأجنة تنقسم إلى علاجية وأخرى غير علاجية كما في التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان الكامل، إلا أنها تختلف من حيث مضمون إجرائها فمنها ما هو علاجي للجنين نفسه أو لأشخاص مصابين آخرين، ومنها ما هو غير علاجي تتحكم في وجود الجنس البشري وهو ما أوضحناه في السطور اعلاه، كما أنها تعتبر أخطر من تلك التجارب التي تجرى على الإنسان الكامل؛ لأنها تهدد الوجود البشري نفسه من حيث التحكم في وجود نوع معين من البشر دون الآخر.

و في هذا المجال لم ينظم القانون العراقي قانوناً خاصاً بالتجارب الطبية بشكل عام و لا على تلك التي تجرى على الأجنة الفائضة بشكل خاص، **إلا أنَّ المشرع العراقي** قد نص بشكل غير مباشر في **الفقرة (السادسة) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب** بإمكانية قيام المعهد بإجراء البحوث المتعلقة بالأجنة وتجميدها بشرط ان لا تتنافى تلك البحوث مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يحتفظ بنسب الجنين لأبويه الشرعيين، فنصت هذه الفقرة: " إجراء البحوث وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية و حق المرأة صاحبة البويضة و الرجل صاحب الحيامن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبويه الشرعيين".

و هنا من الامر الغريب ان يذكر المشرع عبارة " الرجل صاحب الحيامن و المرأة صاحبة البيضة " بدلاً من لفظ الزوج و الزوجة ، وهذا ما يثير اللبس و الغموض في مسألة ان تكون هذه التقنية و من ثم تجميد الاجنة قاصرة فقط للأزواج ، أم تكون ايضاً لغير المتزوجين ايضاً.

إلا أنَّ المشرع لم يشر إلى الهدف من إجراء تلك البحوث، بالإضافة إلى ذلك لم يحدد ضوابط القيام بمثل تلك البحوث كأن تكون بموافقة الزوجين، ولم يحدد عمر الأجنة التي تجرى عليها التجارب أو البحوث. لذلك ندعو المشرع العراقي الى ضرورة **تعديل الفقرة (٦) من المادة (٢) من قانون المعهد** العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب، حيث تأخذ الصيغة التالية:

" إجراء التجارب العلاجية على الأجنة وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية مع ضرورة الحفاظ على نسب الجنين للزوج صاحب النطفة والزوجة صاحبة البيضة ".

الفرع الثاني: زراعة الاعضاء البشرية الذاتي

تعتبر زراعة الاعضاء البشرية الذاتي أحد أنواع زراعة الأعضاء البشرية ، حيث يمكن في هذا النوع زراعة عضو جديد باستخدام المحتوى الوراثي لخلية المريض من غير ان يتم نقل و زراعة عضو من متبرع أو من ميت، و بعبارة أكثر دقة تتم في هذا النوع زراعة نسيج من انسجة جسد المريض نفسه، و من أهم حالات الزراعة التي تحصل في هذا النوع هي زراعة الخلايا الجذعية الذاتية"Autologous stem cell transplantation"[١].

و حري بالإشارة في هذا المجال هناك ما يسمى بالزراعة المغاير" Allograft Transplantation" التي تتم فيها زراعة عضو أو نسيج بين كائنين غير متطابقين وراثياً، و هذا

[١] Federico M, Bellei M, Brice P, et al,EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003;21(12):2320-2325.

النوع من المتعارف عليه في عمليات زراعة الأعضاء البشرية، و يتطلب في هذا النوع أن يتقبل الجهاز المناعي للمريض (المتبرع له) للعضو أو النسيج المزروع.[١]

و بالرجوع الى التشريعات القانونية النافذة، نجد أن المشرع العراقي قد أصدر قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م، وقد استخدم المشرع عبارة "عملية نقل أو زرع عضو بشري أو نسيج من شخص للمتبرع له"[٢]، و رغم إشارته باستخدام نسيج بشري في عمليات زراعة الأعضاء، إلا أنه لم يشر الى استخدام نسيج أو لخلايا الشخص المريض نفسه (زراعة الأعضاء الذاتي) حيث عرف المشرع عملية زرع الأعضاء بأنها " الاستخدام العلاجي الجراحي للأعضاء البشرية الذي يكون بعملية جراحية يحصل من خلالها المتلقي على أحد الأعضاء أو الانسجة البشرية من المتبرع حياً كان أو ميتاً "[٣]، كما عرَّف الانسجة البشرية بأنها " جزء من أي عضو بشري ينزع من إنسان حي أو ميت "[٤] .

و بذلك نجد ان المشرع العراقي قد أغفل انه يمكن الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد، فكان من الاجدر بالمشرع أن يشر الى ذلك دون أن يكون النص قاصراً بصورة غير مباشرة على عمليات زرع الأعضاء المغاير؛ التي جعلت بالإمكان في الوقت الحاضر الاستفادة من انسجة المريض نفسه لزرعها بدلاً عن النسيج المتضرر؛ و ذلك لتفادي المشاكل المترتبة على رفض جهاز المناعة الذاتي للمريض بعد الزراعة ، و من ثم رفض العضو أو النسيج المزروع و كما أوضحناه مسبقاً .

المطلب الثاني: تكنولوجيا الهندسة الوراثية

من مظاهر التقدم العلمي والتكنولوجي ظهور ما يعرف بعلم الوراثة والتي تعتبر الهندسة الوراثية أحد أهم فروع هذا العلم الوليد، وقد تم استخدام المادة الوراثية في المجالات الطبية والزراعية والبيئية والعسكرية، استخدمت الهندسة الوراثية في المجالات التي تخدم وتسهل حياة الإنسان كاكتشاف الأمراض الوراثية، وإثبات النسب، و كذلك الهندسة الوراثية في المجال الزراعي والحيواني وذلك عن طريق ما يعرف بالتعديل الوراثي، للحصول على سلالات جديدة من نباتات وحيوانات معدلة وراثياً بمزايا وخواص أفضل، وقدرة إنتاجية عالية[٥]. و سنبين في السطور التالية ابحاث البصمة الجينية و اثرها في اكتشاف الأمراض الوراثية، و إثبات النسب ، بالإضافة الى التطرق الهندسة الوراثية في مجال الغذاء .

الفرع الأول: ابحاث البصمة الوراثية

---

[1] Mendoza E, Territo M, Schiller G,(1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant.;15(2):299

[٢] انظر: الفقرة (أولاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٣] انظر: الفقرة (رابعاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٤] انظر: الفقرة (سادساً) من المادة (١) قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٥] انظر: وائل عبد الموجود محمد فرغلي، الأساس القانوني للمسئولية المدنية عن استعمالات الهندسة الوراثية في مجال الغذاء ، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية)، المجلد ١٧، العدد ٧، أغسطس ٢٠٢٣، ص١٤٠٧

إن البصمة الوراثية و التي يطلق عليها ايضاً (البصمة الجينية) هي " تلك المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، فهي الشفرة التي تميز كل إنسان أو كائن حي عن الآخر"[١] ، وتوجد هذه المادة الوراثية في كل خلايا جسم الانسان التي تحتوي على نواة، فهي تقوم بتنظيم عمل وظائف الجسم (الفيزيائية و الكيميائية)، و من الوظائف الأساسية لهذه البصمة بناء عدة نسخ من الخلية الأساسية و تكون حاملة للمعلومات الوراثية ذاتها[٢]، فتورث هذه المعلومات من جيل لآخر، و قام العلماء في هذا المجال الى اجراء البحوث و الاختبارات حول هذه المادة، واصبح يستفاد من البصمة الوراثية في مجالين :

المجال الاول: الصيدلة الجينية:

تعتبر هذه التقنية أحد فروع علم الصيدلة، و التي فيها يستفاد من الخارطة الجينية أو الوراثية "D.N.A"، و التنوع الوراثي في قياس مدى الاستجابة للأدوية في المرضى أي فعالية الدواء أو سميته، و قد أُصطلح على هذا العلم بمصطلح آخر و هو" علم الوراثة الدوائي"[٣] . و بفضل هذه التقنية تغير نمط الحياة لبعض المرضى و الى تقدم عملية اكتشاف الادوية المناسبة أو انخفاض في الآثار الجانبية لبعض الادوية لبعض المرضى، و كذلك استخدامه في اختبارات علاج السرطان أي تحديد المريض الذي يعاني من التسمم بسبب استخدام بعض الادوية الخاصة و الشائعة لعلاج السرطان[٤] . و لم يقف الامر على الفوائد الدوائية أعلاه، و إنما أدى التطور في علم الوراثة الدوائي الى امتداد تأثيره في مجال الطب الشرعي، حيث ساعدت هذه التقنية في تفسير الوفيات المرتبطة باستخدام الادوية و خاصة حالات التسمم العرضي أو حالات الوفاة المفاجئة[٥]

المجال الثاني: تحديد الهوية بواسطة البصمة الجينية"D.N.A ":

أن البصمة الجينية (D.N.A) هي الشفرة التي تميز كل إنسان عن آخر، و ما تحتويه من المعلومات الوراثية المنتقلة من الآباء الى الأبناء؛ و لذلك لم يقف التطور في المجال البيوطبي الى حد الاستفادة من هذه الشفرة في المجال الطبي و ذلك في تحديد الامراض الوراثية أو ما يتعلق بعلم الوراثة الدوائي في مساهمته في اكتشاف سبب الوفيات المفاجئة، و إنما استطاع العلماء تحديد هوية المشتبه به في جريمة ما، و من ثم حل معظم القضايا التي يصعب فيها تحديد شخصية الجاني، كذلك لها فائدة في القضايا المدنية المتعلقة بإثبات البنوة الشرعية[٦] .

