Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies
Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index
ISSN 2710-2211 (Print)
ISSN 2788-4694 (Online)
مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية
MESR منار الشرق للدراسات والأبحاث Manar Elsharq for Studies & Research

الرضا في عقد العلاج بالهندسة الوراثية : دراسة مقارنة

ازاد عبيد عيسى،[1] أ. م. د. محمد صديق محمد عبدالله[2]
كلية القانون، جامعة الموصل،

استلام البحث: 31/01/2023 مراجعة البحث: 13/03/2023 قبول البحث:14/03/2023

ملخص الدراسة :

إن لكل عقد أركان لا بُدَ من توفرها حتى ينعقد صحيحاً وملزماً، وينبغي توافر شروط معينة في كل ركن من اركان العقد، وقد نظمت التشريعات المدنية اركان العقود بصورة عامة، ممكن أن تنطبق على كافة العقود، فيما أولى بعض العقود التي اطلق عليها بالعقود المسماة، نظراً لأهميتها وكثرة وقوعها في الحياة العملية، بتنظيم خاص، وبالنظر لحداثة عقد العلاج بالهندسة الوراثية، وعدم وجود تنظيم قانوني له ينظم الأركان الواجب توفرها فيه، ظهرت قصور القواعد العامة الواردة في القانون المدني في الإحاطة بكافة جوانبه، من حيث أن كل عقد ينبغي أن يتوافر على التراضي والمحل والسبب، وإن الرضا الواجب توفره في عقد العلاج بالهندسة الوراثية يختلف عن باقي العقود، كونه ينصب على جسد وسلامة الانسان، واولته القوانين الخاصة بشروط معينة من بينها ضرورة الكتابة للتعبير عن إرادة المريض.

الكلمات المفتاحية: ركن الرضا في العقد، التراضي، التعبير عن الرضاء.

Consent in the Treatment Contract with Genetic Engineering: A Comparative Study

Abstract

Every contract has pillars that must be met in order for it to be valid and binding, and certain conditions must be met in each of the pillars of the contract. In view of its importance and its frequent occurrence in practical life, with a special organization, and in view of the novelty of the genetic engineering treatment contract, and the lack of a legal regulation for it regulating the elements that must be available in it, the general rules contained in the civil law appeared to be insufficient in encompassing all its aspects, in that each contract should be available By mutual consent, the place and the reason, and that the consent that must be provided in the treatment contract with genetic engineering differs from the rest of the contracts, as it focuses on the body and safety of the person, and the laws regarding certain conditions, including the necessity of writing to express the will of the patient.

Keywords: the element of satisfaction in the contract, consensual, expressing satisfaction.

مقدمـــــــــــة

إن العقد نظام قانوني متين في بنيانه وهو أحد أهم الأنظمة القانونية، فالعقد له دور رئيسي في مجال المعاملات المالية، وهي من أكثر الأنظمة القانونية شيوعاً في حياة الفرد الذي يبرم في اليوم الواحد عشرات العقود، فمِن الناحية العملية يكاد العقد يكون الأداة الرئيسة لتداول الثروة، والنشاط الاقتصادي، فضلاً على ما ينطوي العقد من رضا نفسي بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه كونها تمت عن رضا وحرية واختيار، وازدادت حاجة الانسان في الوقت الحاضر الى العقد، ليس لقضاء حاجاته المالية ونشاطه الاقتصادي، بل الى الحفاظ على حياته وصحة جسده، فأصبح من الضروري للإنسان أن يتعاقد مع طبيب معين لغرض تلقي العلاج المناسب، وبات من الضرورة أيضاً للطبيب أن يتعاقد مع المريض لتقديم خبرته ومهاراته الذهنية في هذا المجال.

مما ترتب عليه نشوء عقد جديد بين الطبيب والمريض لم يكن معروفاً لدى تشريع القانون المدني، وإن كان العقد المشار اليه لا يختلف عن باقي العقود من أركان، إلا إن مساس العقد بحياة وجسد الانسان، وما كفلته القوانين له من قدسية تحتم على المشرع التدخل ومعالجة النقص الحاصل في ميدان العقود الطبية عامة وعقد العلاج بالهندسة الوراثية خاصة، وذلك بوضع تشريع خاص للعقود الطبية التي تنصب على جسد الانسان، لتميزه عن باقي العقود وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة، اذ يتميز عقد العلاج بالهندسة الوراثية من خصائص تميزه عن غيره من العقود، إلا إن غياب التنظيم القانوني لهذا العقد، ولعدم كفاية القواعد العامة الواردة في القانون المدني من الإحاطة بكافة جوانب هذا العقد، لِما يتميز به من خصوصية، من حيث الشروط الواجب توفرها في الرضا، فضلاً عن إن العقد يخص جسد وسلامة الانسان وحياته، مما يتطلب أن يتوفر في هذا العقد شروط خاصة يلزم توافرها في ركن الرضا وما يختلف عنها عن باقي العقود.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من كون عقد العلاج بالهندسة الوراثية من العقود الحديثة، اضطر الانسان فيه الى الاقدام عليه، لتعلقه بتقديم خدمة هامة للإنسان تتمثل في المحافظة على حياة الانسان وتوفير العلاجات للتخفيف من الالام التي يعاني منها.

أسباب اختيار البحث:

إن قلة البحوث القانونية التي تناولت عقد العلاج بالهندسة الوراثية، ولمساسها بجسد وسلامة الانسان كانت من الأسباب الدافعة الى اختيار هذا البحث.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في قصور القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة في الإحاطة بجوانب هذا البحث، إذ يتمتع جسد الانسان بالمعصومية والحرمة في ادخاله في دائرة المعاملات المالية، وما يتطلبه هذا العقد من شروط خاصة يلزم توافرها في ركن الرضا وما يختلف عنها عن باقي العقود.

منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على المنهج المقارن للمقارنة بين القانون المدني العراقي والمصري والأردني والاماراتي والقوانين الخاصة ذات العلاقة.

هيكلية البحث:

CC BY

سيتم تقسيم هذا البحث على مبحثين، نتناول في الأول رضا الطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية ، ونوضح في الثاني رضا المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية.

المبحث الأول: رضا الطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

المبحث الثاني: رضا المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

المبحث الأول

رضا الطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

لا شك إن الانسان لا يستطيع بمفرده أن يقضي حاجاته ورغباته اتكالاً على نفسه، بل لا بد له في كثير من الأمور أن يستعين بغيره في ذلك، ولا يشذ عقد العلاج بالهندسة الوراثية عن هذا المفهوم، فالمريض لا بد له من الاستعانة بطبيب مختص في الهندسة الوراثية، ولا بد لانعقاد هذا العقد من أن يرتبط أيجاب أحد العاقدين بقبول الآخر لأحداث أثر قانوني[1]، ويقتضي منا دراسة الرضا الصادر من الطبيب كونه يعتبر ايجاباً موجهاً الى المرضى، ومِن ثَم نعرج على رضا المريض بِعَدّهِ قبولاً لإيجاب الطبيب، وينبغي أن يكون الرضا صادراً من ذي أهلية، وسليماً من عيوبه حتى يرتب القانون عليه أثراً، والاصل أن ينعقد العقد برضا الطرفين، غير أن هناك حالات قد يجد المتعاقدان نفسيهما أمام حالة قانونية تلزمه بقبول العقد دون أن يتوافر له الحرية في ذلك، بالتالي سوف يتم تقسيم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المقصود برضا الطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على حرية الطبيب في التعاقد

المطلب الأول

المقصود برضا الطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

يُعَدّ ركن التراضي(الرضاء) في العقد بصورة عامة وعقد العلاج بالهندسة الوراثية بصورة خاصة الركن العتيد في العقد، وذهب جانب من الفقه الى عِدّهِ الركن الوحيد في العقد، وإن المحل والسبب ركنين في الالتزام الذي ينتج عن العقد، وإنهما من عناصر الارادة[2]، وللطبيب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية إرادة حرة من حيث الاصل في إبرام هذا العقد من عدمه وفقاً للقواعد العامة التي تمنح للإرادة الحرية الكاملة في إبرام العقد من عدمه ومثلما للمريض كامل الحرية في اختيار طبيبه المعالج فللطبيب الحق في قبول أو رفض إبرام عقد لعلاج هذا المريض أو ذاك تحقيقاً للعدالة وانسجاماً مع مبدأ حرية التعاقد، غير أنها ترد عليها بعض الاستثناءات على هذه الحرية تفرضها نصوص قانونية أو واقع عملي معين.

إن ممارسة مهنة الطب حقٌ محصور بالأطباء، فالجانب القانوني والاختصاص العملي منحهم الحق في التفرد بمزاولة هذه المهنة(العلاج والتطبيب)، وهو ما يوفر الغطاء القانوني لإباحة عمل الطبيب التي تحول دون أن يتعرض للمسألة المدنية والجنائية، إذا ما راعى أصول مهنة الطب في ممارسة عمله، فقد منح القانون للطبيب كامل الحرية في التعاقد مع مريض أو عدم التعاقد معه، وإن الطبيب المعالج من حيث كونه أحد أطراف عقد العلاج بالهندسة الوراثية، فهو يُعَدّ حسب القواعد العامة في تعبيره عن ارادته في ابرام العقد قد عرض أيجابه الى المرضى.

([1]) تنظر: م/73 من القانون المدني العراقي" العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"

([2]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دون مكان طبع، 1984، ص86-87؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص170؛ د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص84-85.

