العدد (الثالث) المجلد (الاول)
شهر حزيران عام 2025

مجلة الدراسات القانونية التطبيقية
ISSN:2709-426x

الطبيعة العقدية لعمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية

دراسة قانونية مقارنة في القانون العراقي والمصري والاماراتي والفرنسي

والمبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية والاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان والطب الحيوي لعام ١٩٩٧

The contractual nature of human organ transplantation A comparative legal study in Iraqi, Egyptian, Emirati and French law, the World Health Organization guidelines, the European Convention on Human Rights and Biomedicine of 1997

م. عدالة عبد الغني محمود
Lect.Adalaaa Abdul Ghani Mahmoud
جامعة تكريت - كلية القانون
Tikrit University - College of Law
adalaaa.law@gmail.com

م.م عبدالله موفق علي
Asst.Lect.Abdullah Muwaffaq Ali
جامعة تكريت - كلية القانون
Tikrit University - College of Law
am240007ula@st.tu.edu.iq

المستخلص

تعد عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من العمليات التي ذاع صيتها وانتشرت انتشاراً واسعاً لما لها من دور بارز في انقاذ حياة المرضى، وأن التعامل بالأعضاء البشرية كونه عقداً يستلزم توافر اركان لهذا العقد، ونظراً لخطورة هذا العقد بين الاحياء وما يمثله من انتهاك للسلامة الجسمانية للمتبرع فإن مشروعيته تستلزم توافر ضوابط وشروط قانونية محددة تخص كل من طرفي العقد، حيث اهتمت القوانين الوطنية بتحديد هذه الشروط والضوابط فضلاً عن الدور الكبير الذي لعبته المنظمات والاتفاقات الدولية في هذا الشأن، وفي هذا الصدد كذلك يمكن ان يبرم عقد عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء وذوي المتوفي.

الكلمات المفتاحية: عقد، نقل، زرع، اعضاء، بشرية.

Abstract

Human organ transplantation is a widely known and popular procedure due to its prominent role in saving patients' lives. Dealing with human organs as a contract requires the presence of the pillars of this it represents in terms of a violation of the physical safety of the donor, its international organizations and agreements in this regard. In this regard, a contract for human organ transplantation can also be concluded between the living and the relatives of the deceased.

Keywords: contract, transfer, transplantation, organs, human

المقدمة

اولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تعد عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من ابرز التطورات الطبية الحديثة التي احدثت ثورة في مجال العلاج والرعاية الصحية فمنذ البداية كانت هذه العمليات وسيلة لأنقاذ الأرواح وتخفيف معاناة المرضى وقد زاد الاهتمام بعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية خلال العقود الأخيرة نتيجة للتقدم العلمي والتقني في مجال الجراحة والتشخيص الطبي مما سمح بتحقيق معدلات نجاح متزايدة لهذه العمليات، فإذاً في هذا النوع من العمليات نجد (متبرع) يقوم بالتبرع لأجل انقاذ حياة (المتلقي) فهنا تنشأ علاقة قانونية عقدية تبرعيه تستوجب معها غطاء قانوني فعليه اصبح مهماً بيان الموقف القانوني حيال المعطيات المطروحة من منظور قانوني دقيق.

ثانياً: اهمية البحث: تبرز اهمية موضوع البحث في دراسة الطبيعة العقدية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية، حيث يسهم البحث في تطوير الاطار القانوني المناسب لهذه العمليات ويعزز من الشفافية والمسأءلة في العقود المبرمة، كما يساعد في مواجهة الغموض القانوني، اضافة الى كونه يوفر توجيهاً للمشرعين.

ثالثاً: اشكالية البحث: تكمن اشكالية البحث في الغموض والنقص التشريعي المتعلق بتنظيم العلاقة العقدية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية، مما يطرح ضرورة إعادة النظر في النصوص القانونية لتوضيح الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد هبة الاعضاء البشرية.

رابعاً: منهجية البحث: في بحثنا هذا سنتبع المنهج التحليلي والمقارن وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية ومقارنتها من خلال بيان موقف المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم(١١) لسنة(٢٠١٦)، والمقارنة مع موقف المشرع الاماراتي في قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة رقم(٢٥) لسنة(٢٠٢٣)، وموقف المشرع المصري في قانون تنظيم وزرع الاعضاء البشرية رقم(٥) لسنة(٢٠١٠)، وموقف المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة رقم(٤٧) لسنة (٢٠٠٨) المعدل، بالإضافة الى موقف المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية لسنة ٢٠٠٩، والاتفاقية الاوربية المتعلقة بحقوق الانسان والطب الحيوي لسنة ١٩٩٧.

خامساً: خطة البحث: من اجل الاحاطة بموضوع بحثنا فإننا سنقسم هذا البحث الى مبحثين تسبقهما مقدمة، نتناول في المبحث الاول(كونه عقداً بين الاحياء) موقف التشريعات الوطنية والدولية من عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في المطلب الاول من هذا المبحث، وفي المطلب الثاني نتناول اركان عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية، إما المبحث الثاني (كونه عقداً بين الاحياء وذوي المتوفى) فنتناول فيه الاساس القانوني لحق ذوي المتوفى على جثة قريبهم وذلك في المطلب الاول من هذا المبحث، اما في المطلب الثاني فنتناول الموقف التشريعي من كونه عقداً بين الاحياء وذوي المتوفى، وسيتبع بحث هذه المفردات خاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والمقترحات التي سنتواصل اليها من خلال البحث.

المبحث الاول

كونه عقداً بين الاحياء

أن التصرف في اعضاء الجسم البشري مقرر على خلاف الاصل، لذا لا بد أن يكون تبرعاً أي بدون مقابل مادي لأن ذلك هو ما يتناسب مع طبيعة جسم الانسان، وفي اطار هذا التصرف التبرعي فأنه يفترض وجود طرف متبرع واخر متبرع له وفي ظل هذا الافتراض فهل يمكن عد هذا التصرف عقداً؟ هذا عندما يكون المتبرع حياً، حيث يتم التبرع بالعضو البشري من شخص حي الى شخص حي آخر، ففي هذه الحالة يكون التصرف مشروعاً طالما أن المشرع قد أقر للشخص على جسده قدراً من الولاية المقيدة، والتي بمقتضاها يجوز التصرف بالعضو البشري على سبيل التبرع على ان لا يترتب على هذا التبرع ضرراً بالمتبرع، وقد اختلفت التشريعات الوطنية والدولية من حيث تحديد طبيعته كونه عقداً بين الاحياء، وكذلك فأن التعامل بالأعضاء البشرية كونه عقداً يستلزم اركان لهذا العقد لابد من توافرها.

واستناداً إلى ما تقدم فأننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول

الموقف التشريعي من كونه عقداً بين الاحياء

تعد عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من القضايا القانونية التي تثير اشكاليات معقدة تتعلق بطبيعتها القانونية وحدود تنظيمها، فعلى الرغم من أن هذه العمليات تهدف إلى انقاذ الأرواح وتحسين جودة الحياة، إلا ان التساؤل يظل قائماً حول ما اذا كان من الممكن اعتبارها عقداً بين الاحياء(المتبرع والمتبرع له) يخضع لقواعد القانون المدني، ففي حين ان معظم التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية تحظر بيع الاعضاء البشرية وتجرم الاتجار بها إلا ان العديد من الدول تسمح بالتبرع بالاعضاء في اطار منظم، مما يثير تساؤل آخر حول مدى امكانية اعتبار التبرع بالاعضاء عقداً تبرعياً يخضع للقواعد العامة للتبرعات أم انه يخضع لتنظيم خاص نظراً لطبيعته المرتبطة بحقوق الانسان والاخلاقيات الطبية.

واستناداً إلى ما تقدم فأننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول

موقف القوانين الوطنية

قلنا أن التصرف في الاعضاء البشرية مقرر على خلاف الاصل لذا فأنه لا يمكن بيع او شراء الاعضاء البشرية ولا الاتجار بها.

وأن المشرع العراقي منع البيع والاتجار بالاعضاء البشرية منعاً باتاً ورتب جزاءات رادعة على من يتعامل بها على هذا النحو، فقد جاء ذلك في المادة (التاسعة) من قانون زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم(١١) لسنة(٢٠١٦) النافذ والتي تنص على انه:" يحظر بيع وشراء العضو البشري والإتجار به باي وسيلة كانت ويحظر على الطبيب او المؤسسة الصحية المرخص لها بذلك من وزارة الصحة إجراء عملية إستئصال العضو او زرعه عند علمهما بذلك".

إما بالنسبة للمشرع المصري فهو الاخر قد منع التعامل بالاعضاء البشرية على سبيل البيع ويبدو ذلك في نص المادة(السادسة) من قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية رقم(٥) لسنة(٢٠١٠) النافذ حيث تنص على انه:" يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته".