---

[١] عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية–رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)، ص٥٦

[٢] انظر: جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة– تعريب: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)،ص٢٠–٢٢

[٣] - Lesko, L.J. & Woodcock, J. ***Translation of pharmacogenomics and pharmacogenetics: a regulatory perspective.*** *Nat Rev Drug Discov*. Vol.3, No.9, (2004), pp.763

[٤] انظر: فيليب روجيه، البصمات الوراثية– ترجمة: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)، ص١٥ و ما بعدها

[٥] - Kirchheiner, J. & Seeringer, A. (2007). ***Clinical implications of pharmacogenetics of cytochrome P450 drug metabolizing enzymes.*** *Biochimica et Biophysica Acta*. Vol. 1770, pp. 490

[٦] انظر: عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص٥٧

و ما يتعلق بهذه التقنية (تحديد الهوية من خلال البصمة الجينية، أو ما يتعلق بالصيدلة الجينية أو علم الوراثة الدوائي)، فأن المشرع العراقي لم ينظم تشريعاً خاصاً بها أو الاشارة لها ضمن التشريعات النافذة[١]، و في هذا الاطار لابد من الاشارة الى ان المشرع العراقي رغم اصداره نظام "السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثياً رقم (٢) لسنة ٢٠١٥" إلا انه استثنى سريان هذا النظام على **منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً المخصصة للأغراض الدوائية والعلاجية أو لإنتاج المواد الطبية والصيدلانية** و هو ما نص عليه بالقول" يستثنى من أحكام البند (اولاً) من هذه المادة منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً المخصصة للأغراض الدوائية والعلاجية أو لإنتاج المواد الطبية والصيدلانية في مكان الاحتواء بغرض الاستخدام البشري أو البيطري والخاضعة للأنظمة النافذة في وزارتي الصحة والزراعة"[٢]، و هنا من الامر الغريب ان يذكر المشرع مثل هذا الاستثناء لاعتبار انها من الامور التي تكون خاضعة للأنظمة النافذة من وزارتي الصحة و الزراعة ، في حين إن الانظمة الصادرة من وزارتي الصحة و الزراعة لم تشر الى مثل هذه الابحاث و لم تعالج المسائل المستحدثة في علم الصيدلة .

من جانب آخر، نجد أن القانون العراقي يعتبر البصمة الجينية (الوراثية) من ادلة الاثبات في الدعاوى الجنائية و المدنية، و رغم ذلك فأن كل من" قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل، و قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، و قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م" لم تنص صراحة على البصمة الجينية باعتبارها دليلاً في إثبات النسب، فبموجب قانون الاحوال الشخصية فان النسب يثبت بأحد الادلة الثلاثة " الفراش, الاقرار, الشهادة, البيئة"[٣]، و بموجب المادة (١٠٤) من قانون الاثبات اجاز المشرع للقاضي ان يستند الى وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية فنص على أنه (للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية)، فأعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، إضافة الى ذلك نجد أن المادة المذكورة قد جاء نصها شاملا لكل وسائل التقدم العلمي بشأن القرائن القضائية (في مجال الاثبات) ومن هذه الوسائل (البصمة الجينية او الوراثية)، ولكن نجد ذلك يعتبر شيء من القصور التشريعي لان هذه الوسيلة تعتبر دليلاً اقوى في إثبات هوية الشخص في المجال الجنائي والمدني، وعليه كان على المشرع العراقي أن ينص صراحة على اعتبار فحص الجينات الوراثية(البصمة الوراثية) من وسائل اثبات النسب.

---

[١] لا يوجد نص ينظم ما يتعلق بالصيدلة الجينية بشكل مباشر أو غير مباشر في قانون مزاولة مهنة الصيدلة المعدل رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٠ ، إلا ان في نظام "السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥" قد اشار في الفقرة (ثالثاً ، رابعاً) من المادة (١) الى بيان مفهوم الكائنات الحية المحورة وراثياً و ماذا يقصد بمنتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً حيث نص " ثالثاً – الكائنات الحية المحورة وراثياً : الكائنات الحية التي تم تحوير مادتها الوراثية باستعمال تقنيات الهندسة الوراثية.

رابعاً – منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً: المواد الناتجة من الكائنات المحورة وراثياً والمواد التي تدخل بها مواد حية محورة وراثياً"

[٢] و هو ما نص عليه البند (ثانياً) من المادة (٤) من نظام السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥

[٣] وبموجب المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية لابد من توفر شرطين لثبوت النسب :١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل.٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً، اما الاقرار فيعد البديل الثاني لثبوت النسب.

ومن جانب اخر نجد ان المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد اجاز بموجب المادة (٧٠) فحص الدم ويشترط في ذلك ان يتعلق الفحص بجناية أو جنحة وأن يكون أمر فحص الدم مقيداً في أمر التحقيق.[١]

الفرع الثاني: الهندسة الوراثية في مجال الغذاء

لم يقتصر تطوير و تعديل المادة الوراثية للأغراض الطبية و انما قد تم تطوير وتعديل المادة الوراثية للكثير من النباتات الاقتصادية كالذرة والقمح والطماطم والبطاطس والقطن ، و كذلك لحيوانات عدة مثل الأبقار و الأغنام والدواجن والأسماك سريعة النمو والنضوج وبأحجام كبيرة ذات مردود غذائي واقتصادي، ويقصد بالكائنات الحية المعدلة وراثياً بأنها "كائنات حية تم تحوير مادتها الوراثية بطريقة لا تحدث طبيعياً بما يسمى التقنية الحيوية أو التقنية الجينية وأحياناً يطلق عليها إعادة تركيب الحمض النووي أو الهندسة الوراثية حيث يسمح لفرادى الجينات المختارة بالانتقال من كائن حي إلى آخر وأيضاً ما بين الكائنات ذات الأصول المختلفة، وكل هذه الطرق تستخدم في إنتاج النباتات المعدلة وراثياً والتي تستعمل في زراعة المحاصيل الغذائية المعدلة وراثياً"[٢].

و تعتبر الاغذية المعدلة وراثياً هي احدى نتاجات الكائنات الحية المعدلة وراثياً فهي كما عرفها الباحثون في هذا المجال " هي نواتج النباتات والحيوانات أو الكائنات الدقيقة كالبكتريا والخميرة والطحالب المعدلة وراثياً التي تم إدخال جينات غريبة إليها عن طريق ما يعرف بالهندسة الوراثية بهدف إنتاج صفة أو صفات جديدة للكائن المعدل وراثياً كزيادة إنتاجية النباتات أو تقوية قدرتها على مقاومة الآفات الزراعية أو مقاومة المبيدات الحشرية والعشبية أو لكى تتحمل ظروفاً مناخية كالبرد القارص أو الجفاف أو درجة الحرارة العالية وقد يكون هدف التعديل الوراثي هو زيادة القيمة الغذائية لتلك المنتجات كزيادة نسبة البروتين بها أو إضافة نوع معين من الأحماض الأمينية المهمة إلى مكونها البروتيني"[٣].

و قد تعرض المشرع العراقي الى الكائنات الحية المعدلة وراثياً في **نظام السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥** ، حيث بين مفهومها و مفهوم منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً، و ذلك في **البند (ثالثاً، و رابعاً) من المادة (الاولى) من هذا النظام** ، حيث نص على أن:

" ثالثاً - الكائنات الحية المحورة وراثياً : الكائنات الحية التي تم تحوير مادتها الوراثية باستعمال تقنيات الهندسة الوراثية.

[١] عاقبت المادة (٣٨١) من قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة ١٩٦٩م بالحبس من ابعد طفلاً حديث العهد بالولادة ممن لهم سلطة شرعية عليه أو بإخفائه أو أبدله بآخر أو نسبه زوراً الى غير والدته.

[٢] عادل محمد المصري : الوراثة وهندسة الجينات، مكتبة أوزريس القاهرة ٢٠٠٨، ص٢٠. (١٩) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد الحماية القانونية للجين البشرى "الاستنساخ وتداعياته" دراسة مقارنة– الطبعة الثانية – دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص٨.