CC BY

وإن مباشرة العمل الطبي بوساطة طبيب يُعدّ سبباً من أسباب الإباحة التي تحول دون مساءلة الطبيب، فللأطباء الحرية في اختيار من يتعاقد معهم فلهم الحق في رفض التعاقد مع مريض معين، وهذا جاء تطبيقاً لمبدأ حرية الفرد في اختيار من يتعاقد معهم، فما دام للمريض الحق والحرية في اختيار الطبيب الذي يعالجه فانه يصبح من حق الطبيب أيضاً أن يختار المريض الذي يتعاقد معه. وهذا ما نصت عليه تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق البند/ خامساً[3] ((للطبيب حق الخيار في تقديم خدماته لمن يريد لأسباب مهنية أو لأسباب شخصية إلا في حالة الطوارئ أو حالة الضرورة وفي حالة ارتباطه بالعناية بمريض.....)) وهو ما أكدته مبادئ الاخلاقيات الطبية، إذ أكدت على استقلالية الطبيب في اختيار مرضاه وما يتخذه من قرارات[4]، وأشارت الى المضمون ذاته لائحة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب في العراق، إذ منحت للطبيب هذا الحق أيضاً إذ نصت((للطبيب حق الخيار في تقديم خدماته لمن يريد لأسباب مهنية أو أسباب شخصية، إلا في حالة الطوارئ، أو حالة الضرورة وفي حالة ارتباطه بالعناية بمريض فإن عليه ألا يهمله إلا إذا أعفي من الاستمرار بها وألا ينقطع عن العناية به إلا بعد إشعار مناسب يتسع معه للمريض مجال اختيار من يحل محله))[5].

وتبنى المشرع المصري الموقف ذاته إذ نص على أنه:((يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أي مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة))[6]، وكذلك ما نص عليه المشرع المصري على أنه:((في الحالات غير العاجلة يجوز للطبيب الاعتذار عن علاج أي مريض ابتداء أو في أي مرحلة لأسباب شخصية أو متعلقة بالمهنة، اما في الحالات العاجلة فلا يجوز للطبيب الاعتذار))[7]، وقد أشار المشرع الأردني الى ضرورة وجود رضا الطبيب وتمتعه بالحرية في تقديم العلاج للمرضى، إذ نص((فيما عدا حالات الطوارئ والإسعاف للطبيب الحق في رفض المعالجة لأسباب مهنية أو شخصية)) ونص أيضاً((يمكن للطبيب أن يمتنع عن معالجة مريضه بشرط 1. ..... 2. .....))[8] ويرد هذا المضمون من مفهوم المخالفة أيضاً إذ نص على أنه:((يحظر على مقدم الخدمة ما يلي: ب . الامتناع عن تقديم الخدمة في الحالات الطارئة أو الانقطاع عن تقديمها في جميع الأحوال إلا إذا خالف متلقي الخدمة التعليمات أو كان الامتناع أو الانقطاع راجعا لأسباب خارجة عن إرادة مقدم الخدمة))[9].

وقد أشار المشرع الاماراتي الى المضمون ذاته إذ نص على أنه:((أن يبذل العناية اللازمة في تقديم الخدمة الصحية ومتابعتها بكل يقظة وتبصر طبقاً لمعيار ممارسة أوسط زملائه من حيث الخبرة والمؤهل، والاطلاع على التاريخ المرضي للمريض، وذلك كله ما لم يتعذر عليه ذلك لظروف خارجة عن إرادته أو بسبب فعل المريض نفسه))[10].ويظهر مما ورد آنفاً بأن التشريعات المقارنة قد منحت الطبيب الحرية والاختيار في قبول تقديم الخدمة العلاجية للمريض في الظروف الطبيعية كأصل، إلا إنه يجب عليه عدم الامتناع عن تقديم خدماته في حالات الضرورة.ونستنتج من خلال النصوص القانونية المذكورة آنفاً أن المشرع العراقي منح الطبيب حرية التعاقد وفي تقديم خبراته في تقنية الهندسة الوراثية لمن يشاء من المرضى، أي ترك له حرية الاختيار فيمن يعالجه من المرضى، ولا يمكن اجباره على ذلك إلا في حالة الضرورة، وكُنا نأمل من المشرع العراقي[11] أن يأخذ في الاعتبار حالة الطبيب

([3]) تنظر: م/36 من قانون نقابة الأطباء العراقي رقم(81) لسنة 1984((المجلس النقابة إصدار تعليمات وبيانات لتسهيل تنفيذ هذا القانون)) بدلالة م/ 2 من النظام الداخلي لنقابة الأطباء العراقي لعام 1985 إذ نصت((يلتزم جميع الأعضاء بهذا النظام وما تصدره النقابة من تعليمات استناداً إلى قانون الأطباء والقوانين والأنظمة الأخرى التي تخص الممارسة والتي لا تتعارض مع أحكام قانون النقابة)).

([4]) مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية الصادر من وزارة الصحة، مصدر سابق، ص18.

([5]) لائحة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب في العراق لعام 2010 الصادر عن منظمة الصحة العالمية، ص21، منشور على موقع الشبكة العالمية، .publication<http;//www.reserchgate.net links< تاريخ الزيارة 2022/8/12.

([6]) تنظر: م/ 15 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لعام 1974.

([7]) تنظر: م/ 24 من لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة لعام 2003.

([8]) تنظر: ف ج ود من م/13 من الدستور الطبي الأردني، واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة 1989، منشور على الموقع العالمي للمعلومات، http://www.johealth.com › static › law › med_law تاريخ الزيارة 2022/8/12.

([9]) تنظر: ف ب من م/ 8 من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم 25 لسنة 2018.

([10]) تنظر: ف2 من م/ 2 من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم(4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية

([11]) ولا يختلف موقف القوانين المقارنة عن القانون العراقي في هذا الفرض.

CC BY

في علاقته التنظيمية بوصفه موظفاً في المستشفيات العامة وكمتعاقد في المستشفيات الخاصة، إذ يفقد الطبيب في هاتين الحالتين الحرية والاختيار، ويعوز النص في التشريع العراقي الصياغة القانونية السليمة، إذ ساوى النص بين مهنة الطب المقدسة بالأعمال الأخرى، إذ ترك أمر تقديم الخدمة للمريض لإرادة الطبيب في حين أن الصالح العام في الحفاظ على حياة الفرد عند الضرورة والحالات الطارئة ينبغي فيه على المشرع التدخل وتنظيم عمل مهنة الطب بما يحقق تلك المصلحة، ونأمل أن يكون النص بالشكل الآتي:((**للطبيب في غير حالة الطوارئ والضرورة، وفي غير حالة العمل في المستشفيات العامة والخاصة الحرية في تقديم العلاج من عدمه لأي مريض**)).

ويظهر من النصوص القانونية، أن القانون العراقي والقوانين محل المقارنة متفقة في منح الطبيب الحرية في اختيار مرضاه، والسؤال الذي يتبادر الى الذهن، ما هي حدود هذه الحرية؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال من منطلق كون الانسان لبنة أساسية في المجتمع، فإن صلحت صلح المجتمع وخير ما نستشهد به في هذا الخصوص قوله تعالى {مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا}[12]، عليه فإن الحفاظ على حياة الانسان وسلامة جسده، تُعَدّ من المصالح الهامة في المجتمع، وإن تطور النظام القانوني، وتدخل الأفكار الاشتراكية والوظيفة الاجتماعية لبعض المهن تقتضي من المشرع التدخل لتنظيم عمل مهنة الطب بصورة عامة والهندسة الوراثية بشكل خاص.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على حرية الطبيب في التعاقد

إن الحرية الممنوحة للطبيب في اختيار من يتعاقد معه من المرضى وتقديم خدمة العلاج بالهندسة الوراثية إليهم، وإن كان هو الأصل، فإن هناك موجبات قانونية وأخرى عملية، فضلاً عن الموجب الإنساني، إذ يجد الطبيب نفسه مضطراً الى تقديم الخدمة العلاجية لمريض لم يختاره أو يرضاه، وهو يُعَدّ خروجاً عن ألأصل واستثناء عليه، لذلك سيتم بحثه وفق الآتي:

1. **الموجب القانوني:** قد يجد الطبيب نفسه بحكم وظيفته في المؤسسات الصحية الحكومية، وخضوعه لمركز تنظيمي وظيفي يمتنع معه في اختيار مرضاه، إذ غالباً في الوظائف الحكومية يرتبط الطبيب الحاصل على شهادة بكالوريوس في الطب حال تخرجه الى احدى المستشفيات التابعة للقطاع العام، يخضع فيها الطبيب للقانون الإداري وقوانين الصحة العامة وقانون انضباط موظفي الدولة، ولا يرتبط مع المريض بشكل مباشر بأي رابطة فلا يحق عندئذ للطبيب رفض علاج المريض بإي شكل من الأشكال، بل يجد نفسه مضطراً لتقديم تقنية العلاج بالهندسة الوراثية لأي مريض يرتاد المستشفيات الحكومية[13]، وقد يجد الطبيب نفسه تحت طائلة المحاسبة الانضباطية إذا شكل فعله جرماً يستوجب إحالته الى المحاكم[14].
2. **الموجب التعاقدي:** إذا ما تعاقد الطبيب مع منشأة صناعية أو تجارية، فإن لهذا العقد أركان وشروط، فإذا كان مستوفياً لشروط صحته ولم يكن العقد موقوفاً لأي سبب من أسباب التوقف فإنه يكون منتجاً لجميع أثاره في الحال[15]، وتتلخص آثار العقد فيما يطلق عليه بالقوة الملزمة للعقد، فإذا ما قام العقدُ صحيحاً التزم به كل من طرفيه وأمكن اجبار كل منهما تنفيذ ما جاء فيه، بيد إن هذه القاعدة لا تمتد من حيث الأصل إلا الى عاقديه، وتُعرف بنسبية آثار العقد[16]، ويعَدّ الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً على هذا المبدأ الذي يعرف بأنه:((عقد يتم بين شخصين يشترط

([12]) سورة المائدة، الآية {32}.