والقانون الاماراتي ايضاً منع التصرف بالاعضاء البشرية بالبيع حيث جاء في المادة(١٩) من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة رقم(٢٥) لسنة(٢٠٢٣) والتي تنص على انه:" يحظر بيع أو شراء الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل عنها أو الدعاية أو الإعلان أو الترويج لذلك" .

إما بالنسبة للمشرع الفرنسي كذلك منع بيع الاعضاء البشرية حيث تنص المادة(١٣) من قانون الصحة العامة على انه:" لا يجوز تخصيص اي مبلغ مالي مهما كان شكله لاي شخص يفسح المجال لازالة عناصر من جسده...".

من خلال النصوص التي استعرضناها يتبين ان جميع التشريعات محل الدراسة قد منعت التصرف بالاعضاء البشرية بالبيع وحسناً فعلت لأن التصرف بالعضو البشري بالبيع يجعل منه سلعة تباع وتشترى وهو ما يتنافى مع كرامة الانسان، لذا فلا يمكن تصور ان عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية كونها عقد بيع.

ومن خلال العرض السابق ظهر جلياً ان التصرف في الاعضاء البشرية عن طريق البيع هو امر غير مشروع، نظراً لانه يؤدي الى اعتبار الاعضاء داخلة في نطاق التجارة البشرية او وسيلة للكسب المالي واهدار لكل معاني الكرامة الانسانية[1] .

ومن هذا المنطلق فأن التشريعات الوطنية التي اقرت مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية فيما بين الاحياء، تشترط في مشروعية التصرف في الاعضاء ان يكون تبرعاً أو مجانيًا، لأن هذا يتفق مع طبيعة المشروعية المقررة للتنازل، لأن المشروعية لم تتقرر إلا استثناء من الأصل العام الذي هو عدم جواز التنازل إلا من أجل إنقاذ حياة مريض ميئوس من شفائه، إعمالاً للمبادئ القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية أو النفع العام[2].

وقد كرس المشرع العراقي التبرع بالاعضاء البشرية في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها حيث جاء في نصوص كثيرة تدل على ان عمليات النقل والزرع ما هي الا عمليات تبرعيه تستلزم موافقة المتبرع والمتبرع له، ومن هذه النصوص ما جاء في الفقرة(الاولى) من المادة الاولى من القانون انف الذكر والتي تنص على انه: "التبرع : عملية نقل او زرع عضو بشري او نسيج من شخص متبرع حي بموافقته او ميت بموافقة ذويه الى المتلقي وفقا للموازين الشرعية".

وكذلك ما جاء في المادة الاولى من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي حيث تنص على انه:" تصرف قانوني يفيد موافقة الشخص حال حياته أو بعد وفاته بموافقة أقاربه المحددين في المادة (١٢) من هذا المرسوم بقانون، على أن يُستأصل منه عضو أو جزء منه أو نسيج بشري أو أكثر، بهدف زراعته في جسم إنسان حي دون مقابل".

إما بالنسبة للمشرع المصري فقد وان كان لم يعرف التبرع إلا انه جاء فيه ان عملية النقل والزرع يجب ان تكون على سبيل التبرع ودون اخذ مقابل لقاء الموافقة على اعطاء العضو البشري.

كذلك بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة فأنه لم يعرف التبرع ولكن جاء في نصوص هذا القانون انه يجب ان يكون اعطاء العضو البشري على سبيل التبرع.

مما تقدم يبدو لنا تقارب وتشابه موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة محل الدراسة في حظر بيع الاعضاء البشرية مما يدفعنا الى استبعاد كون عمليات النقل والزرع عقد بيع، وبنفس الوقت فأن هذه القوانين قد اعترفت بعمليات النقل والزرع في اطار التبرع ويستلزم هذا التبرع موافقة المتبرع (الواهب) والمتبرع له(الموهوب له)، لذا فيمكننا القول أن عمليات التبرع في القوانين الوطنية هي علاقة عقدية تبرعيه، ولان التبرع وصف يلحق بالتصرف القانوني للتأكد على ان الواهب يعطي اثناء حياته احد اعضاء جسده بدون مقابل.

---

(1) عقد التبرع هو عقد يولي به احد الطرفين الخر فائدة معينة دون ان يحصل هو على اي مقابل لما تصرف فيه للطرف المستفيد من ذلك، محمد محمد أحمد سويلم- أحكام زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الإسكندرية- ٢٠٠٩-ص١٥٥.

(2) د.مصطفى محمد عرجاوي- احكام نقل الدم غي القانون المدني والفقه الاسلامي- الطبعة الاولى- دار المنار- ١٩٩٢- ص٣٠٨.

الفرع الثاني

موقف المنظمات والاتفاقيات الدولية

اما بالنسبة لموقف المنظمات الدولية فقد نص(المبدأ الخامس) من المبادئ التوجيهية بشأن عمليات زرع الاعضاء البشرية لمنظمة الصحة العالمية على انه:**" ينبغي أن يكون التبرع بالخلايا والنسج والأعضاء مجاناً فقط ودون دفع أي أموال أو مكافآت أخرى لها قيمة مالية. وينبغي أن يُحظر شراء الخلايا أو النسج أو الأعضاء أو عرض شرائها بغرض الزرع أو بيعها من قبل أشخاص أحياء أو من قبل أقرباء الموتى. ولا يحول حظر بيع أو شراء الخلايا والنسج والأعضاء دون استرداد المصاريف المعقولة التي يمكن التحقق منها والتي يتكبدها المتبرع، بما في ذلك خسارة الدخل، ولا دون سداد تكاليف الإبقاء على حيوية الخلايا أو النسج أو الأعضاء البشرية أو معالجتها أو الحفاظ عليها أو الإمداد بها بغرض الزرع".**

من المرجح أن دفع الأموال مقابل الحصول على الخلايا والنسج والأعضاء يؤدي إلى استغلال أفقر الفئات وأضعفها استغلالاً جائراً وإلى تقويض التبرع بدافع من الإيثار وإلى تحقيق أرباح فاحشة والاتجار بالبشر، وينشر دفع الأموال لهذا الغرض فكرة أن بعض الأشخاص يفتقرون إلى الكرامة إلى حد أنهم يصبحون مجرد أدوات يستعملها الآخرون.

ويستهدف هذا المبدأ، بالإضافة إلى منع الاتجار بالمواد البشرية، تأكيد بفضيلة التبرع بالمواد البشرية من أجل إنقاذ الأرواح وتحسين نوعية الحياة، ومع ذلك يسمح المبدأ بالحالات التي جرى فيها العرف على منح المتبرع عطية رمزية عرفانا بالجميل على ألا يمكن حساب قيمتها ماليا، وينبغي أن يضمن القانون الوطني ألا تكون أي هدايا أو مكافآت شكلا مموها بالفعل من أشكال دفع الأموال مقابل الحصول على الخلايا أو النسج أو الأعضاء المتبرع بها. وليس هناك فرق بين الحوافز التي تتخذ شكل "المكافآت" ذات القيمة المالية والتي يمكن نقلها إلى أطراف ثالثة وبين المدفوعات المالية.

وكذلك كان موقف اتفاقية حقوق الانسان والطب الحيوي الاوربية لسنة ١٩٩٧ حيث تنص المادة(٢١) منها على انه:**" لا يجوز لجسم الإنسان وأجزائه أن يكون سبباً في تحقيق الكسب المالي".**

من خلال النصوص اعلاه يتبين موقف المنظمات والاتفاقات الدولية من منع بيع الاعضاء واباحة التبرع فقط وهو ما ينسجم مع موقف القوانين الوطنية.

المطلب الثاني

اركان عقد عملية نقل و زرع الاعضاء البشرية

من المعلوم أن العقد هو تطابق إرادتين على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الاثار هي انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، وهذا يفترض وجود طرفين على قيد الحياة لصدور الإرادة منهما لإبرام العقد وترتيب الاثار القانونية، ولأن العقد قائم على ثلاث اركان هي الرضا والمحل والسبب وعدم توافر اي من هذه الاركان يؤدي إلى بطلانه، فضلاً عن الشكلية التي قد يتطلبها المشرع احياناً كركن في العقد، ولتحديد طبيعة عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية كونها عقد تتطلب توافر هذه الاركان (الرضا، المحل، السبب) فضلاً عن الشكلية التي استلزمها المشرع في هذا الصدد.