[٣] وائل عبد الموجود محمد فرغلي، الأساس القانوني للمسئولية المدنية عن استعمالات الهندسة الوراثية في مجال الغذاء ، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية)، المجلد ١٧، العدد ٧، أغسطس ٢٠٢٣، ص١٤١٧

رابعاً– منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً: المواد الناتجة من الكائنات المحورة وراثياً والمواد التي تدخل بها مواد حية محورة وراثياً" ، فالأغذية المعدلة وراثياً هي من منتجات الكائنات المحورة أو المعدلة وراثياً، و قد اورد المشرع المنتجات النباتية والحيوانية هي من نواتج الكائنات الحية المحورة وراثياً، وادرجها ضمن مفهوم الشحنة"[١]

المبحث الثاني: مدى كفاية القواعد القانونية المدنية في الحماية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجي .

تطرقنا في المبحث السابق بمجموعة من مظاهر التطور البيوتكنولوجي و التي تعتبر في مقام أعمال طبية غير اعتيادية (تجارب علاجية) أكثر من كونها محاولات طبية اعتيادية ، و هو ما ينطوي على اثار منها ايجابية في محاول الامراض المستعصية ، ومنها ما ينطوي على مخاطر و آثار ضارة و التي في الغالب يكون ظهورها في الامد البعيد كما في الاغذية المعدلة وراثياً، و لذلك نكون أمام تساؤلات و هي: مدى كفاية التشريعات المدنية في توفير الحماية المدنية لاستخدام مثل هذه التقنيات بشكل خاص؛ و ذلك لحداثتها و استخدامها بشكل مختلف عن العلاجات الطبية الاعتيادية؟ و مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في تحديد أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية ؟ ، و مدى كفايتها في تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عن استخدام هذه التقنيات؟ و سنجيب عن هذه التساؤلات في السطور التالية

المطلب الاول: مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في تحديد أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

و للاجابة عن مدى نجاعة القانون المدني التقليدية في تحديد أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية ، سنوضح اساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية في قواعد القانون المدني، ثم نتطرق الى بيان موقف الفقه و القضاء المقارن في تحديد اساس المسؤولية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

الفرع الاول: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية وفق قواعد القانون المدني التقليدية

أن المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية تكون خاضعة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بصفة عامة، فلا تنهض المسؤولية إلا اذا توفرت أركان قيامها " الخطأ، الضرر، و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر "[٢] ، ففي نطاق المسؤولية المدنية عن الاعمال المتعلقة بسلامة الجسم البشري يخضع الممارسين لهذه الاعمال للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية (الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس) في المادة (٢٠٢) و ما بعدها من القانون المدني

---

[١] فقد نص المشرع في البند (ثالث عشر) من المادة (الاولى) على : " الشحنة : كمية من النباتات أو المنتجات النباتية أو الحيوانات أو المنتجات الحيوانية أو الكائنات الحية الدقيقة المحورة وراثياً أو منتجاتها الحاصلة على إجازة استيراد والتي تنقل معاً مكان الاحتواء المكان المغلق والمعزول عن البيئة الخارجية كالمختبر والبيت الزجاجي) والذي تتخذ فيه إجراءات تمنع الانتشار غير المقصود للكائنات الحية المحورة أو منتجاتها إلى البيئة المفتوحة. من بلد لآخر بشهادة صحية"

[٢] انظر: محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)، ص٢٥.

العراقي المعدل، و لأحكام المسؤولية العقدية اذا كان المساس بجسد الانسان (او المريض) أو بصحته ناتجاً عن الاخلال بالتزام مصدره عقد معين كالعقد طبي (الاخلال بالتزامات تعاقدية) في المادة (١٦٨) و ما بعدها من القانون المدني العراقي المعدل. وهنا لابد من الاشارة الى ان مسؤولية الطبيب في الأصل وفق القانون المدني تعتبر مسؤولية عقدية، و أما الاستثناء فهي المسؤولية التقصيرية، فتثور مسؤولية الطبيب اذا اعتبر فعله خروجاً عن القواعد و الأصول العلمية المستقرة و المعاصرة في علم الطب و الأعراف الطبية، أو اذا اتسم عمله بالجهل أو الإهمال الذي لا يصدر من طبيب في مستواه المهني[١] .

و تقوم هذه المسؤولية على عنصر الخطأ، فيكون على الشخص المصاب (الخاضع للتقنيات البيوتكنولوجية) إثبات خطأ الطبيب أو الممارس للتقنيات البيوتكنولوجي الذي أدى الى حصول الضرر الذي أصابه، و ذلك لحصول إهمال أو تقصير في التزام أو واجب فرضه القانون.

وفق الاحكام العامة في القانون العراقي فإن **معيار تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية بشكل عام هو المعيار الموضوعي**، وهو ما اورده المشرع في عدة مواضع في القانون المدني من مصطلح (الشخص المعتاد) في اتخاذ الحيطة عند التنفيذ الالتزام او الاستعمال ، فنجده نص بشكل صريح عن توخي الحيطة و بذل عناية الشخص المعتاد في **المادة ٢٥١** ، حيث نص على :

" ١ – في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

٢ – ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاد في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك " .

و كذلك ما ذكره في التزامات العامل في عقد العمل ، حيث نص على " ١ – يجب على العامل: أ – ان يؤدي العمل بنفسه ويبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد "[٢].

كما وإن القانون العراقي اخذ بهذا المعيار في تحديد الخطأ المسبب لحقوق تتعلق بضمان سلامة الجسد البشري و حرمته و ما يرتبط به من حقوق كحق الحياة ، كالعمل الطبي و الاعمال المتعلقة بالمحافظة على الجسم البشري، فبالرجوع إلى تعليمات السلوك المهني الطبي نجد أنَّ نقابة الأطباء العراقية قد أخذت بهذا المعيار، حيث عدت الطبيب الاختصاصي هو "الضليع في موضوع عمله الطبي المراد إجراؤه، والذي يغفره القانون للممارس العام لا يغفره في العادة للطبيب الاختصاصي".[٣]

وفي اطار استخدام التقنيات البيوتكنولوجية ، فأن تحديد إن كان الطبيب مخطئاً ، من خلال مقارنة سلوك الطبيب المعالج الذي أجرى احدى استخدامات التقنيات البيوتكنولوجية (كالعلاج الجيني) مع سلوك طبيب في نفس درجته أو مستواه و في ذات الظروف التي واجهها الطبيب المعالج و

[١] انظر: أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبيّ – دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠ م)، ص٢٢٤

[٢] انظر : المادة (٩٠٩) من القانون المدني العراقي، و كذلك قد اورد المشرع العراقي في القانون المدني المعيار الموضوعي في الفقرة (١) من المادة (١٢٥٤) ، و كذلك في الفقرة (١) من المادة (١٣٣٨)

[٣] انظر: البند (السادس) من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥م.

التي أدت الى حدوث الضرر الواقع على المريض (المتضرر من العلاج الجيني مثلاً) فالضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر محقق الوقوع و مباشراً للخطأ أو التقصير، و متعلق بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة[١]

و الضرر الناجم عن القيام بإحدى استخدامات التقنيات البيوتكنولوجية، لابد أن يكون قد مس حقاً أو مصلحة مشروعة للمضرور، و المساس بالحق في هذا المجال يتمثل في التعدي على الحق في الحياة أو إصابة جسم المريض الذي تجرى عليه تلك العلاجات، و ما ينتج عن ذلك من عجز جزئي أو كلي عن العمل، علاوة عما يتكبده من نفقات العلاج و نحوه .

و يتضح من استعراض للقواعد القانونية التي يخضع لها الطبيب، إن سلوك الطبيب يحكمه نوعان من القواعد القانونية هي : ١- القواعد المدنية التقليدية و التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام

و لكن وفق القواعد القانونية التقليدية تكون مسألة إثبات وقوع خطأ أدى الى ضرر (علاقة سببية بين الخطأ و الضرر) في المجال الطبي بوجه عام و في مجال الاعمال الطبية غير الاعتيادية كالتقنيات البيوتكنولوجية، أمراً عسيراً و ذلك لتعقيدات الجسد البشري و تغير حالاته، بالإضافة الى عجز تلك القواعد القانونية في إثبات حصول الخطأ الذي أدى لوقوع الضرر و خاصة إن الامر متعلق بالجينات و كيفية الاستفادة منها في العلاجات الطبية غير الاعتيادية، و كذلك في إطار الهندسة الوراثية في مجال الغذاء، حيث ان اضرار هذه التقنية تكون بعيدة المدى و يؤدي ذلك الى صعوبة تحديد المتدخل أو المسؤول عن هذه الاضرار؛ مما يصعب التثبت معها حصول خطأ من قبل الطبيب المعالج و خاصة إن مخاطرها و آثارها السلبية منها يكون ظهورها بعيد الامد، لأن كل جسم له حالاته و حساسياته تجاه دواء معين، أو مادة غذاء معين دون الدراية المسبقة بذلك، فكل ذلك يؤدي الى عجز المدعي (المريض المتضرر) و القضاء من التثبت من حصول خطأ أدى الى وقوع الضرر، و من ثم قد لا يُحكم للمدعي بالتعويض؛ و ذلك لعدم وجود قواعد قانونية في التشريع العراقي لحل مثل هذه الإشكالية.