([13]) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف: الإسكندرية، دون سنة طبع، ص26-28.

([14]) تنظر: أولاً وثاني عشر من م/ 4 من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم 14 لسنة 1991 المعدل((إداء اعمال وظيفته بنفسه بأمانة وشعور بالمسؤولية ــ القيام بواجبات الوظيفة حسبما تقرره القوانين والأنظمة والتعليمات)) وثالثاً من م/ 8((إذا رأت اللجنة ان فعل الموظف المحال عليها يشكل جريمة نشأت عن وظيفته او ارتكابها بصفته الرسمية فيجب عليها ان توصي بإحالته الى المحاكم المختصة)).

([15]) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص308.

([16]) د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، ط1، جامعة جيهان، أربيل، 2011، ص369.

CC BY

احدهما ويسمى المشترط على الآخر ويسمى المتعهد بأن يلتزم هذا في مواجهة شخص ثالث اجنبي عن العقد يسمى المنتفع أو المستفيد، فينشأ للمنتفع حق مباشر يستمده من هذا العقد يستطيع مطالبة المتعهد به))[17].

وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير تجد تطبيق لها في عقد الطبيب مع أحد المنشأة الصناعية والتجارية يتعهد فيه الطبيب بتقديم خدمات الهندسة الوراثية الى جميع العاملين في تلك المنشأة، إذ إن أي عامل في المنشأة يتقدم للطبيب لغرض تقديم العلاج بالهندسة الوراية لا يكون فيه الطبيب مختاراً، ولا يستطيع رفض علاجه لأنه تعاقد مع صاحب المنشأة على تطبيب وعلاج وإسعاف العاملين في هذه المنشأة؛ لأن مجرد رفضه العلاج يثير مسؤوليته التعاقدية[18] تجاه المنشأة المتعاقد معها، وقد أشار المشرع العراقي الى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في المواد(151–154) من القانون المدني العراقي.

3. الموجب الإنساني: إن الأخلاق قيم راسخة في النفس تصدر عنها الأفعال، التي قد تكون محمودة فيكون الخُلُقُ حسنًا أو مذمومة فيكون الخُلُقُ سيّئًا. من هنا تأتي أهمية الأخلاق في بناء المجتمعات، فتحديد القيم والقواعد الأخلاقية التي يتشارك الأفراد فيها في المجتمعات والعالم تحافظ على حقوق الإنسان، فنصرة المظلوم وإغاثة المحتاج ومساعدة العاجز والمريض، هي سلوكيات أخلاقية جبل الانسان عليها، فإذا ما اقترنت بنص قانوني، اصبح لها الزامان: أخلاقي يمدح الانسان على فعله، ويذم على تركه، والزام قانوني يوقع الجزاء على تركه وتسبب ضرراً أو أذى للغير، وقد أستلهم المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 هذه القيم بتشريع العقاب على الممتنع عن مد يد العون الى محتاجه فقد نص في م/ 371((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من كان مكلفاً قانوناً أو اتفاقاً برعاية شخص عاجز بسبب صغر سنه أو شيخوخته أو بسبب حالته الصحية أو النفسية أو العقلية فامتنع بدون عذر من القيام بواجبه).

وقد ضمت لائحة السلوك للمهن الطبية العراقي والقوانين محل المقارنة الى حالة الضرورة، وتعني وجود المريض في حالة حرجة وطارئة لا يجد المريض فيه الوقت الكافي للاستعانة بطبيب آخر، فيحتم الجانب الأخلاقي والقانوني على الطبيب التدخل في حالة المريض وعدم الامتناع عن ذلك وإلا وقع تحت طائلة القانون، وتمثل هذه الحالة استثناءً على حرية الطبيب في اختيار مريضه. ونستنتج مما تم طرحه بأن للطبيب الحق في رفض أو قبول ابرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، إذ لا يمكن القول بوجود هكذا عقد مع انعدام رضا الطبيب في إبرامه، وإن كان المشرع العراقي عدّ (الامتناع) فعلاً مجرماً يحرك المسؤولية الجزائية والتقصيرية دون المسؤولية العقدية، وإن الحرية التعاقدية المقررة في القانون المدني كأصل عام في العقود في دائرة المعاملات المالية لا يمكن ان تشمل عقد العلاج بالهندسة الوراثية، فلا يمكن منح الطبيب مطلق الحرية في رفض أو قبول إبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، نظراً لأهمية دور الطبيب ومسيس الحاجة له في بعض الحالات، وخصوصاً إذا عُرِف بتميزه وابداعه في مجال تخصصه أو بحسن معاملة مرضاه وابتكاره في طرق العلاج السريري الذي يتبعه، لذا لابد من(عدم إطلاق) حق الطبيب في رفض التعاقد إذ إن عقد العلاج بالهندسة الوراثية ليس من العقود العادية فلابد من توافر أسباب معقولة لرفض الطبيب لعلاج المريض كعدم الاختصاص العلمي أو لمبررات شخصية قد تنعكس سلباً على الأداء العلاجي للطبيب.ونأمل من المشرع العراقي إيراد النص الآتي:((ليس للطبيب أياً كان اختصاصه أن يمتنع عن تقديم العلاج لأي مريض في حالة الاضطرار).

[17] د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دون مكان طبع، 2000، ص127-128.
[18] د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص97.

المبحث الثاني

رضا المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

كما هو معلوم بأن العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، وبحثنا في الفرع الأول رضا الطبيب وحريته في التعاقد، ولكي يكون عقد العلاج بالهندسة الوراثية صحيحاً، ينبغي أن يلاقي رضاء الطبيب رضاءً آخر صحيح ومن ذي أهلية وخالية من العيوب أو ممن يقوم مقامه عند الحاجة، ألا وهو رضاء المريض بهذا العقد، فإذا افترضنا رضاء الطبيب فمن باب أولى الحرص على أن لا يخض أي انسان لإبرام عقد علاجي يمس سلامة وصحة جسده دون رضاءه الحر، لذا سنحاول تقسيم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول: المقصود برضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية:

المطلب الثاني: شروط رضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية:

المطلب الأول

المقصود برضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

إن للمريض الحرية في اختيار الطبيب والتعاقد معه وهذا ما أشار اليه تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق[19] في البند(رابعاً)، إذ جاء فيه ما يأتي: (للمريض الحرية المطلقة في اختيار طبيبه الذي يعالجه....)، ويعَدّ هذا النص ترسيخاً للقواعد العامة بخصوص ركن التراضي في إبرام العقد، وهو ما أقرته الدساتير الطبية في القوانين المقارنة، إذ نص م/28 من لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة بأنه:((لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة(مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك، ويعد ذهاب المريض إلى الطبيب في مكان عمله موافقة ضمنية على ذلك، وفي حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة(مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً كتابةً إلا في دواعي انقاذ الحياة. وعلى الطبيب الذي يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة(المبنية على المعرفة) من وليه أو الوصي أو القيم عليه. كما يجب عليه ألا يتنحى عن علاجه إلا إذا زال الخطر أو إذا عهد بالمريض الى طبيب آخر)).

ونص الدستور الطبي الأردني في واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة 1989 في م/2 منه على أنه:((كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وأن تكون له ضرورة تبرره وأن يتم برضائه ورضاء ولي أمره إن كان قاصراً أو فاقداً لوعيه)) وما نص عليه اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم(4) لسنة 2016 في أ وب وج من ف3 من م/3 بشأن المسؤولية الطبية إذ جاء فيه((أخذ موافقة كتابية بعد تبصير المريض أو من يعتد بموافقته بطبيعة العملية ونسبة نجاحها والمضاعفات التي قد تنجم عنها، وذلك على النحو الآتي:

أ. من المريض نفسه إن كان كامل الأهلية.

ب. من زوج المريض أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة وفقاً للفقرة(ج) من هذا البند، إذا كان المريض يبلغ سن الأهلية إلا انه يتعذر الحصول على موافقته لأي سبب، بما في ذلك:

- فقدان الوعي.
- فقدان الإدراك لمرض عقلي أو نفسي.

[19] مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية الصادر من وزارة الصحة، مصدر سابق، ص22.

– عدم سماح الحالة الصحية لأخذ موافقته.

ج. من زوج المريض أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، إذا كان المريض ناقص أو عديم الأهلية، ويراعى الترتيب بين الأقارب بقدر الإمكان، وإذا وجد تعارض في الموافقة بين الأقارب من الدرجة الواحدة فتكون الأولوية لصاحب الرأي بالموافقة إذا كانت تحقق مصلحة للمريض طبقاً لتقدير الطبيب المعالج وطبيب آخر...)).