واستناداً إلى ما تقدم فأننا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول

التراضي

يقصد بالتراضي توافق إرادتين على إحداث اثر يعتد به القانون[1]، لذا فالتراضي في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية يستلزم صدور إرادة من المتبرع(الواهب) ولا بد من وجود إرادة اخرى تلتقي مع الأولى هي إرادة المتبرع له(الموهوب له)، ونظراً للطبيعة الخاصة لعقد هبة الأعضاء البشرية لما يترتب على هذا العقد من مساس بجسم الواهب(المتبرع) و الموهوب له(المتبرع له) فإن مشروعيته تستلزم أن يكون رضاء كل من المتعاقدين صحيحاً و منتجاً لآثاره، و الرضا لا يكون صحيحاً ما لم يكن صادراً عن ذي أهلية و خالياً من العيوب، لذلك فأن رضا الواهب(المتبرع) يعد ركناً اساسياً لانعقاد عقد هبة الأعضاء البشرية، والرضا هنا ليس ركناً فرضه القانون لصحة عقد هبة الأعضاء البشرية فحسب و إنما هو تعبير عن الاحترام الواجب تجاه الإنسان، فضلاً عن ذلك إن الواهب يجب ان يكون شخص غير مريض و انتزاع عضو من جسده لا يحقق له أي مصلحة علاجية فيجب أن يكون رضائه صريحاً و واضحاً لا يعتريه اللبس أو الغموض[2]. وبخلاف الأعمال الطبية العادية التي يتخذ فيها الرضا شكلين: فهو إما أن يكون صريحاً، أو ضمنياً يستنتج من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب للعلاج من مرض ما[3]. وكرس المشرع العراقي رضا الواهب في الفقرة (الاولى) من المادة الاولى من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها وذلك عند تعريفه للتبرع والتي تنص على ان:**" التبرع: عملية نقل او زرع عضو بشري او نسيج من شخص متبرع حي بموافقته...."**، والفقرة(تاسعاً) من نفس المادة سالفة الذكر عرف الرضا بأنه **"التعبير الصريح عن ارادة الانسان بالتنازل عن اعضائه او انسجته مع توافر شروطه المنصوص عليها قانونا على ان لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الارادة"**، وكذلك في الفقرة (خامساً) من المادة الخامسة من القانون نفسه والتي تنص على انه:**" لا يجوز إستئصال عضو بشري او نسيج إلا بعد موافقة المتبرع مسبقاً ويجب ان تكون الموافقة تحريرية...." .**

ومن النصوص سالفة الذكر يبدو لنا أن المشرع العراقي قد تطلب الموافقة الصريحة للواهب لإتمام عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية وبذلك فأن الموافقة الضمنية المعروفة في ظل النظرية العامة للعقد لا تكفي لانعقاد هذا العقد، بل إن المشرع العراقي ذهب إلى ابعد من كون الارادة صريحة فقط اذ إنه اشترط أن تكون الموافقة تحريرية أي بشكل مكتوب، وإذا كان الفقه

ونحن نؤيدهم في ذلك ينتقد المشرع عند ايراده للتعريفات إلا اننا نرى إن المشرع كان موفقاً في هذا القانون من خلال تأكيده على ضرورة اخذ موافقة المتبرع الصريحة وليس الضمنية، وبتعريفه للرضا والمتبرع لما لهما من خصوصية في هذا العقد، ولما لعملية نقل وزرع الاعضاء البشرية من خطورة على حياة الانسان.

إما بالنسبة للتشريعات محل المقارنة فنجد إنها جاءت مشابهة لموقف المشرع العراقي من حيث لزوم الموافقة الصريحة فقد جاء في الفقرة(الثانية) من المادة السادسة من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي والتي تنص على انه:**" في حال إبداء الشخص رغبته في التبرع حال حياته أو الوصية بالتبرع بعد وفاته، يشترط أن يكون إبداء الرغبة أو الوصية مكتوباً ..."**، وهذا ما جاءت به ايضاً المادة (الخامسة) من قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري والتي تنص على انه:**" في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء وثابتاً بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون"**، وكذا الحال في قانون الصحة الفرنسي فالمادة(الثانية) من

([1]) د. عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام- الجزء الاول- الطبعة الثالثة- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤- ص١٤٢.

([2]) د. طارق سرور - نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء - دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى - القاهرة - بدون دار نشر – ٢٠٠١-ص٤٥.

([3]) د. أسامة رمضان ألغمري - لوائح و قوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء - دار الكتب القانونية - مصر – ٢٠٠٩- ص١٤٥.

العدد (الثالث) المجلد (الاول)
شهر حزيران عام 2025
مجلة الدراسات القانونية التطبيقية
ISSN:2709-426x

تنص على انه**:" لا يمكن ازالة العناصر من جسم الانسان وجميع منتجاته دون الحصول على موافقة تحريرية مسبقة من المتبرع..."**، إما بالنسبة للمبادئ التوجيهية فلا يوجد ما يقابل هذه النصوص.

مما تقدم يبدو لنا بأن موقف القوانين محل المقارنة قد جاءت بنفس المفهوم الذي جاء به المشـــرع العراقي مع اختلاف في الصـياغة فقط، فجميعها تتطلب الارادة الصـريحة المكتوبة للموافقة على التبرع بالأعضـاء البشـرية لا الموافقة الضـمنية المعروفة في عقد الهبة المنظم في التشريعات المدنية والذي ينعقد سواء كانت الموافقة صريحة أو ضمنية.

إما بالنسـبة لرضـا المتبرع له فانه لا يجوز إجبار مريض على العلاج أو إخضـاعه لأي عمل من شـأنه المسـاس بتكامله الجسـدي، و نتيجةً لذلك فإن رضـا المريض أمراً متطلباً في جميع الأعمال الطبية اياً كان نوعها والرضـا في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية يجب أن يكون صريحاً لا لبس فيه ولا غموض[1]، وفي عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن رضـا الموهوب له يعد أمراً ضـرورياً لما يترتب على هذه العمليات من مخاطر آنية و مسـتقبلية، وليس صـحيحاً القول بأن مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب أو دخوله المستشفى يعد رضا بكل أنواع العلاج لأن مثل هذه العمليات تعد خروجاً عن المألوف و نتيجةً لذلك فالطبيب لا يسـتطيع من دون الرضـا الحر لمريضـه(الموهوب له) القيام بالتداخل الجراحي، وإذا تعذر الحصـول على رضـا المريض نفسـه لأي سـبب او عارض متعلق بأهليته او حالته الصـحية فإنه يتعين الحصـول على رضـا وليه او من يمثله قانوناً، و إذا أهمل الطبيب في الحصـول على رضـا المريض أو ممثله القانوني اعتبر مسـؤولاً عن نتائج فعله و لو لم يرتكب خطأ طبياً[2].

وقد جاء المشـرع العراقي في قانون عمليات وزرع الاعضـاء البشـرية ومنع الاتجار بها بنص صـريح يعالج مسـألة موافقة المتبرع له(الموهوب له) حيث تنص المادة(١٤) منه على انه:**" لا يجوز زرع عضو بشري او نسيج في جسم المتلقي الا بعد موافقته الصريحة و الكتابية او موافقة ذويه".**

ونلاحظ على هذا النص ان المشرع العراقي قد اشترط ايضـاً الموافقة الصـريحة والكتابية للمتبرع له (الموهوب له) لكي يتم العقد وتتم عملية نقل وزرع الاعضـاء البشـرية، أو موافقه ذويه ويبدو لنا ان المشـرع عندما نص على **"موافقة ذويه"** قد افترض أن المتبرع له(المريض) قد يكون في حالة لا يسـتطيع معها القبول كأن يكون فاقداً للوعي أو قد يكون صـغيراً أو عديم الاهلية فسـمح ان تتم العملية بموافقه ذويه، ونرى أن موافقه ذويه لا يمكن أن يؤخذ بها في حالة كون المتبرع له يستطيع

التعبير عن ارادته بشكل صـحيح، وحسناً فعل المشرع بإعطاء الحق لذوي(المريض) بالموافقة لما لذلك من فائدة تعود على المتبرع له(المريض) في حالة عدم استطاعته التعبير عن ارادته[3].

إما بالنسبة للمشـرع المصـري فقد نص في المادة(السـابعة) من قانون تنظيم زرع الاعضـاء البشـرية على انه:**" والحصـول على موافقة المتبرع والمتلقي أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصـي الأهلية أو عديمها....."**، من النص المتقدم يبدو لنا أن المشرع المصـري هو الآخر قد اشترط موافقة المتبرع له(الموهوب له) أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان ناقص أو عديم الاهلية ونرى إن موقف المشـرع المصـري كان أكثر دقة في تحديد الموافقة في حالة تعذر حصـول موافقة المتبرع له(الموهوب له).

وإن كان برأيينا يمكن الاخذ بنفس الحكم بالنســبة للقانون العراقي لأنه ليس من المعقول أن يتم أخذ موافقة ذوي المريض دون موافقة المريض نفسه إذا كان كامل الاهلية وليس هناك ما يمنعه من التعبير عن ارادته، لذا فأننا ندعو المشرع العراقي

([1]) د. أسامة رمضان ألغمري- مصدر سابق- ص٤٥.