الفرع الثاني: موقف الفقه و القضاء المقارن في تحديد اساس المسؤولية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

لعجز القواعد القانونية التقليدية إزاء إثبات حصول خطأ الطبيب في مجال استخدام العلاجات غير الاعتيادية " كالتقنيات البيوتكنولوجية " وهو ما تم ايضاحه مسبقاً؛ قد سارع الفقه و القضاء الفرنسي الى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية التقصيرية؛ فأوجد نظرية الخطأ المفترض أو الاحتمالي، و نظرية المسؤولية بدون خطأ، وظهر اتجاه الى الاخذ بفكرة مبدأ الاحتياط في مجال الامور الصحية .

١- المسؤولية على أساس الخطأ المفترض أو الاحتمالي

للصعوبات التي تواجه المتضرر في إثبات وقوع خطأ من قبل المدعى عليه في المجال المتعلق بالمساس بالجسم البشري و خاصة في مجال الاعمال المتعلقة بالتقنيات البيوتكنولوجية ، ومن ثم إثبات العلاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الناتج، وبسبب عجز القواعد القانونية التقليدية

[١] انظر: سعدون العامري، الضرر في المسؤولية التقصيرية (بغداد: مطبعة وزارة العدل، ١٩٨١م)، ص٥٠-٥٥

وللجمود الذي أصاب نظام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ المحقق قد جعل القضاء الفرنسي عند النظر في مثل هذه القضايا إلى الاستنتاج أن الطبيب المعالج لا يمكن ان يكون لم يصدر منه خطأ[١]. وبمعنى أدق إن الضرر ما كان ليحدث لولا حصول خطأ أو تقصير من قبل الطبيب المعالج رغم عدم ثبوت تقصير أو اهمال هذا الطبيب بشكل قاطع بواجبه المتعلق ببذل العناية والحذر أو الحيطة.[٢]

و يذهب الفقه القانوني إلى أن هذه النظرية في مجال الاعمال الطبية الاعتيادية بوجه عام و غير الاعتيادية بوجه خاص هي عبارة عن فكرة وسط بين نظام المسؤولية على أساس الخطأ المحقق وفكرة المسؤولية بدون خطأ (المسؤولية الموضوعية)، فهي لا تتخلى عن فكرة الخطأ بشكل تام، والأخذ فقط بتوفر ركن الضرر من أجل تعويض المدعي (المتضرر)، إلا أنها رغم ذلك فهي تميل إلى المسؤولية الموضوعية وإنْ كانت فكرة قائمة بذاتها[٣]، فبموجب هذه النظرية سيكون عبء إثبات نفي الخطأ الطبي من جانب الطبيب أو المستشفى من دون أن يتحمل المريض المتضرر عبء إثبات حصول خطأ أو تقصير من قِبل الطبيب.

و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٩٨م بهذه النظرية في الحكم بالقضية المتعلقة " بتعرض المدعي للعدوى بمرض آخر أثناء إقامته في المستشفى الخاص، فاستنتجت المحكمة بأنَّ مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته في المستشفى فإنه لا يمكن تفسير ذلك، إلا أن الضرر الحاصل هو لارتكاب المستشفى خطأ أدى إلى حصول هذا الضرر".[٤]

و على الرغم من أهمية هذه النظرية التي استطاعت في حل بعض القضايا التي استحالت على المحاكم في تحديد خطأ الطبيب الموجب للتعويض على الرغم من حصول ضرر وذلك أما لعجز المريض في إثبات ذلك، أو أن بعض الاحيان لا يتبنى الخبير موقفاً حاسماً في تحديده لخطأ الطبيب المعالج، إلا أنها تعرضت للانتقاد، فذهب **الدكتور أحمد شرف الدين** في هذا الإطار إلى القول:

"إنَّ فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الاسم وأن الامر لا يعدو أنْ يكون إلا استعمالاً لوسيلة خلابة لمصلحة المضرور على حساب القواعد القانونية"[٥].

---

[1] Dorsnner-Doletvet (Annick), *La responsabilite' du médecin* (Economica, Paris, 2006), p.135

[٢] انظر: قاسم، محمد حسن، **إثبات الخطأ في المجال الطبي** (الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)، ص٩٥.

[٣] انظر: هديلي، أحمد، **تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات**، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، ٢٠٠٨م، ص١١٠. و انظر: عبد الباسط، محمد فؤاد، **تَراجُع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام** (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م)، ص٥١.

[٤] انظر: قاسم، محمد حسن، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، المرجع السابق، ص٦٧.

[٥] انظر: شرف الدين، أحمد، **مسؤولية الطبيب " مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القضاء الكويتي و المصري و الفرنسي** " (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٦م)، ص٨٢.

كما أن الفقه قد اعتبر هذه الفكرة بأنها تتنافى مع القواعد القانونية العامة التي بموجبها يقع على عاتق المدعي (المريض) إقامة دليل على ان الطبيب (المدعى عليه) قد قصر في واجباته القانونية، وأنتج عن هذا التقصير الضرر الذي أصابه.[١]

٢- المسؤولية المدنية بدون خطأ (المسؤولية الموضوعية)

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسي إلى ابتكار وسيلة أخرى؛ لإعفاء المريض المتضرر من واجب إثبات حصول خطأ من قبل الطبيب (المدعى عليه) والذي تسبب في حصول النتيجة الضارة، ولتخفيف العبء على القضاء في التحقق من حصول الخطأ الموجب للتعويض والاكتفاء بالاعتماد على حصول ضرر الذي يجب أنْ يكون جسيماً، ومن ثم يمكن للمتضرر أنْ يستند في دعواه إلى حصول الضرر الجسيم أي إثارة المسؤولية الموضوعية[٢].

فالمسؤولية الموضوعية هي " تلك المسؤولية التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض من جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر "[٣]. وأول من أخذ بهذه النظرية هو القضاء الاداري في فرنسا رغبة منه في تحقيق المساواة بين المرضى المتضررين من الأعمال الطبية التي تجرى في المؤسسات الصحية العامة والعاملين في تلك المؤسسات، فأخذ بها في قضية (Gómez) في مايو/ ١٩٩٨م حيث قضت محكمة الاستئناف الإدارية بتعويض الطفل (Serge) عما لحقه من الضرر الذي أصابه والمتمثل بإصابته بالشلل بعد ستة وثلاثين ساعةً من العملية التي أُجريت له في العمود الفقري بطريقة علاجية جديدة، وجاء في قرار المحكمة "....أنَّ استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أنْ يستتبع خطراً على المرضى الذين يخضعون له وخاصة أنَّ نتائج هذه الطريقة غير معلومة بعد، وأنَّ استخدام مثل هذه الطريقة تمَ دون وجود ضرورة تفرضها حالة المريض مما يؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة للطريقة العلاجية (Luque) حتى في حالة غياب الخطأ "[٤].

أما القضاء العادي الفرنسي فقد حاول الأخذ بهذه النظرية، ولكن من خلال ما يعرف بمبدأ ضمان السلامة وتمَّ بموجبه تطبيق المسؤولية بدون خطأ ويقصد بهذا المبدأ " الالتزام بعدم تعريض المريض لأي أذى، وعدم الحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي أو بسبب ما يعطيه من أدوية "[٥].

---

[١] انظر: فاطمة خلف كاظم، الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة – دراسة مقارنة، (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١)، ٢٠٢٠ ، ص٣١٤.

[٢] انظر: غصن، علي عصام، **الخطأ الطبي** (لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط٢، ٢٠١٠م)، ص١٣٢.

[٣] انظر: قاسم، محمد حسن، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، المرجع السابق، ص١١٨.

[٤] انظر القرار لمحكمة الاستئناف الفرنسية المشار إليه في: غصن، علي عصام، **الخطأ الطبي**، المرجع السابق، ص١٣٤.

[٥] انظر: نسيب، نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص٦٥.

فبموجب مبدأ ضمان السلامة سيلقى على عاتق الطبيب إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حصول الضرر بالمريض لنفي المسؤولية عنه، ووضع القضاء العادي الفرنسي شروط لأثبات السبب الاجنبي وهي:

١- أن يكون السبب لإحداث الضرر خارج عن العمل الطبي

٢- أن يكون هذا السبب غير متوقع الحدوث

٣- لا يمكن دفع هذا السبب الخارجي الذي أدى إلى حصول الضرر.[١]

و لتطبيق هذه المسؤولية بدون خطأ حدد مجلس الدولة الفرنسي شروطاً؛ لتطبيقها في إطار مسؤولية المرفق الطبي العام والمتمثلة في الآتي:

" ١- أن يكون العمل الطبي الذي أجريَّ هو عملاً ضرورياً للتشخيص أو للعلاج، وانه تم برضا المريض إلا اذا كان في حالة الطوارئ والاستعجال

٢- أن يتوقع الطبيب حدوث مخاطر للعمل الطبي والتي لا تحدث إلا بصفة استثنائية

٣- أن لا تكون الحالة المرضية للمتضرر أي علاقة في إحداث الضرر أو الخطر الطبي الحاصل

٤- أن يكون الضرر الناتج هو ضرر لاحق جديد بالمريض المتضرر

٥- أن يكون الضرر الناتج ضرراً جسيماً."[٢]

٣- تأسيس المسؤولية المدنية على أساس مبدأ الاحتياط

مبدأ الاحتياط من أهم المبادئ المستحدثة، وموجه أساساً لمواجهة الخطر المجهول، فنشاطات الإنسان وتطورها، وكذا إمكانية الإلمام بجميع نتائجها وآثارها هو من الأمور الصعبة التي توجب ضرورة الحيطة، خاصة عند خطورة وجسامة الضرر، كان لهذا المبدأ نشأته في نطاق التشريعات البيئية ،فقد نشأ مبدأُ الحيطةِ في البداية كمبدأ في القانونُ البيئيُّ الدوليُّ، ونظمه من خلال الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية البيئة ثم تلقفته التشريعاتُ الوطنيةُ المَعْنيةُ بحماية البيئة، كالميثاق البيئي الدستوري الفرنسي رقم (٢٠٠٥-٥)، والذي ينظمه في المادة الخامسة منه، وقانون البيئة الفرنسي في المادة (١١٠-١)[٣]، فمفاد هذا المبدأ يتجسد في الحيلولة وتحقق الضرر، لذلك يغلب على هذا المبدأ طابعه الوقائي.