يتضح من النصوص السابقة، بأنه يجب استحصال موافقة المريض عند إبرام عقد العلاج الطبي، ويمكن عَدّها ذات الشرط في ابرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، وذلك في الحالات الطبيعية إن كان المريض ذا أهلية، وممن يقوم مقامه في الحالات الأخرى. إن القول بضرورة تواجد رضاء المريض في هذا الفرض أمر من السهولة إثباته، غير إن الأمر يكون أكثر صعوبة في حالة لجوء المريض الى المستشفيات العامة(الحكومية) والمستشفيات الخاصة، فالمريض يلجأ الى تلك المستشفيات دون أن يكون له الحرية في اختيار طبيبه، كذلك الأمر في حالة حلول طبيب آخر مع الطبيب الذي تعاقد معه المريض، أو في حالة مراجعة المريض للمؤسسات الصحية التي تقدم خدماتها مجاناً، فما هو شكل الرضاء في هاتين الحالتين؟

ويمكن الإجابة على فرض مراجعة المريض للمستشفيات الحكومية، بأن تلك المستشفيات أو المستوصفات العامة، الذي يعمل فيه الطبيب تحكمه علاقة تنظيمية أو لوائح وتعليمات تخص مهنة الطب، ولا توجد علاقة تعاقدية بينهما، وكذلك الأمر مع المريض فلا يوجد أي علاقة تعاقدية بين المريض والطبيب، إذ إنه مواطن يستفيد من خدمات المستشفى والمستوصف العام كونهما مرافق عامة تقدم خدماتهما الطبية لأفراد المجتمع دون تمييز أو تفريق، بل فقط لكونهم مواطنين على أرض هذه الدولة، يتمتعون بالحقوق الأساسية في الحفاظ على الحياة وسلامة البدن، ومِن ثَمَ لا يمكن عَدّها اشتراط لمصلحة الغير بين إدارة المستشفى أو المستوصف العام مع الطبيب، يلتزم فيها الطبيب بتقديم خدماته العلاجية للمستفيد أو المنتفع من العقد أو تطبيق أحد أنظمة القانون الخاص عليها ويكون لإرادة المريض دور محدود في اختيار الطبيب[20].

وهذا ما أشارت اليه تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق، إذ جاء في البند(رابعاً) ما يأتي:

((للمريض الحرية المطلقة في اختيار طبيبه الذي يعالجه إلا إذا كانت المعالجة في مؤسسة مجانية أو كانت على نفقة شركة أو مؤسسة أو منظمة ارتبط بها المريض فلا يكون له الخيار في مثل هذه الظروف إلا إذا تم على نفقته الخاصة)).أما بخصوص رضاء المريض في حالة حلول طبيب آخر محل الطبيب المتعاقد لأي سببٍ كان، فإنه لا بد من الرجوع الى التشريعات القانونية الخاصة بذلك، إذ تم ملاحظة عدم وجود نص مباشر يجيز ذلك، إنما يكون ذلك من مفهوم الخالفة لنص ف5 من م/ 28 من تعليمات السلوك المهني للأطباء العراق، إذ نصت((إذا عوقب العضو بالمنع من مزاولة المهنة فلا يجوز ان يحل في عيادته زميل آخر مدة المنع)) ويفهم من هذا النص بأن الطبيب غير المعاقب يستطيع أن يحل بدلاً عنه طبيب آخر في عيادته لتقديم العلاج لمرضاه، إلا إنه إن كان معاقباً فلا يجوز له ذلك، والى المضمون ذاته ذهب المشرع المصري في لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة، إذ نصت م/40 منه((اذا حل طبيب محل زميل له في عيادته بصفة مؤقتة، فعليه ألا يحاول استغلال هذا الوضع لصالحه الشخصي كما يجب عليه إبلاغ المريض قبل بدء الفحص بصفته وأنه يحل محل الطبيب صاحب العيادة بصفة مؤقتة)) ويفهم من هذا النص بجواز أن يحل طبيب محل آخر مع مراعاة شروط معينة في ذلك، أي إن الأصل هو الجواز، في حين ذهب المشرع الأردني في الدستور الطبي في م/36 على أنه:((لا يسمح للطبيب أن يدير عيادة زميل له بصورة مؤقتة تزيد عن شهر واحد متصل إلا بموافقة مجلس النقابة على أن لا تزيد عن سنة)).

[20] د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويت، 1986، ص81.

CC BY

ويتضح من قراءة النصوص أعلاه، بأن الأصل هو جواز حلول طبيب محل طبيب متعاقد مع مريض، إلا ان تلك النصوص تفتقر الى ضوابط معينة بخصوص ذلك، فضلاً عن عدم تحديد الأسباب للحلول؛ لذا نتمنى من المشرع العراقي ايراد النص الآتي:((يجوز للطبيب المتعاقد أن يحل بدلاً عنه طبيب آخر في معالجة مريضه بتوافر الشروط الآتية:

- قبول المريض الصريح بذلك.
- أسباب معقولة لتنحي الطبيب المتعاقد.
- أن يكون الطبيب البديل ذو كفاءة وخبرة
- عدم تحميل المريض نفقات إضافية)).

والسبب في ايراد هذا النص هو الحفاظ على القوة الملزمة للعقد من جانب، وفي حالة الضرورة والخروج عن هذا المبدأ، استحصال موافقة المريض على ذلك، وتجنب تحميل المريض لتبعات إضافية لا يد له فيها، فضلاً عن حصرها بأسباب معقولة.وأُثير لهذا الصدد مسألة هل إن اختيار المريض لطبيب معين يكفي لوحده في التعاقد، ومِن ثَمّ التشخيص والعلاج وتقديم خدمة الهندسة الوراثية، أم إن الأمر يتطلب فيما بعد رضاءً آخر؟ وظهرت نتيجة ذلك اتجاهاتٍ ثلاث بخصوص ذلك وهي:

1. **الاتجاه الأول:** الذي يذهب الى كفاية رضاء المريض الابتدائي، وعدم الحاجة الى أن يستحصل الطبيب رضاء المريض في كل ما يستجد من أمور لاحقة تستلزم تدخل الطبيب، بل يكتفي الطبيب بالرضاء الابتدائي الذي أظهره المريض في بدء التعاقد[21]، وإن القول بخلاف ذلك سيؤدي الى إلزام الطبيب بأخذ موافقة المريض في كل ما يستجد من مضاعفات مرضية، فيكبل يد الطبيب من ناحية، ويؤدي الى سوء حالة المريض في عدم التدخل السريع من ناحية أُخرى، فضلاً عن إن المريض عادة ما يكون ذو مستوى علمي لا يرقى به الى فهم جميع الأمور الطبية، ومن ثم يصعب على المريض في حالة قيام الطبيب بشرح الأمور التفصيلية، بجانب تبعية المريض في العادة للطبيب في كثير من الأمور[22]. ومِن ثَمّ لا مناص من القول بضرورة أن يثق المريض بالطبيب، ويوليه ثقته المطلقة متكئاً على خبرة الطبيب والجانب الإنساني، وحرص الطبيب على اتباع اقصى درجات الحيطة والحذر في اتخاذ الإجراءات المناسبة لذلك.
2. **الاتجاه الثاني:** ذهب بعض رجال الفقه، والقضاء[23] الى أن رضاء المريض الابتدائي غيرُ كافٍ، وإن الأمر يستلزم من الطبيب أن يستحصل رضاء المريض في كل أمر يستجد، فهو بحاجة الى رضاء المريض الابتدائي لإبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، فضلاً عن رضاه في التشخيص والعلاج والتدخل الجراحي، وبالخصوص إذا كان التدخل الجديد يشكلُ خطراً على سلامة الجسد وحياة المريض، فينبغي إحاطة المريض علماً بكل ما يستجد من أمور تشكل خطراً يمس سلامة بدنه وحياته في حالة التداخل الجراحي وهو من ضروريات احترام الحرية الشخصية للفرد[24]، وإذا تخلف الطبيب عن أخذ موافقة المريض عن ما يستجد من أمور فسيعرض نفسه للمُساءلة المدنية، فضلاً عن الجزائية إذا أصاب المريض أي ضرر[25]. والمبرر الذي أستند اليه أصحاب هذا الاتجاه هو إن إرادة المريض اتجهت الى ابرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية لغرض البدء بالإجراءات الاعتيادية، من الكشف على المريض أي فحصه وتشخيص حالته المرضية، ومِن ثَمّ صرف العلاج المناسب له، وهو المتبادر الى الذهن وما يزيد عن ذلك يُعَدُّ وضعاً خارجاً عن المألوف، يقتضي إعلام المريض به وأخذ رضائه عنه، وذلك مراعاةً لأمرين:

([21]) انظر: د. حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص88- 89؛ د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، مطبعة جامعة الكويت: الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981، ص18.

([22]) د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ط1، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص18 وما بعدها.

([23]) د. سليمان مرقس، الوافي في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مطبعة السلام: القاهرة، 1988، ص403؛ د. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، الإسكندرية، 1989، ص88 وما بعدها؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق. ص29-30.

([24]) انظر: منير رياض حنا، مصدر سابق، ص88.

([25]) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص33.

CC BY

الأمر الأول– انطلاقا من ضرورة الحصول على رضا المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، وعَدّهِ حقاً له، فإن القيام بأي عمل مستجد دون أخذ موافقته تُعَدُّ مصادرة لتلك الحرية والحق، إذ قد يرغب المريض في مراجعة طبيب آخر فيما يستجد من أمور.

الأمر الثاني– لا يقتصر العمل الطبي على الجانب البدني، بل له ارتدادات نفسية على المريض، فضلاً عن تأثيراته الجسدية، مما يوجب الأخذ بنظر الاعتبار صاحب الجسد لمراعاة الجانب النفسي لديه، فهو وحده الذي يقدر عواقب الأمور[26].

3. **الاتجاه الثالث:** ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى حل وسط بين القولين السابقين، إذ إن الطبيب حسب هذا الاتجاه لا يكتفي بالرضاء الابتدائي للمريض في كل ما يستجد من اعمال طبية جديدة، غير أن الأمر يتوقف عند بعض الحالات، إذ لا يمكن للطبيب أن يقوم بإخبار المريض بكل ما يستجد بحكم فارق الوعي والثقافة أو أي أمر علاجي قد يضر بسير عملية العلاج بالهندسة الوراثية[27]، فالطبيب غير ملزم بإخبار المريض بكل المسائل التفصيلية عن حالته المرضية، بسبب البون الشاسع بين التقدم العلمي المتحصل للطبيب وبين الوعي الثقافي والعلمي للمريض، وقد تؤدي إعلام المريض في بعض الأحيان بالتفاصيل الجزية الى نتائج معكوسة تضر الجانب النفسي للمريض، ويجب على الطبيب عد استخدام طرق خادعة للحصول على رضاء المريض[28]، ويجب على الطبيب عند استحصال رضاء المريض مراعاة حسن النية في أداء مهنته وأن يكون الغرض من ذلك محاولة تقديم الخدمة العلاجية وبذل العناية المطلوبة لإشفاء المريض وإبرائه من مرضه[29].