([2]) د. محمد محمد احمد سويلم- مصدر سابق- ص٢٢٦.

([3]) وهو ما سنناقشه لاحقاً.

الى تعديل النص من باب الدقة في الصياغة التشريعية ولكي لا يؤدي ذلك الى تفسير وتأويل النص بشكل مخالف لإرادة المشرع.

إما بالنسبة لقانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي فأننا لم نجد نص مماثل يشترط الموافقة الصريحة للمتبرع له(الموهوب له) وبذلك فأنه القبول يكون إما بالموافقة الصريحة أو الضمنية استناداً للقواعد العامة،

لقد رأينا أن المشرع العراقي قد اشترط الموافقة الصريحة من قبل(الموهوب له) المتبرع له أو موافقة ذويه ولكن السؤال الذي نثيره هنا ماذا لو كان المريض(الموهوب له) لا يستطيع التعبير عن إرادته ولا يوجد أحد من ذويه للموافقة فهل يترك هذا المريض يتعرض لخطر الموت؟ في ظل قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي وحيث ان قواعد هذا القانون تعد من النظام العام ولا يجوز مخالفتها فأننا نرى وجود قصور تشريعي في حل هذه المسألة لذا فأننا نقترح تعديل نص المادة(١٤) كي يكون الرضا والموافقة مفترضة في مثل هكذا حالة ويكون النص على النحو التالي(١.**لا يجوز زرع عضو بشري او نسيج في جسم المتلقي الا بعد موافقته الصريحة و الكتابية او موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها أو أي حالة اخرى لا يستطيع معها التصريح بموافقته٢. في حالة تعذر حصول الموافقة الصريحة للمتلقي لسبب خارج عن ارادته وتعذر حصول موافقة نائبه أو من يمثله قانوناً فتقرر المحكمة الموافقة بعد اخذ رأي الجهة الطبية المختصة).** وأساس هذا الفرض الذي اقترحناه إن الرغبة في الصحة و إنقاذ الحياة أمراً طبيعياً و فطرياً لدى الكافة.

و اذا كان رضا كل من طرفي عقد هبة الاعضاء البشرية بين الاحياء ضرورياً فإن وجود هذا الرضا ليس كافياً لصحة العقد، بل يجب على وفق القواعد العامة ان يكون هذا الرضا صادراً من شخصين يتمتعان بالأهلية القانونية، وان يكون خالياً من العيوب، وبالنظر لخصوصية عقد هبة الاعضاء البشرية بين الاحياء فإن الرضا يجب ان يكون سابقاً على عملية استئصال العضو من جسد الواهب وزرعه في جسد الموهوب له[1]. كما أن المشرع العراقي قد عرف كامل الاهلية في الفقرة (عاشراً) من المادة الاولى من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها بقولها**" كامل الاهلية : كل من اتم الثامنة عشر من العمر و يتمتع بكامل قواه العقلية".** ونعتقد إن المشرع بتعريفه هذا لكامل الاهلية ما هو إلا حشو وتطويل لا جدوى ولا فائدة منه في هذا القانون لأنه لم يأتي بخصوصية معينة بهذا التعريف تختلف عن مفهوم كامل الاهلية في القواعد العامة، وان سن الرشد في هذا القانون يطبق على من يتمتع بالجنسية العراقية، إما الاجنبي فأنه يخضع لقانون جنسيته فيما يتعلق بأهليته[2].

وكذلك قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي قد عرف كامل الاهلية اذ تنص المادة(الاولى) منه على انه:" ....**الشخص: كل من أتم (١٨) ثماني عشرة سنة ميلادية من عمره، متمتعاً بقواه العقلية ولم يلحقه أي عارض من عوارض الأهلية**...."، إما بالنسبة لقانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري وقانون الصحة العامة الفرنسي والمبادئ التوجيهية فأننا لم نجد نص يعرف كامل الاهلية وهو ما كان الاجدر على المشرع العراقي الاخذ به، واستناداً الى ما تقدم فأننا نقترح على المشرع العراقي الغاء نص الفقرة(عاشراً) من المادة الاولى.

وفي هذا الصدد اذا كان المتبرع كامل الاهلية و تم الحصول على رضا صحيح منه انعقد عقد هبة الاعضاء البشرية وترتبت جميع آثاره و لكن ثمة أسئلة تثار في هذا الموضع ما الحكم اذا كان المتبرع قاصراً ؟ هل يجوز الاعتداد بالرضا الصادر منه ؟ هل يجوز صدور الرضا ممن يمثله قانوناً؟

لقد نظمت التشريعات محل الدراسة التبرع بأعضاء القاصر فبالنسبة للقانون العراقي فقد منع وبشكل قاطع عمليات التبرع الصادرة من ناقصي الاهلية وقد جاء ذلك في الفقرة (سادساً) من المادة الخامسة من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية

([1])غفران ظافر محمد العنبكي - عقد هبة الاعضاء البشرية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد – ٢٠١٤ - ص٧٦.

([2]) استناداً الى الفقرة (الاولى) من المادة (١٨) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه:" الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته "، وتقابلها الفقرة(١) من المادة (١١) من القانون المدني المصري حيث تنص على انه:" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.." ، و الفقرة(١) من المادة (١١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث تنص على انه:" يسري على الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم..."

ومنع الاتجار بها والتي تنص على انه:" **لا يجوز نقل الاعضاء او جزء منها او انسجة من عديمي او ناقصي الاهلية ولا يعتد برضاء المنقول منه او موافقة من يمثله قانوناً".**

ويبدو واضحاً من النص المتقدم منع عديم وناقص الاهلية من التبرع، بل لا يؤخذ حتى بموافقة من يمثل الصغير قانوناً، كما تنص الفقرة (الثالثة) من المادة(١٦) من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي على انه:" لا يجوز التبرع بالعضو أو جزء منه أو النسيج البشري إذا كان المتبرع الحي ناقص أو عديم الأهلية، ولا يعتد بموافقة وليه أو القائم على شؤونه"، إما بالنسبة لقانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري فتنص المادة (الخامسة) منه على انه:"....ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه . كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا..."، يبدو لنا من موقف القوانين اعلاه انها قد جاءت كلها بنفس الفحوى حيث ان جميعها منعت التبرع من الصغير أو عديم الاهلية حتى لو بموافقة من يمثله قانوناً[1].

([1]) علماً ان التشريعات محل المقارنة قد اجازت على سبيل الاستثناء التبرع بنخاع عظم الصغير وفق شروط وضوابط محددة.

الفرع الثاني

المحل والسبب

في هذا الفرع فإننا نتناول ركني المحل والسبب في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية وذلك على النحو التالي:

اولا: المحل

إن المحل في عقد الهبة هو الشـــيء الموهوب، وهو ما تقع عليه الهبة من الواهب الى الموهوب له، ويكون محل الهبة دائماً اعطاء شـــيء عكس العقود الأخرى التي يمكن أن يلتزم فيها المتعاقد بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[1]. وذهب جانب من الفقه بأن الهبة الواردة على الاعضـاء هي عقد بمفهوم القانون المدني و الذي هو تصـرف قانوني تتجه فيه ارادة الواهب الى هبة أعضـائه متى توافرت جميع اركان عقد الهبة و منها المحل[2] ، ويشـترط في المحل في عقد هبة الأعضـاء البشـرية ما يأتي[3]:

١.ان يكون العضـو موجوداً: أن غالبية قوانين زرع الاعضـاء البشـرية تتحدث عن التبرع بعضـو موجود فعلاً، ذلك ان اعضاء الانسان غير قابلة للتجدد فما كان منها غير موجود وقت عقد الهبة لا يمكن ان يوجد بعد ذلك ومن ثم فإن الهبة تكون باطلة، إما إذا كان العضـو موجوداً وقت العقد و لكنه تلف أو هلك بعد ذلك بمرض أو بحادثة فإن الهبة رغم قيامها صـحيحة تنفسخ لاستحالة وفاء الواهب بالتزامه و هو التبرع بالعضو الموهوب للموهوب له[4].

٢. ان يكون العضـــو معيناً: تقتضـــي القواعد العامة في القانون بأن يكون محل العقد معيناً وقت التعاقد أو قابلاً للتعيين في المستقبل[5]،وتنطبق القواعد السابقة على عقد هبة الاعضـاء البشرية بالقدر الذي يتفق مع طبيعة هذا العقد، فيجب ان يكون العضـــو معيناً وقت العقد كأن يهب شـــخص لآخر احدى كليتيه او احدى رئتيه، بيد انه لا يتصـــور في عقد هبة الاعضـــاء البشـرية ان يكون محل الهبة قابلاً للتعيين في المسـتقبل، ذلك أن عقد هبة الاعضـاء البشـرية لا تصـح الا في حالة وجود

([1]) د. عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الخامس- منشأة المعارف- الاسكندرية- ٢٠٠٤- ص٧٨.