---

[١] انظر: فاطمة خلف كاظم، الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة – دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص٣١٥.

[٢] انظر في تفاصيل شروط مجلس الدولة الفرنسي المشار اليها في: ثروت، عبد الحميد، **تعويض الحوادث الطبية – مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي** (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨م)، ص٨٤، ٨٥.

[٣] انظر: عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني : دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي،ط١ ، ٢٠١٥ ،ص ١١

فيعتبر إعلان ريو أحد أهم المواثيق الدولية التي تناولت مبدأ الحيطة، بل هناك من يعتبر هذا المبدأ و تطبيقه على الساحة الدولية، يعود إلى هذا الإعلان، و هذا ما يتضح من خلال المادة ١٥ التي أقرت هذا المبدأ ، حيث عرفته بأنه :

" عندما تكون هناك تهديدات بوقوع أضرار جسيمة أو لا رجعة فيها، والافتقار إلى اليقين العلمي الكامل لا يمكن أن يكون مبرراً لتأجيل اعتماد تدابير فعالة لمنع التدهور البيئي"، ثم قد انتقل مبدأ الاحتياط من القانون الدولي إلى التشريعات الحديثة، و هو التشريع الفرنسي الذي يعتبر من التشريعات السباقة لتبني هذا المبدأ وذلك في القانون ١٠١-٩٥ عام ١٩٩٥ المتعلق بدعم حماية البيئة[١]، و في قانون بارنييه لسنة ١٩٩٥ وضع المشرع الفرنسي تعريف لمبدأ الاحتياط بأنه: " غياب اليقين العلمي على ضوء المعرفة العلمية الحالية و التكنولوجية، لا يجب أن يؤجل تبني تدابير فعلية و متوازية قصد الوقاية من أضرار جسيمة و انعكاسية للبيئة و بتكلفة مقبولة اقتصادياً "[٢].

و لتطبيق مبدأ الاحتياط هذا المبدأ ذهب بعض الفقه القانوني الى تحديد شروط أو عناصر رئيسية، و التي تتمثل في" **غياب اليقين العلمي، و أن يتعلق الأمر بخطر جسيم لا رجعة فيه** "[٣]، و من هذه الشروط التي ذهب اليها الفقه القانوني ، نجد انه لا يكفي لتطبيق مبدأ الاحتياط أن يكون هناك غياب لليقين العلمي فيما يتعلق بالأضرار التي يخشى وقوعها، و إنما لابد ان يتم تطبيق هذا المبدأ في مواجهة الأخطار الغير مؤكدة و التي تكون على درجة معينة من الجسامة، فلا يكفي الخطر البسيط للقول بتطبيق هذا المبدأ، و عليه يكون عنصر الخطر أن يكون خطراً احتمالياً و غير مؤكد.[٤]

و لذلك اعتبر الفقه القانوني إن مبدأ الاحتياط هو مبدأ موجه أساساً لمواجهة الخطر المجهول، كنشاطات الإنسان وتطورها، والتي لا يمكن إمكانية الإلمام بجميع نتائجها وآثارها أو هو من الأمور الصعبة التي توجب ضرورة الحيطة، خاصة عند خطورة وجسامة الضرر. ومن ثم قد جاء هذا المبدأ نظراً لتطور فرضته المخاطر والمشاكل البيئية عامة والصحية خاصة و بشكل خاص لحماية المجتمع من الأخطار غير المعروفة، و للتخوفات من الآثار الضارة التي تنجم عن التوسع في استعمال التكنولوجيا المتطورة كالتطور البيوتكنلوجي والمواد الخطيرة و التي تم ايضاحه مسبقاً؛

[١] انظر: حميداني محمد، المسؤولية المدنية البيئية في التشريع الجزائري و المقارن نحو مسؤولية بيئية وقائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧ ، ص ١٤٦

[٢] و قد أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ في القانون رقم ١٠-٠٣ المؤرخ في ١٩ يوليو ٢٠٠٣ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على نحو الوقاية من خطر الاضرار الجسيمة، حيث نصت المادة (٣) من هذا القانون بأنه:"... يجب بمقتضاه ألا يكون عدم توفر التقنيات نظراً للمعارف العلمية و التقنية الحالية، سبباً في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية و المناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة، و يكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة ". انظر: نعيمة عمارة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس الحيطة، دفاتر السياسة و القانون، العدد التاسع، حزيران ٢٠١٣، ص ١٨٢.

[٣] انظر: عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة و مسؤولية المهنيين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان كلية الحقوق، ٢٠١٣–٢٠١٤ ، ص ١٥٤– ١٥٥

[٤] انظر: عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني : دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، المرجع السابق ، ص١٠٣

فيتم اللجوء إلى تطبيقه عند غياب اليقين العلمي حول الأخطار المحتملة، حيث لا يشترط لتطبيق المبدأ معرفة جيدة واليقينية بالأخطار ، بل يكفي أن يكون هناك شك بوقوعها[1].

الفرع الثالث: مراجعة تحليلية نقدية

مَّما تقدم استعراضه بشكل مفصل في الصفحات السابقة من نظريات؛ لتخفيف عبء إثبات الخطأ، والعلاقة أو الرابطة بين ذلك الخطأ والضرر الناتج نستنتج ما يلي:

١- إن هذه النظريات هي مبادئ تخرج عن القاعدة القانونية العامة في مجال الإثبات، وهي " البينة على مَنْ أدعى واليمين على مَنْ أنكر "، إلا أنَّ تطبيق هذه القاعدة لا يمكن أنْ يحقق المساواة في إطار العمل غير المشروع في المجال الطبي المتعلق بالجسم البشري.

٢- إن الجسم البشري وحرمته له خصوصية فلا يمكن استبداله بعضو آخر بدلاً من العضو الذي تضرر، وخاصة في ظل التطور الحاصل في مجال الطب، وظهور الطب البيوتكنلوجي في علاج الأمراض المستعصية، وبالإضافة إلى ابتكار طرق طبية قد أصبحت معظمها مجرد طرق لتحقيق الهوس العلمي على حساب الكرامة الإنسانية وهو ما أدى إلى ابتداع مثل هذه النظريات.

٣- إنَّ تطبيق شروط المسؤولية بدون خطأ التي أشار إليها مجلس الدولة الفرنسي يمكن تصوره في اطار عمليات التناسل المساعدة وخاصة أن الاضرار التي يمكن أنْ تنتج عنها تكون متوقعة ولكن بصفة استثنائية، ورغم ذلك نجد أنَّ الاخذ بهذه الفكرة يكون في إطار الأضرار الناشئة من هذه العمليات التي تجرى في المرفق الطبي العام فقط

و من جانب آخر، بالرغم من أن الاخذ بهذه الفكرة سيكون لجانب المضرور وهو الطرف الضعيف في الدعوى، إلا أنَّ الاخذ بها من غير الاخذ في الاعتبار مكانة العمل الطبي وأهميته، ومن ثم سيكون له التأثير في عدم الابداع والابتكار في ايجاد علاجات للأمراض المستعصية بالإضافة إلى التخوف من القيام بالممارسة الطبية من جانب الطبيب طالما ممكن حدوث أضرار حتى وإنْ لم يكن للطبيب يد في حدوثها ومن ثم سيصعب على الطبيب إثبات السبب الاجنبي، وعليه سيكون أحد أطراف الدعوى أقوى من الطرف الآخر، وهو أمر يتعارض مع مبدأ المساواة أمام القانون واعطاء لكل ذي حق حقه.

٤- نجد أن الأخذ بنظرية المسؤولية بدون خطأ بحجة تخفيف الأعباء على القضاء في التحقق من حصول خطأ من قبل الطبيب، وهل له علاقة بحدوث الضرر أم لا، فيه خروج عن صميم عمل القاضي في التحقق من جميع القضايا المعروضة عليه وبشكل خاص في المسائل المتعلقة بالعمل الطبي؛ لأنها متعلقة بالجسم البشري وحرمته وكرامته.