ويجب أن يكون عمل الطبيب منسجماً مع أصول مهنة الطب، ونظن بأن الطبيب يجب عليه مراعاة حسن النية والثقة المتبادلة مع المريض، ومراعاة المستوى والوعي الإدراكي البسيط لعموم المرضى، والذين يصعب عليهم إدراك حقيقة التدخل بالعلاج بالهندسة الوراثية[30].ونستنتج بأن رضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية يكون تحت عنوانين وهما:

العنوان الأول– رضاء المريض الابتدائي ومن المفترض التحقق من وجوده لانعقاد عقد العلاج بالهندسة الوراثية، ويتحقق في أمرين وهما: اختيار الطبيب أولاً والرغبة في معالجة المريض لمرضه ثانياً، ويمنح هذا الرضاء الطبيب في القيام بكافة الإجراءات المتعلقة بفحص المريض وأخذ العينات من انسجته ومحاولة إعادة رسم الخريطة الجينية من خلال التلاعب بالهندسة الوراثية للخلية ومِن ثَمّ إعادة زرع تلك الخلية.

العنوان الثاني[31]– رضاء المريض الاستثنائي الذي يجب على الطبيب استحصاله للقيام بأي عمل طبي خاص بالهندسة الوراثية، تشكل خطورة ومساس بجسد ونفس المريض وهذا النوع من الرضاء يكون عادةً في مرحلة تنفيذ العقد، الذي يضفي الشرعية على الخدمة العلاجية بالهندسة الوراثية الحادثة خارج السياق العادي للأمور، أي الأعمال الطبية العلاجية التي لا تعد ضمن الأعمال الطبية العلاجية بالهندسة الوراثية الجارية أو الاعتيادية[32]. ونؤيد موقف الاتجاه الأول، إذ إن المريض الذي يقدم على العلاج بالهندسة الوراثية يكون قد وصل الى مرحلة من النضج الفكري والعملي بحيث يكون على قدر من الاستطاعة في تقدير عواقب الأمور، وإنه ما اختار الطبيب إلا بعد الفحص والتحري في كفاءة وعلمية وخبرة الطبيب مما تشكل لديه قناعة كاملة والثقة الكافية بالطبيب المعالج، فلا يحتاج الطبيب بعد ذلك سوى الى رضاء المريض الابتدائي؛ لأن العلاج بالهندسة الوراثية تتطلب منذ البدء فحوصات وتحاليل وإجراءات قد لا تكون متوقعة في بداية التعاقد.

([26]) لا يقتصر العلاج الطبي على جسد المريض –الأداء المادي للطبيب- بل قد ينصب أيضاً على الحالة النفسية للمريض والتي تعالج بأداءات مادية ونفسية من قبل الطبيب.
([27]) انظر: د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص176. وانظر: د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص23. وانظر: د. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، دون مكان طبع، 1987، ص38.
([28]) أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، أطروحة دكتوراه، مجلس كلية الحقوق/ جامعة النهرين،2008، ص83.
([29]) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص116- 117.
(30) د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص135.
(31) انظر: د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، مطبعة العزة، بغداد، 2001، ص34- 35.
(32) د. منير رياض حنا، مرجع سابق، ص78.

المطلب الثاني

شروط رضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية

لا يكفي توافر رضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، حتى يكون العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره، بل لابد أن يكون الرضا صادراً من مريض ذو أهلية قانونية، أو ممن يقوم مقامه إذا كان عديم التمييز أو ناقصها، وأن يكون رضاء المريض خالياً من شوائب عيوب الرضاء(الاكراه–الغلط–التغرير مع الغبن–الاستغلال) وإن كان توافر رضاء المريض يضفي على عمل الطبيب المشروعية، ويّعَدُّ سبباً من أسباب الاباحة[33]، فضلاً عن شكل التعبير عن الرضاء، لذا سنتناول هذه الأمور وفقاً لما يأتي:

اولاً: التعبير الصريح والضمني لرضاء المريض: ينبغي التنويه الى أن للمريض الحق في ابداء رضائه في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، ويكفي الرضاء الابتدائي كما تناولناه سابقاً، وما تم طرحه من أسباب تدعو لتبني هذا الموقف، والمريض قد يعبر عن موافقته ورضائه بشكل صريح أو ضمني، وإما شفاهاً أو كتابتاً؛ لذا يقتضي الأمر البحث في شكل الرضا قبل تناول، أهلية المريض وهذا ما سنحاول توضيحه وفق الآتي:

1. **شكل رضاء المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية:** استناداً الى القواعد العامة في القانون المدني العراقي، فقد يصدر رضاء المريض صراحةً أو ضمناً، وقد يكون مكتوباً أو شفاهاً، والكتابة قد تكون وفق نماذج مهيأة مسبقاً ومطبوعة في استمارات للتأكد من توافر رضاء المريض أو من يقوم مقامه، وما يمكن أن يُطرح في هذا المقام السؤال الآتي: هل يُعَدُّ سكوت المريض قبولاً أو رفضاً للعقد؟

وفي الغالب أن يصدر من المريض أو ممن يقوم مقامه رضاءً صريحاً، بعبارات واضحة لا تقبل الشك في دلالتها على قبول التعاقد للعلاج بالهندسة الوراثية، والتعبير الصريح عن الإرادة أكثر بياناً للإرادة الحقيقية للمريض[34]، ولم يشترط القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة شكلاً معيناً لإبداء المريض رضائه، فيجوز أن يتم التعبير عن الرضاء شفاهاً أو كتابةً، إلا إن قانون زراعة الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها وإن كانت لا تشير الى العلاج بالهندسة الوراثية، إلا إنها حددت شكل الرضا بأن يكون صريحاً وهذا ما نصت عليه ف تاسعاً من م/1 على أنه:((الرضا – التعبير الصريح عن إرادة الانسان بالتنازل عن أعضائه أو انسجته مع توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً على أن لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة)) ويظهر من هذا النص بأن المشرع العراقي حدد شكل الرضا بأن يكون صريحاً ولم يقبل بالتعبير الضمني في التعاقد، وما دعاه الى ذلك هو تعلق الأمر بجسد الانسان وسلامته، مما استوجب أن يكون التعبير عن الرضا صريحاً لا يدع مجالاً للشك في انصراف إرادة المريض الى ابرام العقد، ولم نجد نظير لهذا النص في قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن زرع الأعضاء البشرية المصري، أي أن المشرع المصري ترك موضوع التعبير عن الرضاء الى القواعد العامة، في حين أشارت م/ 5 من تعليمات رقم 8 لسنة 2016 تعليمات تنظيم العلاج بالخلايا الجذعية الصادر بموجب المادة 19 من نظام الخلايا الجذعية الأردني رقم 10 لسنة 2014 على أنه:((يتم الحصول على الموافقة المستنيرة...)) التي من الممكن أن يكون المقصود بها التعبير عن الرضاء الصريح والواضح، ولم نجد لهذا النص مثيل في مرسوم الاتحاد الاماراتي رقم 5 لسنة 2015 في شأن تنظيم ونقل وزراعة الأعضاء والانسجة البشرية. وغالباً ما يكون الرضاء شفاهاً، نظراً للثقة المتوافرة بين الطبيب والمريض[35]، غير إن طبيعة عقد العلاج بالهندسة الوراثية ومساسها بجسد الانسان اقتضى من التشريعات أن تلزم الطبيب بالحصول على رضاء المريض كتابياً، كما أشار الى ذلك قانون

([33]) تنظر: ف2 من م/41 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق:2– عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او أجريت بغير رضاه أيهما في الحالات العاجلة...)).

([34]) د. مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الاعمال الطبية وجزاء الاخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972، ص190-191؛ د. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص297.

([35]) د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993، ص194.

CC BY

عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي في ف خامساً من م/5 إذ نص على أنه:((لا يجوز استئصال عضو بشري أو نسيج إلا بعد موافقة المتبرع مسبقاً ويجب أن تكون الموافقة تحريرية في حضور احد الاقرباء من الدرجة الأولى)) ونص أيضاً((في حالة الفحوص التشخيصية التي تحتاج إلى تداخل جراحي أو تخديرَ أو زُرق المواد الملونة النفاذة والجارحة كالقسطرة والبزل القطني وما شابه، يكون من واجب الطبيب شرح ما سيجري من فحص، وفائدته للمريض مع أخذ الموافقة الخطية للمريض الواعي والراشد أو ذويه))[36] وكذلك ما نص عليه المشرع المصري في القانون الخاص بالخلايا الجذعية إذ نص في م/ 5 على أنه:((في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون...)) وكذلك اوجب المشرع الأردني بأن يكون الرضاء مكتوباً[37].ويظهر من النصوص الواردة بأن رضا المريض الصريح هو الأكثر صواباً والمعبر عن الإرادة الحقيقية للمريض، ونأمل من المشرع العراقي الزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض المكتوب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، نظراً لما يتسم به هذا العقد من التعقيد والتخصص الدقيق، فيجب أن يتم اثبات بأن المريض على دراية بكل الأمور المتعلقة بهذا العقد، ولا يمكن ذلك الا إذا توفر الدليل الكتابي، ونقترح إيراد النص الآتي:((يلتزم الطبيب بالحصول على موافقة المريض الخطية، قبل تقديم خدمة العلاج بالهندسة الوراثية)). وسبق وأن تم تناول الرضا الصريح والضمني الخاص بالطبيب، وتغني عن ذكرها الان، ومِّن ثَمّ يمكن القول بأنه من الممكن أن يكون رضا المريض ضمنياً كما يكون صريحاً، ويتمثل التعبير الضمني بقيام المريض بالكشف على جسمه، وعدم اعتراضه على دخول الامصال وربط الأجهزة بجسمه.