([2]) د. محمد محمد أحمد سويلم- مصدر سابق- ص١٥٦؛ د.محمود عفيفي حسن- التصرف في الاعضاء البشرية- بحث منشور في مجلة القانون المقارن- العدد الثالث- المجلد الخامس- ٢٠٢٠.- ص٤٥؛ غفران ظافر محمد العنبكي- مصدر سابق- ص٦٥.

([3]) استناداً للفقرة(١) من المادة(١٢٨) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه:" يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات..." وتقابلها المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري حيث تنص على انه:"١. اذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا.٢. ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره..." والفقرة (١) من المادة(٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث تنص على انه:" يشترط أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة.."

([4]) د. صابر محمد محمد سيد - محل التصرفات التي ترد على الاعضاء البشرية الجامدة - دار الكتب القانونية - مصر – ٢٠٠٨- ص١٧٧.

([5]) تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على : (١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه أو إلى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات ، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة و لا يكتفي بذكر الجنس عن القدر و الوصف . ٢ على انه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين و لا حاجة لوصفه و تعريفه بوجه آخر).

شخص مريض و لا يبرأ من مرضه الا بزرع عضو معين في جسمه، و من ثم فهبة الاعضاء البشرية لا تقع اصلاً الا بعد معرفة العضو الذي يحتاجه المريض – المتبرع له، او تحديد العضو الذي يمكن هبته لمركز بحثي لاغراض علمية.

٣.ان يكون العضو صالحاً لإبرام العقد عليه: يجب أن يكون العضو الموهوب صالحاً لإيراد عقد الهبة عليه، و يكون العضو كذلك اذا لم يكن هناك نص قانوني يحظر هبته و قد حظرت القوانين التي نظمت عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية هبة الاعضاء الاساسية للحياة او الفردية و التي يترتب على استئصالها من جسد الواهب هلاكه او تعريض صحته لخطر جسيم حتى لو كان الواهب راضياً بالاستئصال، فقد جاء في الفقرة (خامساً) من المادة الخامسة من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي ما نصه:" لا يجوز إستئصال اي عضو بشري او نسيج من جسم إنسان حي ولو برضاه إذا كان ذلك يؤدي إلى موته او إلحاق ضرر جسيم به او تعطيل اي من حواسه او اي من وظائف جسمه...."، ومن هذه المادة يتضح لنا أنه لا يمكن هبة جميع اعضاء الجسم، ومن ثم لا تصح ان تكون محلاً للعقد ففي حالة كون استئصال العضو يؤدي الى موت المتبرع(الواهب) أو الحاق ضرر جسيم به فأن المشرع لا يسمح بذلك ومن ثم يكون العقد باطلاً لأن محل العقد مخالف للقانون. وكذلك الحال في الفقرة(الثالثة) من نفس المادة سالفة الذكر اذ تنص على انه:" لا يجوز نقل اعضاء او انسجة بشرية من جسم انسان حي الى اخر يؤدي الى اختلاط الانساب".

إما بالنسبة للقوانين محل المقارنة فقد جاء في الفقرة(الثانية) من المادة(١٩) من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي انه:"يحظر استئصال أو زراعة أو نقل الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية الناقلة للصفات الوراثية أو جزء منها"، وكذلك الحال قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري اذ جاء في المادة(الثانية) منه"... ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدى إلى اختلاط الأنساب..." ، ومنع المشرع الفرنسي ذلك ايضاً في الفقرة(الرابعة) من المادة(١٦) من التقنين المدني والتي تنص على انه:" يحظر أي ممارسة تحسين النسل تهدف إلى تنظيم اختيار الناس ويحظر أي تدخل يهدف إلى ولادة طفل مطابق وراثيا لطفل آخر شخص حي أو متوفى" ولا يوجد ما يقابل هذه النصوص في المبادئ التوجيهية، ويبدو واضحاً من المواد سالفة الذكر إن المشرع قد استثنى بعض الاعضاء البشرية من إمكانية هبتها ومن ثم فأنها لا تصح أن تكون محلاً للعقد. لذا فأن عقد هبة الاعضاء البشرية يكاد ينحصر في الاعضاء المزدوجة كالكليتين والرئتين، وأن تقتصر على احداها فقط، فلا يجوز أن ترد الهبة عليهما معاً لما يترتب على ذلك من تعريض صحة الواهب للخطر أو تعطيله عن القيام بوظيفته الاجتماعية[1]. ولكل ما تقدم يمكننا القول ان الاعضاء البشرية يمكن ان تكون محلاً لعقد الهبة متى كانت قائمة على التضحية لإنقاذ حياة الغير(الموهوب له) ولا يترتب عليها هلاك الواهب، أو كان لاغراض بحثية وعلمية.

ثانياً: السبب

السبب[2] فالسبب في عقد هبة الاعضاء البشرية (الباعث الدافع الى التعاقد) هو لغرض العلاج، فغاية نقل العضو من الواهب الى الموهوب له هو علاج الموهوب له و تحسين حالته الصحية وتخليصه من الآلام، فإذا انتفى قصد العلاج لدى كل من طرفي العقد فإن الفعل يخرج من دائرة الاباحة[3]، و مما لا شك فيه أن زرع العضو في جسد الموهوب له يحقق له مصلحة علاجية تتمثل بإنقاذه من الموت أو تخليصه من الآلام، بيد ان المشكلة تثور بالنسبة للواهب الذي يتم استئصال

([1]) د. صابر محمد محمد سيد- مصدر سابق- ص١٨٠.

([2]) نظرية السبب تسرى في عقد الهبة كما تسرى في غيرها من العقود، ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث(الباعث الدافع للواهب على الهبة) أما نية التبرع - وهي التي تقول النظرية التقليدية إنها السبب في الهبة فهي تختلط اختلاطا تاما بالرضا، فالواهب عندما رضى بالهبة كان رضاؤه هذا متضمنا لنية التبرع، وأكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية في السبب عندما تخلط هذه النظرية نية التبرع بالسبب في الهبات، فإن نية التبرع موجودة حتماً في كل هبة، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً، فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب، وبخاصة في عقد الهبة، فيكون السبب هو الباعث الدافع للواهب على التبرع: د.عبدالرزاق احمد السنهوري- الجزء الخامس- مصدر سابق- ص١٠١.

([3]) د. اسامة السيد عبد السميع- مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ –ص١٣٠.

عضـو سـليم منه ليس بغرض علاجه و انما لزرعه في جسـد انسـان آخر بحاجة اليه و هذه العملية لا تحقق أي مصـلحة علاجية له بل العكس ستصيبه بأضرار و آلام مؤكدة، و للتخلص من هذه المشكلة و ما يترتب عليها من آثار ينبغي الموازنة بين مصـلحة الواهب ومصـلحة الموهوب له فلا يجوز ان تطغى مصـلحة الموهوب له على مصـلحة الواهب، وبناءً عليه يجوز نقل العضـو إذا كان الخطر الذي يهدد الموهوب له (المريض) أكبر من الضـرر الذي سـيلحق بالواهب و كان نقل العضـو هو العلاج الوحيد لإنقاذ الموهوب له من الهلاك، و بعبارة أخرى ان لا تكون هناك وسـيلة أخرى لإنقاذه كالعقاقير والأدوية، ويكفي لإباحة الاستئصال ان يغلب على الظن ان زرع العضو سيحفظ المصلحة الصحية للموهوب له[1].

وقد نص المشرع العراقي على هذا الركن من اركان عقد هبة الاعضاء البشرية في المادة (الثانية) من قانون عمليات زرع الاعضـاء البشـرية ومنع الاتجار بها بقولها:**" يهدف هذا القانون الى تنظيم عملية نقل وزرع الاعضـاء البشـرية لتحقيق مصلحة علاجية راجحة للمرضى و الحصول على الاعضاء البشرية عن طريق التبرع"**، وتقابلها المادة(الثانية) من قانون تنظيم عمليات زرع الاعضاء البشرية المصري والتي تنص على انه:**" لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم"**، والمادة (الاولى) من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي والتي تنص على انه:**" بهدف زراعته في جسم إنسان حي لأغراض علاجية"**، والفقرة(الثالثة) من المادة(١٦) من التقنين المدني الفرنسي والتي تنص على انه:**" قد تتضرر سلامة جسم الإنسان فقط في حالة الضرورة الطبية للشخص أو بشكل استثنائي في المصلحة العلاجية للآخرين"**، وكذلك في المادة(٧٦) من قانون الصحة العامة حيث تنص على انه:**" إمكانية اقتطاع الاعضاء لأهاف علاجية أو علمية من جثة شـخص لم يظهر اثناء حياته لهذا الاقتطاع"**، ولا يوجد ما يقابل هذه النصـوص في المبادئ التوجيهية.