٥- إن الاعتراض الذي ذهب اليه جانب من الفقه القانوني حول فكرة أو نظرية (الخطأ المفترض القابل لأثبات العكس) بأنها تخالف القاعدة القانونية العامة " البينة على مَن أدعى واليمين على مَن أنكر "، إلا أننا نجد أنَّ الاخذ بفكرة (المسؤولية بدون خطأ) خروج عن مبادئ العدالة وقواعد القانون في ضرورة تحقق المسؤولية بأركانها من أجل تحقيق العدالة واحقاق الحق بين اطراف النزاع، أما فكرة الخطأ المفترض فتعمل على إيجاد التوازن بين الاطراف المتنازعة دون المحاباة

[1] انظر: د.آمال فكيري، احتضان مبدأ الاحتياط في مجال الأخطار الصحية " المسؤولية الطبية "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع ، ٢٠١٥، ص ٦٦

التامة لطرف دون الطرف الآخر، وخاصة مع التطور الحاصل في المجال الطبي والمتعلق بتعقيدات الجسم البشري، فأصبح من الصعب على المريض إثبات حصول الخطأ.

و من جانب آخر فإنَّ الأخذ بفكرة الخطأ المفترض ستبقي على القاعدة " اليمين على من أنكر " على عاتق الطبيب في إثبات عدم ارتكابه أي تقصير في عمله الطبي الذي ينسب إليه الضرر الحاصل، في حين أن فكرة أو نظرية المسؤولية بدون خطأ سيقع على عاتق الطبيب إثبات السبب الاجنبي الذي هو أصعب من إثبات نفي تقصيره في واجبه في الحيطة والحذر.

٦ - أن تأسيس المسؤولية المدنية بالاعتماد على مبدأ الاحتياط الا عبارة عن مسؤولية قائمة و مؤسسة بدرجة أولى على عنصر الخطر وهو غير مؤكد و غير معروف، بالإضافة إلى كونها تقوم على التخوف من مجابهة أضرار احتمالية جسيمة غير قابلة للاسترداد قد تتحقق و قد لا تتحقق ، و هنا العلاقة السببية التي في الاساس يجب أن تكون بين الخطأ و الضرر، و في هذه الحالة نقصد بالعلاقة بين الخطر و الضرر المحتمل غير ثابتة يقينياً و بالتالي فإنها علاقة نسبية لا يتيسر إثبات وجودها، و من ستصبح مجرد علاقة احتمالية و نسبية

٧- و وفق شروط تطبيق مبدأ الاحتياط ، يعتبر مبدأ وقائي و ليس فقط مبدأ لتأسيس المسؤولية المدنية التي غرضها تعويض المتضرر، فهو يهدف إلى الاخذ بالاحتياط أمام أخطار غير معروفة ، فقبل أن يتم اللجوء إلى تعويض الضرر يتم اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية على غرار المنع المؤقت للنشاط أو السحب المؤقت للسلعة أو المنتوج اجتنابا لوقوع الضرر المحتمل.

٨- في حالة الاخذ بمبدأ الاحتياط كأساس للمسؤولية المدنية ، سيؤدي الى حصول تعويضين (١- التعويض الاحتياطي لضرر لم يتحقق بعد لكن امكانية وقوعه و ذلك لخطورة الاعمال التي يمكن ان ينشأ عنها هذا الضرر ، ٢ - و تعويض نهائي يتم إقراره عند تحقق الضرر) ، و من ثم سيكون تقدير جزافي في التعويض الاحتياطي ، و هذا الامر يناقض للمبدأ بان يكون التعويض كاملاً ، فيشمل مختلف الأضرار المادية و الجسمانية و المعنوية التي أصابت المدعي، و الأضرار التي كان يجب توخي الحيطة و الحذر لتلافي وقوعها، مما يدعو القاضي إلى تحديد مدة زمنية معينة أمام المتضرر لإمكانية المطالبة بتعويض تكميلي في حالة تفاقم الضرر و تزايد آثاره، في حين ان التعويض يحكم به في تحقق عناصره و من ثم يقدر لكي يكون كاملاً شاملاً قدر الامكان لآثار الضرر المستقبلية فلا يترك المجال الى حصول تعويض تكميلي .

٩ - ان الاعتماد على مبدأ الاحتياط كأساس للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجي باعتبارها من الاشياء الخطرة يعتبر متعارض مع نصوص القانون المدني العراقي حتى و ان كان الغرض من الاخذ بهذا المبدأ للتخفيف على المتضرر عبء اثبات الخطأ الواقع من قبل المدعى عليه ، الا ان المشرع العراقي حدد اساس المسؤولية عن الاشياء الخطرة هي الخطأ المفترض و ذلك وفق المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي و التي تنص " كل من كان تحت تصرفه الآلات ميكانيكية أو اشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر" ، و من ثم لا يمكن تطبيق مبدأ الاحتياط في اطار التقنيات البيوتكنولوجية.

و في ضوء ما تقدم بيانه من معطيات، نرى على المشرع العراقي الأخذ بالمسؤولية على أساس الخطأ المفترض في مجال الأعمال الطبية، لأن ذلك سيحقق العدالة بين أطراف النزاع دون الانحياز لطرفٍ دون الآخر، كما أنَّ هذه النظرية لا تخالف المبادئ القانونية العامة فهي تحقق العدالة والمساواة أمام القانون دون تحقيق الغبن لطرف على حساب الخصم الآخر طالما أن للقضاء سلطة تقديرية في التحقق من أركان المسؤولية المدنية، ومن ثم إصدار حكمها في الموضوع، ونجد أن

هذه الفكرة فيها تشديد على الأطباء في الحذر في قيامهم بأعمالهم الطبية دون الاستهانة بالجسم البشري وكرامته، وفي الوقت ذاته يجب الاخذ في الاعتبار مكانة العمل الطبي، وإبداع الأطباء في ايجاد العلاجات للأمراض المستعصية.

المطلب الثاني: مدى كفاية نصوص القانون المدني في تقدير التعويض عن الضرر الناشئ استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

بثبوت توفر أركان المسؤولية المدنية فستقرر المحكمة بوجوب المدعى عليه تعويض الطرف المتضرر، فكلما تحقق الضرر الحاصل بسبب الفعل التقصيري للمدعى عليه ثبت حق المضرور في التعويض عن الضرر الذي أصابه ، و قد اوضحنا في المبحث السابق إن المشرع العراقي لم ينظم الحماية المدنية لاستخدام التقنيات البيوتكنولوجي ؛ ولذلك يكون تحديد هذه الحماية أو المسؤولية خاضعاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وبحسب الأحكام العامة في المسؤولية المدنية فإن التعويض هو وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، ويكون للمحكمة سلطة تقديرية في إقراره، بيد إن هذا التقدير او التحديد هل له آلية معينة و ما هي العوامل التي يعتد بها القاضي عند تحديد التعويض ، و ما هو وقت تقدير التعويض؟

الفرع الاول: آلية تقدير التعويض

التعويض في القانون العراقي هو إصلاح للضرر وتقدره المحكمة إن لم يكن محدداً في العقد ، و التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية يكون قضائياً ، للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد التعويض الذي يمنح للمتضرر إذا لم يحدد في العقد أو بنص القانون، فلها أن تحدد طريقة التعويض، فنصت المادة (٢٠٩) في فقرتها (الأولى) على: " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً شهرياً، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأنْ يقدم تأميناً " . و عليه فإنّ التعويض لا يشترط أنْ يكون نقدياً رغم أنه السائد، فقد يكون تعويضاً عينياً والذي يكون في بعض الحالات أفضل من التعويض النقدي في إزالة الضرر متى ما كان ممكناً بحيث يتم إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر عليه[1] .