2. وعوداً على سكوت المريض فهل يعدُّ قبولاً لعقد العلاج بالهندسة الوراثية؟ ولا بد من القول بأن هذه المسألة غير مطروحة في تعليمات السلوك لمهنة الأطباء في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، ومِن ثَمّ ينبغي الرجوع الى القواعد العامة، إذ نص القانون العراقي على أنه:((1- لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً. 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وأتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه...))[38]، وذهب جانب من الفقه[39] الى عد الاعتداد بسكوت المريض، ولا يمكن أن يفهم منها بقبوله، لإنه قد تدفعه حراجة الموقف أو عدم جرأته من رفض العقد في بعض الأحيان، وهناك من ذهب الى تأبيد هذا الرأي[40].غير إن ما نذهب اليه، واستناداً الى القواعد العامة التي تمت الإشارة اليه، فإنه من الممكن عَدّ السكوت قبولاً إذا كان هناك عقد سابق بين الطبيب والمريض واتصل الايجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض عن مصلحة للمريض، ومهما يكن من أمر فإن رضاء المريض قد يكون صريحاً أو ضمنياً إذا كانت في ظرف لا تثير الشك في التعبير عن إرادة المريض الحقيقية، ويمكن أن يكون القبول مصاحباً بالسكوت، مع الأخذ بنظر الاعتبار، أن يكون التعبير عن الرضاء صريحاً ومكتوباً ليس لصحة عقد العلاج بالهندسة الوراثية، وإنما لغرض الأثبات.

3. أهلية المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية: لم يحدد المشرع العراقي في تعليمات السلوك المهني للأطباء والقوانين محل المقارنة عمراً معينة لاكتمال أهلية المريض، وإنما اكتفت فقط بأن يكون المريض ذو أهلية، وبخلافه يتم أخذ موافقة من يقوم مقامه[41]، وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني والقوانين محل المقارنة، تبين بأن المشرع العراقي

([36]) تنظر: فـ6 من ف 4 ثالثاً من لائحة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب الصادر من منظمة الصحة العالمية، مصدر سابق، ص7و8.

([37]) تنظر: م/8 من نظام الخلايا الجذعية الأردني رقم 10 لسنة 2014 على أنه:((لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية أو استخدامها إلا بعد الحصول على الموافقة المستنيرة وهي الموافقة الخطية...)).

([38]) تنظر: فـ1و2 من م/ 81 من القانون المدني العراقي، والى المضمون ذاته أشارت فـ2 من م/98 من القانون المدني المصري؛ م/ 95 من القانون المدني الأردني؛ وفـ1و2 من م/ 135 من قانون المعاملات الاماراتي.

([39]) د. جابر محجوب، مصدر سابق، ص121.

([40]) غادة فواد مجيد المختار، مصدر سابق، ص301.

([41]) تنظر: ثامناً/1 من لائحة سلوك مهنة الأطباء العراقي) ينبغي أن يحرص الطبيب على نيل رضا المريض على أي إجراء تشخيصي أو علاجي عندما يكون في حالة يتمكن معها من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يخالف رغبة المريض)؛ م/ 28 من لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة المصري((لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة(مبنية على المعرفة)

CC BY

والأردني قد عَدّ من أكمل الثامنة عشر من العمر كامل الأهلية، في حين ذهب المشرع المصري الى اعتبار سن البلوغ واحد وعشرين سنة ميلادية والمشرع الاماراتي واحد وعشرين سنة قمرية[42]، واشترطت القوانين لكي يكون الرضاء صحيحاً أن لا يوجد عارض من عوارض الأهلية، وقد يعترض الأهلية عارض ما بعد البلوغ، أو لم تكتمل أهلية المريض، إذ إن الاهلية تدور مع التمييز وجوداً وعدماً ونقصاناً، إذ يمر الانسان بثلاث ادوار عمرية من حيث التمييز. لكل منهما أثراً على أهليته ومن ثم على التصرفات التي يمكن أن يباشرها.

ومِن قراءة النصوص القانونية بخصوص نقص الأهلية، يتضح إغفال المشرع لحالة تستوجب منا الالتفاف اليها وهي حالة عدم تمكن المريض مِن اتخاذ القرار بسبب فقدانه الوعي مثلاً أو لتدهور حالته الصحية، فنكون هنا أمام عارض يشوب الأهلية، مما يتطلب وجود إرادة بديلة تحل محل إرادة المريض غير الواعي ونظراً لعدم تمكن المريض وهو في هذه الحالة من توكيل شخص آخر، فلا مناص من أن يقر المشرع لشخص آخر يكون ارادته بديلة لإرادة المريض وتكون هذا الإرادة البديلة مقررة بنص القانون، لإضفاء المشروعية على عقد العلاج بالهندسة الوراثية، ويفترض بأن تكون هذه الإرادة البديلة لشخص قريب من المريض من الدرجة الأولى الى الدرجة الرابعة حسب الاسبقية في وجود أيهم عند الضرورة، الغاية من ذلك هو الموافقة على اجراء التداخل الطبي المستعجل لإنقاذ حياة المريض، ونأمل من المشرع العراقي إيراد النص الآتي:((في حالة عدم قدرة المريض من ابداء رضائه لأي سبب كان، فيؤخذ موافقة اقربائه الى الدرجة الرابعة إن تتطلب الامر اجراء تدخل طبي عاجل)).

وما دعانا الى اقتراح هذا النص على المشرع العراقي، هو ضرورة وجود إرادة بديلة لإرادة المريض في حالة عجزه عن ابداء رضائه، ليتمكن الطبيب من اجراء التدخل الطبي العاجل، ولإنقاذ حياة المريض، واستبعاد تفرد الطبيب في اتخاذ القرار الذي قد يضر المريض في بعض الأحيان.

ثانياً: خلو إرادة المريض من عيوب الرضاء: إن عقد العلاج بالهندسة الوراثية هو تصرف قانوني قوامه الإرادة، والإرادة إذا كانت غير موجودة أي معدومة كان العقد باطلاً أي غير منعقدة، غير إن هناك حالة يكون العقد موقوفاً[43] أو قابلاً للأبطال[44] إذا شاب الرضاء عيب من العيوب الذي نص عليه القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، وسنحاول تتبع ترتيب المشرع العراقي في ايراد عيوب الرضا وعلى النحو الآتي:

1. **الاكراه:** عرف المشرع العراقي الاكراه في م/ 112 من القانون المدني بأنه:((إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه)) ولم يتطرق المشرع المصري الى تعريف للإكراه، وأقتصر على وضع معيار ذاتي، وتطرقت الى عناصر الاكراه، أي تجنبت وضع تعريف له[45]، وعرف القانون المدني الأردني الاكراه في م/135 بأنه((هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً)) في حين عرف قانون المعاملات الاماراتي الاكراه في م/ 176 بأنه((الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون الاكراه ملتجئا أو غير ملجئ كما يكون مادياً أو معنوياً)) ويلحظ على التعريفات التشريعية بأنه لم تميز في

من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك...))؛ م/ 2 من الدستور الطبي الأردني((كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وأن تكون له ضرورة تبرره وأن يتم برضائه ورضاء ولي أمره إن كان قاصراً أو فاقداً لوعيه))؛ ف-3 من م/ من للائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم(4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية على أنه:((-3أخذ موافقة كتابية بعد تبصير المريض أو من يعتد بموافقته بطبيعة العملية ونسبة نجاحها والمضاعفات التي قد تنجم عنها، وذلك على النحو الآتي:

أ- من المريض نفسه إن كان كامل الأهلية.

ب- من زوج المريض أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة وفقاً للفقرة(ج) من هذا البند، إذا كان المريض يبلغ سن الأهلية إلا انه يتعذر الحصول على موافقته لأي سبب، بما في ذلك:

-فقدان الوعي.

-فقدان الإدراك لمرض عقلي أو نفسي.

-عدم سماح الحالة الصحية لأخذ موافقته.

ج- من زوج المريض أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، إذا كان المريض ناقص أو عديم الأهلية، ويراعى الترتيب بين الأقارب بقدر الإمكان، وإذا وجد تعارض في الموافقة بين الأقارب من الدرجة الواحدة فتكون الأولوية لصاحب الرأي بالموافقة إذا كانت تحقق مصلحة للمريض طبقاً لتقدير الطبيب المعالج وطبيب آخر.

([42]) تنظر: م/ 106 من القانون المدني العراقي((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة))؛ ف-2 من م/ 44 من القانون المدني المصري((وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة))؛ ف-2 من م/ 43 من القانون المدني الأردني((وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة)؛ ف-2 من م/ 85 من قانون المعاملات الاماراتي((ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم احدى وعشرين سنة قمرية)).

(43) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، 2007، ص125.

(44) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط4، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،1983، ص229-233.

(45) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص334-335.