و تكون المصلحة راجحة إذا كانت مزايا نقل العضو اقل من مخاطره و اضراره، و يشترط ان يكون الاسئصال بقدر ما تقتضـيه مصـلحة المريض، إلا انه من جهة ثانية فإن تحقيق المصـلحة العلاجية للموهوب له يجب ان لا تؤدي الى تهديد الواهب أو تعريض صـحته لخطر جسـيم بسـبب اسـتئصـال العضـو من جسـده و من ثم يجب على الطبيب الامتناع عن استئصال العضو من جسد الواهب إذا كان من شأنه الاضرار به او تعريض صحته او حياته للخطر لأن الكرامة الانسانية مكفولة لكل من الواهب و الموهوب له على حد سواء فلا يجوز للطبيب نقل العضو و لو كان برضاء الواهب دون أن تتوفر لديه القدرة على السيطرة على آثار هذا الاستئصال[2].

مما تقدم يبدو لنا لا يجوز اجراء عمليات استئصال الاعضاء إذا لم تكن تستهدف تحقيق المصلحة العلاجية للمريض و لو ثبت ان هذا العمل قد تم برضاه، و على ذلك يحظر اجراء عمليات نقل الاعضاء بغرض تحقيق مصلحة تجميلية، كون ان اغلب التشريعات قد حصرت نقل وزراعة الاعضاء البشرية لغاية علاجية أو لغرض الابحاث العلمية، والعمليات التجميلية لا تكون غايتها او غرضها العلاج وإنما تحسين وتغيير لشكل العضو فقط.

([1]) د. احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - الطبعة الثانية – المجلس الوطني للثقافة والفنون والادب - ١٩٨٧ – ص١٢٣.

([2]) د. طارق سرور – مصدر سابق- ص١٨٠.

العدد (الثالث) المجلد (الاول)
شهر حزيران عام 2025
مجلة الدراسات القانونية التطبيقية
ISSN:2709-426x

الفرع الثالث

الشكلية

الشـكلية[1]، اضـافة إلى ما ذكرنا في وجوب الموافقة الصـريحة للمتبرع والمتبرع له في عقد هبة الاعضـاء البشـرية، فقد أوجب المشـرع اتخاذ هذه الموافقة شكلية معينة لانعقاد العقد اذ تنص الفقرة (خامساً) من المادة الخامسة من قانون عمليات زرع الاعضـاء البشـرية ومنع الاتجار بها العراقي على انه:**" لا يجوز إستئصال عضو بشري او نسيج إلا بعد موافقة المتبرع مسبقا ويجب ان تكون الموافقة تحريرية ومصدقة رسميا من القسم القانوني في الوزارة على وفق احكام المادة (٩) من قانون الكتاب العدول رقم (٣٣) لسـنة ١٩٩٨ او ما يحل محلها بحضـور ذوي المتبرع"** وبالعودة إلى احكام المادة (التاسعة) من قانون الكتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ فأنها تنص على انه:**" يتولى مدير الدائرة القانونية في الوزارة المعنية او الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله من الموظفين القانونيين تصـديق العقود والتعهدات والكفالات ذات العلاقة بالوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة بدلا من الكاتب العدل"**.

يبدو لنا من النصين المذكورين اعلاه بأنه لا يجوز التبرع ما لم تكن الموافقة تحريرية ومصدقة رسمياً من القسم القانوني في وزارة الصحة[2] وكذلك بحضور ذوي المتبرع ومن ثم لا ينعقد عقد هبة الاعضاء البشرية ما يستوفي هذه الشكلية.

إما بالنسـبة لموقف المشـرع المصـري فتنص (المادة الخامسـة) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم عمليات زرع الاعضـاء البشرية على انه:" في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه، وثابتا بموجب إقرار كتابي من المتبرع معززاً بشـهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى او مصـدقاً عليه في الشـهر العقاري"، من النص المتقدم يبدو لنا أن المشرع المصري هو الآخر قد اخذ بالشكلية لإتمام عملية التبرع وتكون مقرونة بشـهادة اثنين من اقارب الدرجة الأولى أو مصدقاً عليه في الشهر العقاري. إما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي فأن الفقرة(الثانية) من المادة السادسة من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة تنص على انه:" في حال إبداء الشخص رغبته في التبرع حال حياته أو الوصـية بالتبرع بعد وفاته، يُشـترط أن يكون إبداء الرغبة أو الوصـية مكتوباً وموثقاً، وفقاً لما تُحدده اللائحة التنفيذية"، يلاحظ من نص المادة اعلاه أن المشرع الاماراتي ايضاً قد اوجب أن تكون الموافقة مكتوبة وموثقة وهو بذلك قد اخذ بالشكلية ايضـاً واحال تنظيم هذه الشكلية الى اللائحة التنفيذية ولكن عند رجوعنا الى اللائحة التنفيذ لهذا القانون فأننا لم نجد نصاً يعالج هذه المسألة.

وبالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فهو ايضـاً اخذ بالشكلية فقد اشترط ضرورة التعبير عن الموافقة التحريرية أمام رئيس محكمة البداءة المدنية أو امام قاضي معين من قبله[3]، إما المبادئ التوجيهية فلا يوجد فيها نص يقابل هذه النصوص المتعلقة بالشكلية.

([1])ومعنى الشكلية هي أن يشترط لصحة التصرفات القانونية والتي من بينها العقود اتباع إجراءات معينة حتى يعد التصرف منتجاً لآثاره وبالتالي هي ركن لانعقاد العقد: حسين عبدالقادر معروف- فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود- اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد- ٢٠٠٤- ص٥٦.

([2]) (المقصود بالوازرة لأغراض هذا القانون هي وزارة الصحة) لم يحدد قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي بشكل صريح ان المقصود هي وزارة الصحة ولكن من خلال نصوص كثيرة يتبين ذلك بصورة غير مباشرة كما في المواد(الثالثة والخامسة والتاسعة والعاشرة) وغيرها من المواد الاخرى.

([3]) د. محمد محمد احمد سويلم، مصدر سابق، ص٢٠٢.

المبحث الثاني

كونه عقدا بين الاحياء و ذوي المتوفي

إذا توفي شخص دون أن يوصي بجثته أو يقرر مصيرها فأنه لكي يتسنى القيام بعملية الاستئصال من جثته يجب أن توجد موافقة صريحة من ذويه، وعلى الرغم من أن مسألة الحصول على موافقة ذوي المتوفي مسألة شائكة وحرجة نظراً للحالة النفسية السيئة التي تصيب الأسرة نتيجة موت أحد أفرادها وما يمكن أن تعكسه على قرارها باستئصال عضو من جثته وخاصة إذا طلب ذلك عقب الوفاة مباشرة إلا أنه في جميع الأحوال تبقى مسألة الحصول على موافقة ذوي المتوفي شرطاً أساسيا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفي، والتغاضي عن حق الأسرة في هذا الشأن ينطوي على مساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام، وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة تساؤل عن الاساس القانوني لحق ذوي المتوفي على جثة قريبهم؟ ومن هم اصحاب الحق من ذوي المتوفي في قبول أو رفض هبة اعضاء جثة المتوفي؟ وما هو موقف التشريعات الوطنية والدولية؟

واستناداً إلى ما تقدم فأننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول

الاساس القانوني لحق ذوي المتوفي على جثة قريبة قريبهم

اختلف الفقه في تحديد الاساس القانوني لحق ذوي المتوفي في التصرف بجثة قريبهم، وظهر في هذا الشأن رأيان، رأي يرى بأن حق ذوي المتوفي هو حق مالي ورأي يرى بأنه حق معنوي.

واستناداً لما تقدم فإننا نقسم هذا المطلب الى فرعين وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول

حق مالي

ذهب رأي في الفقه[1] الى أن حق ذوي المتوفي لا يعدو أن يكون شأنه شأن حقهم على أي مال من الأموال، فهي عنصر من عناصر التركة فما هي إلا مادة بغض النظر عن قيمتها المعنوية، فإذا حصل وأهمل صاحبها حال حياته كيفية التصرف فيها بعد وفاته تعتبر مملوكة لأسرته شأنها في ذلك شأن جثة أي حيوان حيث تعتبر مملوكة لمالك الحيوان أثناء حياته ولأسرته بعد وفاته تستطيع أن تبيعها أو تهبها، أي بمعنى آخر تعتبر جزءا من التركة. ولكن هذا الرأي تعرض للنقض لأنه يثير الاستغراب، إذ كيف يمكن أن تشبه الإنسان بما كرمه الله وحباه وزينه به من عقل بالحيوان، وكيف ندخله ضمن دائرة التعامل الاقتصادي والتجاري، أن ما يرثه الأقارب أو الأسرة هو المال والجثة لا تدخل ضمن دائرة المال[2].