أما الضرر الذي يستحق عنه التعويض في القانون العراقي ، بالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي، نجد ان المشرع في الفصل الثالث منه الى الاعمال غير المشروعة الشخصية و قسمها الى الاعمال الواقعة على المال (في المواد ١٨٦- ٢٠١)، و الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (في المواد ٢٠٢- ٢١٧) قد أشار الى وجوب الضمان عن الاضرار التي تترتب عن تلك الاعمال ، إلا ان المشرع لم يعرف ما هو الضرر ، لكن بالرجوع الى تلك النصوص يعتبر الضرر بصورة عامة هو: " الأذى الذي يلحق الغير من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو

[1] انظر: قزمان، منير، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م)، ص١٥٣

شرفه أو غير ذلك "[1]. فالضرر إما يكون مادياً يتعلق بحياة الغير أو جسمه أو ماله، وإما يكون ضرراً أدبياً يلحق بشرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي.[2]

و في إطار القواعد العامة أنَّ الشخص المضرور (المدعي) لا يستحق التعويض عن كل ضرر أصابه، فالضرر غير المباشر لا يعوض عنه سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، كما حدد الفقه القانوني شروطاً للضرر الذي يستوجب التعويض سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية من خلال استقراء نصوص القانون المدني هي

١- أن يكون الضرر محققاً

٢- أن يكون الضرر مباشراً

٣- أن يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور

كما حدد الفقهاء ان يكون الضرر متوقعاً اذا كان الامر يتعلق بالإخلال بالتزام تعاقدي ، أما في اطار المسؤولية التقصيرية فلا يستوجب شرط التوقع .[3] و قد أكد هذا الشرط (شرط التوقع في المسؤولية العقدية) في قضاء محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه "ان شحة مواد البناء تعتبر من الأمور التي يمكن توقعها وقت التعاقد ولا تعتبر قوة قاهرة أو حادث فجائي"[4]، و من القرارات القضائية التي تبين شروط الضرر، هو ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه: "الضرر المطالب به يجب ان يكون محققاً ولا يكفي ان يكون محتمل الوقوع "[5]

و لأجل تحديد التعويض الممنوح لابد من عوامل أو عناصر يشملها التعويض عن الضرر التقصيري ، و بالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي نجد انه في **الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧)** التي تنص على " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع." قد اوجب المشرع على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي ، و بشأن الضرر المادي فأن التعويض عنه يشمل عنصرين :

---

[1] و نجد في بعض الاحيان ان الضرر لا يصيب فقط المضرور نفسه الذي وقع عليه الفعل الضار و انما يرتد ايضاً الى اشخاص آخرين كونه تبعياً للضرر الاصلي الواقع على من وقع عليه الفعل الضار كحالة الوفاة فأن الفعل الضار وقع على المتوفي و لكن في الوقت ذاته ادى تبعاً لهذه الوفاة الى فقدان الزوجة او الابناء من كان يعيلهم و ايضا سبب لهم الشعور بألم فقدان معيلهم ، و يسمى هذا الضرر التبعي بالضرر المرتد، انظر في ذلك: مقدم، سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي** (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م)، ص٤٠.

[2] انظر: ذنون، حسن علي، **المبسوط في المسؤولية المدنية**، المرجع السابق، ص١٥٥.

[3] انظر: عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام – ج١ (بغداد: مطابع مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٠م)، ص٢١٤.

[4] انظر، قرار المرقم ١٣٧/١٣٦/ مدنية أولى، ٩٧٤ في ١٩٧٤/٨/١٤م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص٥٠.

[5] انظر، قرار المرقم ١٤٦٤/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٥/٢/٢٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ص٥٥

١- الخسارة المترتبة عما لحقت المتضرر من جراء العمل غير المشروع : و هي الخسارة اللاحقة التي تسبب بها المدعي بعمله غير المشروع فهي ما فات من المنافع التي حرم الفعل الضار المتضرر من الانتفاع بها كحرمان أو عدم استطاعة المدعي القيام بوظيفته او عمله بسبب الاصابة الجسدية التي تسبب بها المدعى عليه بسبب خطأه او اهماله[١] ، فالخسارة اللاحقة أو المترتبة عن الضرر هي تلك المتعلقة بالضرر المباشر المترتب على خطأ المدعى عليه و المتمثلة لحق أو لمصلحة مشروعة للمضرور[٢]، فضرر الاصابة الجسدية و نفقات العلاج أو اجراء العملية الجراحية للمصاب هو الخسارة المترتبة عن الفعل الضار .

٢- الكسب الفائت : المشرع العراقي قد اشار في **الشق الثاني من الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧)** المار ذكرها بأن على المحكمة ان تأخذ بالاعتبار الكسب الفائت الذي لحق المتضرر نتيجة العمل غير المشروع ، و الكسب الفائت ليس هو الضرر المباشر للعمل غير المشروع كالإصابة الجسدية ، و انما يتمثل بالربح أو اجره الذي كان يتوقع الحصول عليه لولا العمل غير المشروع الصادر من المدعى عليه[٣]، و تطبيقاً لما مر ذكره ، فقد اكدت محكمة التمييز في احدى قراراتها بأنه " يجب ان يشتمل التعويض عن الضرر على عنصرين هما (الخسارة المتحققة و الكسب الفائت) "[٤].

و كذلك هناك عنصر آخر أوجده الفقه القانوني و هو (الظروف الملابسة) حيث بالرجوع الى نصوص القانون المدني ، نجد ان المشرع في **الفقرة الثالثة من المادة ١٩١** على انه " عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم." فالمشرع اخذ بمركز كل من المسؤول و المضرور في تقدير التعويض معاً و ليس احدهما ، و يبدو ان توجه المشرع العراقي في ذلك هو نابع من ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض وفقاً لظروف القضية المعروضة امام القاضي .

بيد ان كان من الاجدر على المشرع ان ينص على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .

و لما تقدم ان عناصر التعويض عن الضرر المادي هي (الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت و الظروف الملابسة).

أما ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الادبي فإنه لا يشتمل على عنصري الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت ؛ لان التعويض عن الضرر الادبي يتعلق بالتعويض عن الضرر المتعلق بالألم و الحرمان النفسي و الاعتداء على العرض و الحرية الشخصية ، فالتعويض عن الضرر الادبي هو عنصراً

---

[١] السيد خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، القاهرة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٨م ، ص٧٨٠

[٢] انظر: حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية- التقصيرية و العقدية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، ط٢ ، ١٩٧٩م ، ص٥٣٧

[٣] انظر : لقمان فاروق حسن ، المسؤولية القانونية في العمل الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٣م ، ص٢٤٠

[٤] انظر في ذلك: قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٣/ موسعة اولى / ٩٠ في ٢٩/ ٥/ ١٩٩١م ، و المشار اليه في : احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٢م ، ص ٢٥٦

قائماً بذاته حيث يصعب تقويم نتائجه أو آثاره بالنقود ؛ و لذلك لا يوجد معيار نقدي لتقدير قيمته المالية، و لذلك ذهب الفقه القانوني في هذا المجال الى ان العنصر الذي يعتد به هو (عنصر الظروف الملابسة)[١]، و هو ما يتعلق بالظروف الخاصة بالمضرور و ليس بالظروف الخاصة بالمسؤول (المدعى عليه)، كما اوجب فقهاء القانون في هذا المجال أن يكون من ضمن الظروف الملابسة التي على القاضي الاخذ بها تلك المتعلقة بالعوامل الخارجية التي أثرت تأثيراً مباشراً في حصول ألم و معاناة نفسية جسيمة بالمضرور[٢].

الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض

بصورة عامة ان الوقت الذي تراعيه المحكمة لتقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و هو في حالة الضرر الثابت ، أما ان كان الضرر متغيراً ، فقد اوضحنا ان المشرع العراقي في المادة (٢٠٧) المار ذكرها قد اوجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي و لكن المشرع لم ينص صراحة عن وقت تقدير التعويض عن الضرر سواء كان الضرر ثابتاً أو متغيراً ، إلا إن بالرجوع الى نصوص القانون المدني نص المشرع في **المادة ٢٠٨** على: " اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضمن بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير" ، و من خلال مفهوم هذه المادة بالإمكان الاستنتاج على ان وقت تقدير التعويض يكون وقت الحكم ، كما ان المشرع قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم و هنا الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض . كما نجد أن المشرع قد أورد في الفقرة الاولى من المادة ٢٠٩ عبارة (الظروف) حيث نص على:" تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف....." ، و هنا العبارة (الظروف) عبارة مطلقة و شاملة فتشمل حالة الضرر المتغير ؛ فأتاح للقاضي سلطة تقديرية وفقاً لظروف معينة ان يحكم بمقدار معين من التعويض بما ينسجم مع الظروف التي تؤثر في القضية المنظورة و هو ما يعني وقت صدور الحكم .

و لعدم ورود نص صريح لتحديد وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري ، فموقف القضاء العراقي فمن خلال تتبع احكام القضاء العراقي ، نجده في بادئ الامر كان يعتبر وقت تقدير التعويض عن الضرر هو وقت حصول الضرر و هو مل قررته محكمة التمييز في احدى قراراتها و ذلك بأن " تقدير قيمة البناء المهدوم يكون بالسعر الذي كان عليه عند هدمه "[٣] ، و لكن في قرار

---

[١] انظر : مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩م ، ص٢٢١-٢٢٢

[٢] انظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥م، ص١٣٤

[٣] قرار محكمة التمييز رقم ٤٩٢/م١/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٩ ، منشور في مجلة الإحكام العدلية ،العدد الرابع ، السنة السادسة ،ص ٢٧

آخر لمحكمة التمييز اعتبرت وقت التقدير هو وقت إقامة الدعوى و هو ما ذهبت اليه بالقول " قيمة الذهب المغصوب تقدر بتاريخ إقامة دعوى استرداده"[١].

غير ان محكمة التمييز قد تراجعت عن اتجاهها و ذهبت بصريح العبارة بأن وقت تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية هو وقت حصول الضرر و ذلك في قرار لها حيث ذهبت فيه " التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يقدر بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه ، ولما كان الحادث قد وقع في عام ١٩٩١ فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون"[٢] .