CC BY

تعريف الاكراه بين التصرف القانوني والعمل المادي، إذ عدت الاكراه متحققاً بإجبار شخص على القيام بعمل دون وجه حق. وما يتضح من النصوص الآنفة الذكر بأن الضغط والاجبار غير المشروع الذي يمارس على المريض في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، من خلال ارغامه على العلاج عند طبيب محدد أو الضغط عليه لقبول فحوصات وتحاليل مخبرية معينة دون أن يكون رضائه سليماً وخالياً من ذلك الضغط، فإن العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المُكرَه خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ وقوع الاكراه، وقد أشار القانون المدني العراقي الى إن العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المُكرِه في ف1 من م/ 134 إذ نص على أنه:((إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما إنه له أن يجيزه...)) وبينت في ف 2 من م/136بأنه((يجب استعمال خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، أُعتبر العقد نافذاً))، اما فيما يخص موقف القانون المدني المصري فقد عَدّ العقد بإكراه قابلاً للإبطال إذ نص في م/ 127((يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس)) وبخصوص مدة رفع دعوى الإبطال فقد نص ف2 من م/ 129 على أنه:((ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة))، في حين كان موقف القانون المدني الأردني في م/ 141 على أنه:((من اكره بأحد نوعي الإكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحةً أو دلالةً ينقلب صحيحاً)) ولم يحدد المشرع الأردني مدة زمنية محدد يستطيع المُكرَه من خلالها إجازة العقد أو نقضه، وهذا يحتاج من المشرع الأردني التدخل لمعالجة هذا الامر، وفي نص مشابه للنص الأردني أشار قانون المعاملات الاماراتي في م/ 182 الى حكم إجازة العقد الموقوف، ولا يختلف موقف المشرع الاماراتي عن الأردني في المدة الزمنية لممارسة الاجازة والنقض للعقد بإكراه.

ومَن خلال ما تقدم ذكره من النصوص إن كان يصح في العقود في الأمور المالية، فإنه لا يمكن أن يصدق في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، فإن تحديد مدة محددة في إجازة العقد الموقوف أو نقضه يصح في المعاملات المالية كالبيع والشراء ولكنه لا يصح في العقود التي تتعلق بالتداخل الطبي على جسد المريض وحياته، فإن إكراه المريض في هذه الحالة لا تتيح له في كثير من الأحيان وقتاً كافياً لإجازة أو نقض العقد في العلاج بالهندسة الوراثية؛ لأن الطبيب إذا ما مارس ضغطاً على إرادة المريض وخضع المريض للإكراه واعلن عن رضائه، واجرى الطبيب التداخل الطبي، فإي أهمية لإعطاء المريض مدة للنقض والاجازة وقد تم ما أراده الطبيب، لذا نأمل من المشرع العراقي ايراد النص الآتي:((إذا انعقد عقد العلاج بالهندسة الوراثية باكراه من الطبيب أو من شخص آخر وعلم به الطبيب، والحق من جراء ذلك ضرراً للمريض، ترتب على ذلك مسؤولية الطبيب المدنية حتى عن خطأه اليسير، فضلاً عن المُساءلة الجزائية))، وما دعانا الى اقتراح هذا النص هو قطع الطريق على الطبيب في إرهاب المريض بأي صورة على ابرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية لتحقيق غاية أُخرى غير علاج المريض، وعدم تعريض حياة وسلامة المريض، وهو لا يملك الوقت الكافي أو الفرصة للتخلص من هذا الاكراه، فضلاً عن أن تحميل الطبيب لخطأه اليسير ومحاسبته جزائياً ما يعُدُّ تحذيراً للأطباء من مغبة القدوم على ممارسة هذا لسلوك المشين.

2. **الغلط:** وهي((حالة تقوم بالنفس فتحملها على توهم غير الواقع))[46]، ويعرف أيضاً بأنه((عدم توافق الإرادة الحقيقية أي الباطنة مع الإرادة المعبر عنها أي الظاهرة))[47]. وغلط المريض في إطار عقد العلاج بالهندسة الوراثية تكون في صورتين:

(46) انظر: د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص299؛ د. د. توفيق فرج حسن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، الدار الجامعية، القاهرة، دون سنة طبع، ، ص127؛ د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص136؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص289؛ د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص177؛ د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص43- 44.

CC BY

الصورة الأولى– لإن عقد العلاج بالهندسة الوراثية يقوم على الاعتبار الشخصي، فيتصور الغلط في شخص الطبيب المتعاقد، وذلك بأن يتعاقد المريض مع طبيب ما لغرض علاجه ثم تبين إنه ليس الطبيب المقصود والمراد إبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية المقصود، سواءً كان الغلط في شخص الطبيب أم في اختصاصه. فإن مثل هذا الغلط يعيب إرادة المتعاقد –المريض أو المستفيد من عقد العلاج بالهندسة الوراثية– لكون شخصية الطبيب في هذا النوع من العقود محل اعتبار[48]، ويفهم هذا المعنى من نص فـ2 من م/ 118 من القانون المدني العراقي النافذ التي تنص على أنه:((إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيس في التعاقد)) وبذلك فأن العقد يكون موقوفاً على إجازة المريض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبين الغلط.

الصورة الثانية– الغلط في نوع التداخل العلاجي، أي الغلط في مضمون عقد العلاج بالهندسة الوراثية وهذا النوع من الغلط يكون غالباً بعد إبرام العقد عندما يقدم الطبيب على اجراء طبي مستحدث كالتدخل الجراحي أو الإشعاعي أو التحاليل المخبرية أو أخذ العينات مثلاً[49]، كمن يتعاقد على التدخل بالهندسة الوراثية لعلاج غدة البنكرياس، ويحاول الطبيب معالجة الخلل في المادة الصماء، وهذا ما يفهم من فـ1 من م/118 من القانون المدني العراقي إذ نص عل أنه:((إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية)) وهو ما تبناه القانون المدني المصري في ف أ 2 من م/121 على أنه:((إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية)) وذهب جانب من الفقه عند شرح القانون المدني الأردني الى أن هذا النوع من الغلط موجودة في شروط الايجاب والقبول والحقيقة أن توفق الارادتين لم يتم، فيقع العقد باطلاً؛ لذا لم يرد نص بخصوص ذلك مشبه للموقف العراقي والمصري[50]، اما ما يخص موقف قانون المعاملات الاماراتي فقد نص في م/ 194 على أنه:((اذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد)) وهو لا يختلف عن موقف القانون العراقي والمصري. ونظراً لحداثة العلاج بالهندسة الوراثية وعدم وجود تنظيم قانوني لهذا العقد، وكون القواعد العامة غير كافية للإحاطة بكل جوانب هذا العقد، فضلاً عن أن اللغة المستخدمة في القواعد العامة لا تتناسب وهذا العقد المستجد في ميدان العقود، إذ الصياغة تتعلق بالعقود في دائرة المعاملات المالية والدليل ما ورد في فـ2من م/117 من القانون المدني العراقي(فص، ياقوت) فنأمل من المشرع العراقي ايراد النص الآتي بخصوص عيب الغلط ويكون على النحو الآتي:((إذا وقع غلط في شخص الطبيب أو نوع العلاج، كان العقد موقوفاً على إجازة من وقع بالغلط)).

3. التغرير مع الغبن[51]: هو استعمال الحيلة أو الخداع بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد ولو لم تستخدم هذه الحيل لما أقدم على التعاقد[52]، فقد يلجأ الطبيب إلى أساليب الإعلان والاغراء بحيث يفسد رضاء المريض ليحمله على ابرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، والمريض ليس بحاجة لها. لا لشيء سوى الحصول على مبالغ مالية كبيرة من المريض. لاسيما إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار إن المريض يخضع لتأثير نفسي كبير من قبل الطبيب يدفعه لفعل أي شيء ودفع أي مبلغ لغرض إنقاذ نفسه من الآلام والمرض، على إنه لا يكون التغرير وحده

([47]) انظر: د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص177.

([48]) انظر: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص187.

([49]) د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي، ط1، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 2003، ص137؛ د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للاطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، القاهرة، 2006، ص168.

([50]) د. عدنان سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص132-133؛ د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص201.

([51]) على خلاف القانون المدني المصري الذي اعتبر(التدليس) وحده عيباً يشوب الرضا تنظر: م/ 126من القانون المدني المصري النافذ إذ ينص على أنه:((إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب أبطال العقد، ما لم يثبت أن التعاقد الأخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس))؛ ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص318 وما بعدها؛ د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص192.

([52]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص318- 320؛ د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص192 وما بعدها.

CC BY

عيباً يؤثر على رضاء المريض[53]، ما لم يقترن بالغبن الفاحش كفشل التدخل الجراحي أو المبالغة الكبيرة في المقابل المادي – الأجر– الذي تلقاه الطبيب. وقد أشارت لائحة السلوك الطبي وآداب مهنة الطب في العراق الصادر عن منظمة الصحة العالمي في 1 سابعاً منه الى أنه:((يعد اجتذاب الطبيب للمرضى بصورة مباشرة أو غير مباشرة إساءة للسلوك المهني كما هو الحال في استعمال وسطاء أو نشر مقالات في الجرائد أو المجلات غير المهنية أو بنشر الفتات دعائية أو استعمال وسائل إعلام أخرى غير المهنية تتضمن دعاية لشخصه أو الإيحاء إلى مثل هذه الوسائل بالتنويه عن مهارته الفنية أو بتوزيع نشرات أو بطاقات أو الكتابة على لافتات العيادة ما يشير إلى ذلك)) وأشارت م/ 10 من لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة على أنه:((لا يجوز للطبيب أن يقوم بالدعاية لنفسه على أية صورة من الصور سواء كان ذلك بطريق النشر أو الإذاعة المسموعة أو المرئية أو عبر وسائل الانترنت أو أي طريقة أخرى من طرق الإعلان))، أما فيما يخص الدستور الطبي الأردني فقد نص في م/ 5 منه على أنه:((يحظر على الطبيب الإعلان عن نفسه أو القيام بدعاية مباشرة أو بالواسطة بشتى طرق النشر أو الدعاية أو بكتابته على اللوحات أو البطاقات أو الوصفات الطبية القاباً أو اختصاصات لم ينلها بشكل قانوني، على أنه يجوز له الإعلان مرة واحدة في الصحف لمدة لا تزيد عن أسبوع عند بدء مزاولته للعمل أو انتقاله الى مكان آخر أو عند حصوله على اختصاص جديد)) ويخلو التشريع الصحي الاماراتي من النص نفسه بخصوص حظر استخدام وسائل الدعاية من قبل الطبيب.ويظهر من النصوص القانونية الواردة أن الغاية من حظر الدعاية والنشر، هو حتى لا يقع المريض فريسة وسائل دعائية غير صحيحة قد تكون أقرب الى الاحتيال والخداع وإظهار الطبيب في غير مظهره الصحيح، مما يؤدي الى التغرير بالمريض الذي لا يكفي أن يجعل العقد موقوفاً إن لم يصاحبه غبن فاحش يصيب المريض، ونأمل من المشرع العراقي عدم الاكتفاء بالنص الوارد في لائحة السلوك الطبي وايراد النص الآتي:((يحظر على الطبيب استخدام وسائل دعائية بأي طريقةٍ كانت من شأنها تضليل المريض والتغرير به وإن لحق بالمريض غبن فاحش يكون العقد موقوفاً على إجازة المريض أو من يقوم مقامه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بذلك)).

4. **الاستغلال:** عُرِفَ الاستغلال بأنه: نظام قانوني يراد منه قيام شخص بالاستفادة من نواحي الضعف في الجانب الإنساني يجدها لدى انسان آخر، كحاجة ملحة تؤثر في قراره أو طيش ونزق في تصرفاته، أو هوى جامح يسيطر عليه فيجعله ينشأ عقداً لا يتحقق في التناسب بين ما يعطيه ويأخذه من العقد[54] وقد أفرد المشرع العراقي للاستغلال مادة وحيدة هي م/125 من القانون المدني إذ نص على أنه:((إذا كان احد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعفه ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه)) والى المضمون ذاته أشارت م/129 من القانون المدني المصري على أنه:((1. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. 2. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة)) ولم يورد المشرع الأردني والإماراتي في القانون المدني نصاً خاصاً بخصوص الاستغلال.ومن

(53) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص116.
(54) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص386.

الممكن أن يتصور وقوع المريض في عيب الاستغلال بأن يستغل الطبيب إحدى الصفات المشار اليها في النص أعلاه لدى المريض فيستفيد منها لحمل المريض على التعاقد[55].

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث لا بد من عرض أهم النتائج التي تم التوصل اليها مع عرض التوصيات المقترحة بخصوصه وعلى النحو الآتي:

اولاً: النتائج:

1. ساوى المشرع العراقي بين مهنة الطب المقدسة بالأعمال الاخرى، إذ ترك أمر تقديم الخدمة للمريض لإرادة الطبيب في حين أن الصالح العام في الحفاظ على حياة الفرد عند الضرورة والحالات الطارئة ينبغي فيه على المشرع التدخل وتنظيم عمل مهنة الطب بما يحقق تلك المصلحة.
2. نص المشرع العراقي على عَدّ الإعلان والنشر مع عرض الأسعار ايجاباً، وهو ما لا يستقيم مع عقد العلاج بالهندسة الوراثية.
3. إن للطبيب الحق في رفض أو قبول أبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، إذ لا يمكن القول بوجود هكذا عقد مع انعدام رضا الطبيب في إبرامه، غير إن الحرية التعاقدية المقررة في القانون المدني كأصل عام في العقود في دائرة المعاملات المالية لا يمكن ان تشمل عقد العلاج بالهندسة الوراثية، فلا يمكن منح الطبيب مطلق الحرية في رفض أو قبول إبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية.
4. عدم وجود نصوص قانونية صريحة تحدد أسباب وضوابط حلول طبيب محل طبيب أخر في عقد العلاج بالهندسة الوراثية.
5. عدم وجود نصوص تلزم الطبيب بالحصول على رضاء المريض المكتوب لما لعقد العلاج بالهندسة الوراثية من مساس بجسد وسلامة الانسان.
6. إغفال المشرع لحالة تستوجب منا الالتفاف اليها وهي حالة عدم تمكن المريض مِن اتخاذ القرار بسبب فقدانه الوعي مثلاً أو لتدهور حالته الصحية، فنكون هنا أمام عارض يشوب الاهلية، مما يتطلب وجود إرادة بديلة تحل محل إرادة المريض غير الواعي، ونظراً لعدم تمكن المريض وهو في هذه الحالة من توكيل شخص أخر.

ثانياً: التوصيات:

1. نأمل من المشرع العراقي عدم ترك تقديم الخدمة بالعلاج بالهندسة الوراثية لإرادة الطبيب في جميع الحالات ونقترح على المشرع ايراد النص بالشكل الآتي:((للطبيب في غير حالة الطواري والضرورة، وفي غير حالة العمل في المستشفيات العامة والخاصة الحرية في تقديم العلاج من عدمه لأي مريض)).
2. لا يمكن منح الطبيب مطلق الحرية في رفض أو قبول إبرام عقد العلاج بالهندسة الوراثية، نظراً لأهمية دور الطبيب ومسيس الحاجة له في بعض الحالات، وخصوصاً إذا عُرِف بتميزه وابداعه في مجال تخصصه أو بحسن معاملة مرضاه وابتكاره في طرق العلاج السريري الذي يتبعه، لذا لابد من (عدم إطلاق) حق الطبيب في رفض التعاقد إذ إن عقد العلاج بالهندسة الوراثية ليس من العقود العادية فلابد من توافر أسباب معقولة لرفض الطبيب لعلاج المريض كعدم الاختصاص العلمي أو لمبررات شخصية قد تنعكس سلباً على الأداء العلاجي للطبيب، ونأمل من المشرع

[55] د. جابر محجوب، مصدر سابق، ص71-81.

العراقي إيراد النص الآتي: ((ليس للطبيب أياً كان اختصاصه أن يمتنع عن تقديم العلاج لأي مريض في حالة الاضطرار))

3. نأمل من المشرع العراقي ايراد النص الآتي بخصوص عيب الغلط ويكون على النحو الآتي: ((إذا وقع غلط في شخص الطبيب أو نوع العلاج، كان العقد موقوفاً على إجازة من وقع بالغلط).
4. إن رضا المريض الصريح هو الأكثر صواباً والمعبر عن الإرادة الحقيقية للمريض، ونأمل من المشرع العراقي إلزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض المكتوب في عقد العلاج بالهندسة الوراثية، نظراً لما يتسم به هذا العقد من التعقيد والتخصص الدقيق، فيجب أن يتم اثبات بإن المريض على دراية كافة بكل الأمور المتعلقة بهذا العقد، ولا يمكن ذلك الا إذا توفر الدليل الكتابي، ونقترح إيراد النص الآتي: ((يلتزم الطبيب بالحصول على موافقة المريض الخطية، قبل تقديم خدمة العلاج بالهندسة الوراثية)).

المصادر :

القران الكريم

اولاً: القوانين واللوائح

1. القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
3. قانون نقابة الأطباء العراقي رقم81 لسنة 1984.
4. النظام الداخلي لنقابة الأطباء العراقي لعام 1985.
5. قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم 14 لسنة 1991 المعدل.
6. لائحة السلوك الطبي وأداب مهنة الطب في العراق لعام 2010 الصادر عن منظمة الصحة العالمية.
7. مبادئ الاخلاقيات الطبية في المؤسسات الصحية العراقية الصادر عن وزارة الصحة العراقية عام 2017.
8. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
9. لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لعام 1974.
10. لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر بقرار وزير الصحة لعام 2003.
11. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
12. الدستور الطبي الأردني، واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة 1989.
13. القانون الأردني في نظام الخلايا الجذعية رقم 10 لسنة 2014.
14. قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم 25 لسنة 2018.
15. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985.
16. اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية.

ثانياً: الكتب

1. أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، أطروحة دكتوراه، مجلس كلية الحقوق/ جامعة النهرين، 2008.
2. د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويت، 1986.
3. د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، القاهرة، 2006.
4. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط4، دار النهضة العربية للنشر ، بيروت، 1983.
5. د. توفيق فرج حسن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، الدار الجامعية، القاهرة، دون سنة طبع.
6. د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ط1، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000.

7. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة ، القاهرة، 1991.
8. د. حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975.
9. د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، مطبعة العزة، بغداد، 2001.
10. د. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، دون مكان طبع، 1987.
11. د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي، ط1، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 2003.
12. د. سليمان مرقس، الوافي في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مطبعة السلام: القاهرة، 1988.
13. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دون مكان طبع، 2000.
14. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
15. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، دون مكان طبع، 1984.
16. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، 2007.
17. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
18. د. عدنان سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
19. د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، ط1، جامعة جيهان، أربيل، 2011.
20. د. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
21. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.
22. د. مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الاعمال الطبية وجزاء الاخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972.
23. د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993.
24. د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986.
25. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف: الإسكندرية، دون سنة طبع.
26. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
27. د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، مطبعة جامعة الكويت: الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981.
28. د. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، الإسكندرية، 1989.
29. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ، الأردن، 2008.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

1. links< publication<http;//www.reserchgate.net.
2. http://www.johealth.com › static › law › med_law