([1]) د. حسام الدين كامل الاهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية - مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية – تصدرعن جامعة عين شمس - القاهرة – ١٩٧٥-ص١٩٣- نقلاً عن د.محمد محمد احمد سويلم- مصدر سابق-ص٤٢٧.

([2]) د. محمد محمد احمد سويلم- مصدر سابق- ص٤٥٢.

الفرع الثاني

حق معنوي

يذهب رأي من الفقه إلى أن حق العائلة على جثة أحد أعضائها ليس حق ملكية وإنما هو حق غير مالي ويجد أساسه ضمن روابط الدم والعاطفة فهو حق معنوي من الحقوق اللصيقة بشخصية الأقارب يجد ضرورته في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة، والجثة وإن كان لها وجود وكيان مادي إلا أن أهميتها تنحصر فيما تنطوي عليه من قيم معنوية كبيرة، فهي وإن كانت شيئاً إلا أنها ليست شيئا اقتصاديًا يدخل في تركة الشخص فهي ليست عنصراً من عناصر التركة[1].

وبدورنا فنحن نؤيد الرأي الثاني القائل بأن حق العائلة على جثة احد افرادها ليس حق ملكية وإنما هو حق غير مالي لأن اعتباره حقاً مالياً يؤدي إلى امكانية التصرف فيه بكافة التصرفات من بيع وغيرها وبذلك تكون الجثة سلعة تباع وتشترى وهذا يتنافى مع كرامة الانسان، فضلاً عن إن غالبية التشريعات منعت بيع الاعضاء البشرية والاتجار بها.

المطلب الثاني

الموقف التشريعي من كونه عقدا بين الاحياء و ذوي المتوفي

اختلفت التشريعات الوطنية وكذلك الدولية في تحديد المقصود بذوي المتوفي ومن له الحق من ذويه في التصرف بالعضو البشري بالتبرع.

واستناداً الى ما تقدم فأننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين وذلك على النحو التالي:الفرع الاول

موقف التشريعات الوطنية

بالنسبة لقانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي فقد جاء في الفقرة (اولاً) من المادة الاولى منه انه:**" التبرع عملية نقل او زرع عضو بشري او نسيج من شخص متبرع حي بموافقته او ميت بموافقة ذويه الى المتلقي وفقا للموازين الشرعية "**، يبدو لنا بأن المشرع العراقي أشار إلى موافقة ذوي المتوفي دون تحديد من هم، ولكن بالرجوع الى التعليمات قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ الملغي والتي لا تزال نافذة[2] نجد ان المادة(الاولى) منها تنص على انه:**" عند استعمال اعضاء من مرضى موت الدماغ يجب توفر اقرار خطي بالتبرع قبل الوفاة او اقرار خطي من احد اقرباء المتوفى الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية من حيث القرابة "**.

يبدو لنا من النص اعلاه أن ذوي المتوفي هم اقربائه من الدرجة الاولى أو الثانية وتكون الموافقة بإقرار خطي من احد هؤلاء دون تفضيل بينهم، وكذلك نلاحظ إن التعليمات قد قصرت تبرع ذوي المتوفي بعضو قريبهم الميت دماغياً فقط في

([1]) د. احمد عبد الدائم - اعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني-الطبعة الاولى – منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- لبنان – ص٢٥١.

([2])استناداً إلى الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٧) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ والتي تنص" يلغى قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ و تبقى التعليمات الصادرة بموجبه نافذه الى حين صدور ما يحل محلها او يلغيها . يلغى قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ و تبقى التعليمات الصادرة بموجبه نافذه الى حين صدور ما يحل محلها او يلغيها". وعلى حد علمنا أنه لم تصدر تعليمات جديدة لتنفيذ هذا القانون وهو ما يجب تداركه بسرعة بإصدار تعليمات تلائم القانون الجديد.

حين أن القانون النافذ لم يحدد مثل هذا القيد، وهو ما يؤكد ضرورة الاسراع بإصدار تعليمات جديدة خاصة بالقانون الجديد، كون التعليمات القديمة كانت تلائم وتنسجم مع القانون القديم فقط.

إما بالنسبة للتشريعات محل المقارنة فقد جاء في المادة(١٢) من قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي ما نصه:" يجوز استئصال عضو أو جزء منه أو نسيج بشري من جسد شخص متوفى لم يكن قد قيد عدم رغبته في التبرع بعد وفاته أو من جسد متوفى ناقص أو عديم الأهلية، شريطة موافقة ولي المتوفى أو أي من أقاربه المحددين في هذه المادة، على أن يُراعى الترتيب التالي عند أخذ الموافقة أ. الأب. ب الأم. ج الأولاد. د. الزوج أو الزوجة. ه الجد. و. الأخوة والأخوات. ز. العم العصبة، ويقدم العم الشقيق على العم لأب.

٢. في حال الاختلاف بين الأقارب في ذات درجة الترتيب يُعتد برأي الأكبر سناً ويتساوى في ذلك الذكر والأنثى".

يلاحظ من موقف المشرع الاماراتي أنه جاء أكثر تحديدً ودقة من موقف المشرع العراقي حيث أنه حدد المقصود بذوي المتوفي بشكل دقيق وقام بتحديد من تكون له الاولوية وبالترتيب الذي اورده، كما إنه افترض حصول خلاف في ذات الدرجة فأعطى حلاً لمثل هذه المشكلة وذلك بأن يعتد برأي الاكبر سناً، ومن هنا فأننا ندعو المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع الاماراتي في هذه المسألة.

ولا يوجد ما يقابلها في قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية المصري وهو ما يعد قصوراً تشريعياً من جانب المشرع المصري.

إما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي في المادة(٧٦) من قانون الصحة العامة حيث تنص على انه:**" إمكانية اقتطاع الاعضاء لأهاف علاجية أو علمية من جثة شخص لم يظهر اثناء حياته لهذا الاقتطاع"**، حيث انه لا يعد ضرورياً الحصول على موافقة المتبرع لاقتطاف اعضائه فكل شخص لم يعارض ذلك يفترض أنه قد وافق على التبرع بها، كما أنه غض النظر عن رأي العائلة فيما يتعلق بالاقتطاع من جسم شخص ميت راشد باعتبار أن هدف القانون هو السماح بزيادة عدد الأعضاء المقتطعة واشتراط الحصول على موافقة العائلة سوف يؤدي الى نتيجة عكسية وهي تعطيل اقتطاع الأعضاء كليا وتقليص أعداد زرعها بدلاً من زيادتها[1]، ولا يوجد ما يقابل هذه النصوص في المبادئ التوجيهية.

وبعد ان اوضحنا اساس حق ذوي المتوفي في التصرف بجثته ومن لهم الحق بالتصرف بها بالتبرع، لذا فيكون العقد بين ذوي المتوفي(المتبرع) والمريض(المتبرع له) ولانعقاد عقد هبة الاعضاء البشرية لابد من توافر الاركان(التراضي، والمحل، والسبب، والشكلية) والتي اشرنا اليها في الفرع الاول ونحيل اليها تجنباً للتكرار كونها لا تختلف من حيث التراضي والمحل(العضو البشري) والسبب(تحقيق مصلحة علاجية راجحة)، والشكلية التي تطلبها المشرع، والاختلاف الوحيد في عقد هبة الاعضاء البشرية بين الاحياء وعقد هبة الاعضاء البشرية بين الاحياء وذوي المتوفى هو اطراف العقد ففي العقد الاول يكون طرفي العقد هما المتبرع نفسه(الواهب) والمتبرع له، إما في العقد الثاني فهما ذوي المتوفي(المتبرع) والمتبرع له.

واخيراً فأننا ننوه الى إن المشرع العراقي لم يُشر الى عقد هبة الاعضاء البشرية بإعتباره عقداً لا في القانون المدني ولا في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها، ففي القانون المدني ذكر القواعد العامة المتعلقة بالهبة في المواد (من ٦٠١ إلى ٦٢٥) و لم يتطرق إلى هبة الاعضاء البشرية خلالها، وفي قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ لا نجد لفظ " الهبة " فقد اعتاض عنه المشرع بلفظ " التبرع ".

([1]) د. احمد عبد الدائم – مصدر سابق- ص١٩٦.

والرأي الغالب إن الاختلاف بينهما اختلاف لفظي فحسب لأن كلاهما يعني تخلي الإنسان عن جزء من جسمه لغرض إنقاذ إنسان آخر من الهلاك وذلك على وجه الإحسان و بدون عوض، لذا فأن عقد الهبة يدخل في عموم عقود التبرع، او ان عقد الهبة يعد عقداً من عقود التبرع، وإن التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للتأكيد على انتفاء العوض[1].

الفرع الثاني

موقف المنظمات والاتفاقيات الدولية

بالنسبة لموقف المنظمات الدولية والاتفاقيات الدولية فهي الاخرى قد اعترفت بإمكانية تصرف ذوي المتوفي باعضائه بالتبرع بعد وفاته، حيث ينص(المبدأ التوجيهي الاول) من المبادئ التوجيهية بشأن عمليات زرع الاعضاء البشرية لمنظمة الصحة العالمية على انه:**" يجوز نزع الخلايا والنسج والأعضاء من أجسام الموتى بغرض الزرع إذا:**

أ.تم الحصول على الموافقات التي ينص عليها القانون

ب. ولم يكن هناك أي سبب للاعتقاد بأن الشخص المتوفى كان قد اعترض على هذا النزع".

ومن هذا المبدأ يتبين إن الموافقة هي الأساس الأخلاقي لكل التدخلات الطبية، والسلطات الوطنية مسؤولة عن تعريف عملية الحصول على الموافقة على التبرع بالخلايا والنسج والأعضاء وتسجيل هذه الموافقة على ضوء المعايير الأخلاقية الدولية، والطريقة التي تنظم الحصول على الأعضاء في بلدانها، والدور العملي للموافقة كضمان ضد الاستغلال.

وتعتبر الموافقة على الحصول على الأعضاء والنسج من الموتى "صريحة" أو "مفترضة" حسب التقاليد الاجتماعية والطبية والثقافية لكل بلد، بما في ذلك طريقة إشراك الأسر في اتخاذ القرارات الخاصة بالرعاية الصحية عموماً، وبمقتضى كلا النظامين تحول أي إشارة يثبت أنها بدرت قبل الوفاة من الأشخاص الذين توفوا وتدل على اعتراضهم على نزع خلاياهم أو نسجهم أو أعضائهم بعد وفاتهم دون هذا النزع.

وبمقتضى نظام الموافقة الصريحة، الذي يشار إليه أحياناً بنظام "الرضا"، يجوز نزع الخلايا أو النسج أو الأعضاء من الشخص المتوفى إذا كان قد وافق موافقة صريحة على هذا النزع أثناء حياته، ويجوز أن تتم هذه الموافقة، حسب القانون المحلي، بتسجيلها على بطاقة التبرع، وإذا لم يكن الشخص المتوفى قد وافق على نزع العضو ولا أعرب بوضوح عن اعتراضه على هذا النزع فينبغي الحصول على إذن من أحد الوكلاء المعترف بهم قانونا، ويكون هذا الشخص عادة من أفراد الأسرة.

اما بالنسبة لموقف اتفاقية حقوق الانسان والطب الحيوي الاوربية لسنة ١٩٩٧ من امكانية تبرع ذوي المتوفي باعضائه فأنها لم تتطرق الى ذلك.

([1]) د. عارف علي عارف القره داغي - قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية – الطبعة الاولى- سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة- الجامعة الدولية الإسلامية الماليزية - كوالالمبور - ماليزيا - ٢٠١١ – ص١٨.

الخاتمة

اولاً: الاستنتاجات

١. ان التصرف بالأعضاء البشرية لا يكون إلا من خلال عقد هبة دون مقابل، لأن التشريعات الوطنية والدولية جميعها قد حظرت بيع الاعضاء والاتجار بها.
٢. ان التبرع بالأعضاء البشرية لا يكون الا لضرورة علاجية أو لغرض اجراء الابحاث العلمية.
٣. ان عقد هبة الاعضاء البشرية عقد شكلي، لا يكفي لانعقاده مجرد توافر الرضا وانما يجب ان يتخذ هذا الرضا شكلاً حدده القانون.
٤. ان المشرع العراقي لم يبيح التبرع بأعضاء القاصر او عديم الاهلية حتى بموافقة ذويه او من يمثله قانوناً، وكذلك لم يحدد بشكل دقيق وواضح المقصود بذوي المتوفى.
٥. لم تصدر تعليمات لتسهيل تنفيذ قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية وكمنع الاتجار بها.

ثانياً: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة(١٤) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها كي يكون الرضا والموافقة مفترضة ويقرأ النص على النحو التالي(١.**لا يجوز زرع عضو بشري او نسيج في جسم المتلقي الا بعد موافقته الصريحة و الكتابية او موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها أو أي حالة اخرى لا يستطيع معها التصريح بموافقته٢. في حالة تعذر حصول الموافقة الصريحة للمتلقي لسبب خارج عن ارادته وتعذر حصول موافقة نائبه أو من يمثله قانوناً فتقرر المحكمة الموافقة بعد اخذ رأي الجهة الطبية المختصة).**
٢. نقترح اضافة نص في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها يبين المقصود بذوي المتوفى ويقرأ النص كالآتي(ذوي المتوفى الاقارب المحددين في هذه المادة، على أن يُراعى الترتيب التالي عند أخذ الموافقة أ. الأب. ب الأم. ج الأولاد. د. الزوج أو الزوجة. ه الجد. و. الأخوة والأخوات. ز. العم العصبة، ويقدم العم الشقيق على العم لأب. ٢. في حال الاختلاف بين الأقارب في ذات درجة الترتيب يُعتد برأي الأكبر سناً ويتساوى في ذلك الذكر والأنثى".
٣. بغية توفير الاعضاء البشرية نقترح على المشرع العراقي ايراد نص يبيح استئصال الاعضاء من جثث المتوفين ما لم يقيدوا عدم رغبتهم بذلك ويكون النص على النحو التالي:**(يجوز استئصال عضو أو جزء منه أو نسيج بشري من جسد شخص متوفى لم يكن قد قيد عدم رغبته في التبرع بعد وفاته).**
٤. ندعو وزير الصحة الى الاسراع بإصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ احكام قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها.

المصادر

اولاً: المصادر القانونية

الكتب:

١. شرف الدين، أحمد .*الأحكام الشرعية للأعمال الطبية* .ط. ٢، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، ١٩٨٧.
٢. عبد الدائم، أحمد .*أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني* .ط. ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
٣. عبد السميع، أسامة السيد .*مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي* .دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٤. ألغمري، أسامة رمضان .*لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء* .دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.

٥. عبد الغني، إيهاب مصطفى .*الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء البشرية* .ط. ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
٦. الأهواني، حسام الدين كامل .*المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية* .مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٥.
٧. سيد، صابر محمد محمد .*محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة* .دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
٨. سرور، طارق .*نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء: دراسة مقارنة* .ط. ١، القاهرة، ٢٠٠١.
٩. القره داغي، عارف علي عارف .*قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية* .ط. ١، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، الجامعة الإسلامية العالمية، كوالالمبور، ماليزيا، ٢٠١١.
١٠. السنهوري، عبد الرزاق أحمد .*الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الخامس* .منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١١. السنهوري، عبد الرزاق أحمد .*الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام، الجزء الأول* .ط. ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٢. الحكيم، عبد المجيد، وعبد الباقي، البكري، والبشير، محمد طه .*الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي: الجزء الأول، مصادر الالتزام* .المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧.
١٣. سويلم، محمد محمد أحمد .*أحكام زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة* . منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص. ١٥٥.
١٤. عرجاوي، مصطفى محمد .*أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي* .ط. ١، دار المنار، ١٩٩٢، ص. ٣٠٨.

البحوث:

١. حسن، محمود عفيفي. "التصرف في الأعضاء البشرية ".*مجلة القانون المقارن*، م ٥، ع ٣، ٢٠٢٠.

الرسائل والأطاريح:

١. معروف، حسين عبد القادر .*فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود* .أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
٢. العنبكي، غفران ظافر محمد .*عقد هبة الأعضاء البشرية* .رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤.

رابعاً: القوانين

١. قانون الصحة العامة الفرنسي رقم(٤٧) لسنة (٢٠٠٨) المعدل.
٢. قانون تنظيم وزرع الاعضاء البشرية المصري رقم(٥) لسنة(٢٠١٠).
٣. قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم(١١) لسنة(٢٠١٦).
٤. قانون التبرع وزراعة الاعضاء البشرية والانسجة الاماراتي رقم(٢٥) لسنة(٢٠٢٣).

خامساً: الاتفاقيات الدولية

١. والاتفاقية الاوربية المتعلقة بحقوق الانسان والطب الحيوي لسنة ١٩٩٧.
٢. المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية لسنة ٢٠٠٩.