و بذلك نجد ، ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و تارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، و هذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير فيمكن أن يقع الضرر في تاريخ معين و تستمر آثاره و تتغير سواء في ذاتية الضرر أو في القيمة الشرائية حتى بعد إقامة الدعوى ، و لذلك ندعو المشرع الى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

الخـاتمـة

بعد انتهائنا من دراسة " الحماية المدنية لحق الانسان في الصحة في ضوء التطور البيوتكنولوجي"، ينبغي أن نذكر ما توصلنا اليه من النتائج و التوصيات

أولاً: النتائج:

١- إن التطور البيوتكنولوجي هو تطور حاصل في الأبحاث والتجارب العلمية في مجال الطب البيولوجي (اي تطور التجارب الطبية سواء علاجية او علمية).

٢- إن المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م قد أغفل انه يمكن الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد

٣- تعرض المشرع العراقي الى الكائنات الحية المعدلة وراثياً و منتجاتها (كالأغذية المعدلة وراثياً) في نظام السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ .

[١] قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٣٠/م٤/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/١١/٢٨، منشور في مجلة الإحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، ص ٦٣ .

[٢] قرار محكمة التمييز رقم ٥١٧٧/م١ منقول/ ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٩/٤/٧ (غير منشور) ، مشار اليه في : حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤، ص١٣٤

٤- ان المشرع العراقي استثنى سريان نظام "السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥"على منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً المخصصة للأغراض الدوائية والعلاجية أو لإنتاج المواد الطبية والصيدلانية والصيدلانية و هو ما نص عليه بالقول" يستثنى من أحكام البند (اولاً) من هذه المادة منتجات الكائنات الحية المحورة وراثياً المخصصة للأغراض الدوائية والعلاجية أو لإنتاج المواد الطبية والصيدلانية في مكان الاحتواء بغرض الاستخدام البشري أو البيطري والخاضعة للأنظمة النافذة في وزارتي الصحة والزراعة"

٥- من خلال استعراض التشريعات العراقية النافذة ذات العلاقة بمظاهر استخدام التقنيات البيوتكنولوجي ، فإنها لم تنظم مسألة الحماية المدنية أو (المسؤولية المدنية) رغم أن في مجال العمل الطبي عامة وفي المجال الطبي غير الاعتيادي بشكل خاص لابد أن يضع المشرع نصوصاً؛ لضمان حقوق و التزامات الأطراف ذات العلاقة

٦- إن سلوك الطبيب في العراق يحكمه نوعان من القواعد هي : ١- القواعد القانونية المدنية التقليدية التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام.

٧- توصلت الدراسة إلى أنَّ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبيّ التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاص في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية(كالتقنيات البيوتكنولوجية)

٨- القانون العراقي فلم ينص عن الضرر المتغير و كيفية تقدير التعويض عنه و لا توجد طريقة حسابية فترك المشرع للقاضي الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب ، فتلك الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المتغير .

٩- ان المشرع العراقي قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم عن الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض .

١٠- ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و تارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، و هذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير

١١- ان المشرع العراقي قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم عن الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض

ثانياً: التوصيات:

١- نقترح على المشرع العراقي أن يشر في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ الى الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد دون أن يكون النص قاصراً بصورة

غير مباشرة على عمليات زرع الأعضاء المغاير؛ لأن من خصائص أي قانون أن يكون قانوناً مرناً يمكن تطبيقه في كل زمان و على كل الظروف

٢- ندعو ان تعدل المادة (٧٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بحيث تنص على عبارة (فحص الجينات الوراثية او البصمة الوراثية) بدلاً من عبارة (فحص الدم) في تحديد هوية الشخص.

٣ - ندعو المشرع العراقي ان ينص في الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ من القانون المدني على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .

٤ - ندعو المشرع العراقي الى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

٥ - ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الانجاب و قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها و نظام "السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥"، و ذلك بإيراد نصوص أو قسم خاص عن المسؤولية المدنية في تحمل الاضرار الناشئة عن القيام بتلك العمليات الطبية أو لاستخدام للتقنيات البيوتكنولوجي الذي أدى الى حصول الضرر ، (أي تُقام مسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ المفترض) ، و ذلك لمنع التشتت في تنظيم عمله بين القواعد التقليدية و تعليمات السلوك المهني الطبي ؛ و ذلك لمنع الرجوع الى القواعد التقليدية التي يعجز بسببها المريض المتضرر عن اثبات خطأ الطبيب أو تقصيره و من ثم عدم حصوله على التعويض.

المصادر

أولاً: الكتب

١- احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٢م
٢- ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥م
٣- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبيّ – دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠ م)
٤- البار، محمد علي، **خلق الإنسان بين الطب و القرآن** (المملكة العربية السعودية: الدار السعودية للنشر، ط١١، ١٩٩٩م)
٥- السيد خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، القاهرة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٨م
٦- جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة- تعريب: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)
٧- حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية- التقصيرية و العقدية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، ط٢ ، ١٩٧٩م
٨- حميداني محمد، المسؤولية المدنية البيئية في التشريع الجزائري و المقارن نحو مسؤولية بيئية وقائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧

٩- خالد الكبيسي، مقدمة في علم الاحياء الجزيئي(عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م)
١٠- ثروت، عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية – مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨م)
١١- رضا عبد الحليم عبد المجيد الحماية القانونية للجين البشرى "الاستنساخ وتداعياته" دراسة مقارنة- الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ٢٠٠١
١٢- سعدون العامري، الضرر في المسؤولية التقصيرية (بغداد: مطبعة وزارة العدل، ١٩٨١م)
١٣- سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م)
١٤- شرف الدين، أحمد، مسؤولية الطبيب " مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القضاء الكويتي و المصري و الفرنسي " (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٦م)
١٥- عادل محمد المصري : الوراثة وهندسة الجينات، مكتبة أوزريس، القاهرة ٢٠٠٨
١٦- عبد الباسط، محمد فؤاد، تَراجُع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م)
١٧- عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام – ج١ (بغداد: مطابع مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٠م)
١٨- عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني : دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ط١ ، ٢٠١٥
١٩- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية-رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)
٢٠- علي عصام غصن، الخطأ الطبي (لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط٢، ٢٠١٠م)
٢١- فاطمة خلف كاظم، الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة - دراسة مقارنة، (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٢٠)
٢٢- فيليب روجيه، البصمات الوراثية- ترجمة: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)
٢٣- لقمان فاروق حسن ، المسؤولية القانونية في العمل الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٣م
٢٤- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)
٢٥- محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)
٢٦- محمود أحمد طه ، الإنجاب بين التجريم و المشروعية (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٨ م)
٢٧- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م)

ثانياً: المجلات العلمية

١- آمال فكيري، احتضان مبدأ الاحتياط في مجال الأخطار الصحية " المسؤولية الطبية "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع ، ٢٠١٥
٢- فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة العربية للعلوم الصيدلية، عدد تأسيسي،ج١، جمعية كليات الصيدلة العربية، كلية الصيدلة، دمشق، ١٩٩٧م

٣- مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩م
٤- نعيمة عمارة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس الحيطة، دفاتر السياسة و القانون، العدد التاسع، حزيران ٢٠١٣
٥- هديلي، أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، ٢٠٠٨م
٦- وائل عبد الموجود محمد فرغلي، الأساس القانوني للمسئولية المدنية عن استعمالات الهندسة الوراثية في مجال الغذاء ، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية)، المجلد ١٧، العدد ٧، أغسطس ٢٠٢٣

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح الجامعية

١- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤
٢- سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤- ٢٠١٥م
٣- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة و مسؤولية المهنيين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان كلية الحقوق، ٢٠١٣-٢٠١٤
٤- نسيب، نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م

رابعاً: المصادر الاجنبية

1- Dorsnner-Doletvet (Annick), *La responsabilite' du médecin* (Economica, Paris, 2006)
2- Federico M, Bellei M, Brice P, et al,EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003;21(12):2320-2325.
3- Kirchheiner, J. & Seeringer, A. (2007). ***Clinical implications of pharmacogenetics of cytochrome P450 drug metabolizing enzymes.*** *Biochimica et Biophysica Acta*. Vol. 1770

4- Lesko, L.J. & Woodcock, J. ***Translation of pharmacogenomics and pharmacogenetics: a regulatory perspective.*** *Nat Rev Drug Discov*. Vol.3, No.9, (2004)
5- Mendoza E, Territo M, Schiller G,(1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant.;15(2)
6- McHughen A.: **Public perceptions of biotechnology**. Biotech. J. 2007.

خامساً: المواقع الالكترونية

وزارة الطاقة الامريكية للعلوم (مشروع الجينوم البشري):

http://www.ornl/gov/sci/techresources/Human-Genome/medicine/genethereapy.shtml

سادساً: القوانين و التشريعات

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل

قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل.

قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل

قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م المعدل

قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل.

قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م

قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

نظام "السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا رقم (٢) لسنة ٢٠١٥

تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥م