

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾

صدق الله العظيم

الفصل
الحادي عشر

مشكلات المسؤولية الطبية

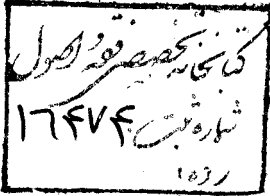
المرتبة على التلقيح الصناعي

دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي



مشكلات المسؤولية الطبية المرتبة على التلقيح الصناعي

دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي



الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي



2001

- تأليف : الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي.
- مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي
- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي
- الطبعة الأولى / الإصدار الأول عام ٢٠٠١ .
- جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة للناشرين.



- الناشر/الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع
- عمان - وسط البلد - ساحة الجامع الحسيني - عمارة الحجيرى
- هاتف ٤٦٤٦٣٦١ فاكس ٤٦١٠٢٩١ ص.ب ١٥٣٢ - الأردن .

لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب ، أو اختزان ملاته بطريقة الاسترجاع ، أو نقله على أي وجه ، أو بأية طريقة اليكترونية كانت ، أم ميكانيكية ، أم بالتصوير ، أم بالتسجيل أو بخلاف ذلك ، إلا بموافقة الناشر على هذا كتابة مقدماً.

All rights reserved. No Part of this book may be reproduced, or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage retrieval system, without the prior permission in writing or the publisher.

- التفتيد والإخراج الداخلي : مكتب روعة للطباعة

تلفون ٤٦٤٣٦٠٥ عمان الأردن

- فرز الألوان والأفلام :

الشروق للدعاية والإعلان / قسم الخدمات المطبعية

تلفون ٤٦١٨١٩٠/١ فاكس ٤٦١٠٠٦٥ عمان - الأردن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَإِنْ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ
فَتُفَرِّقَ بَيْنَكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكَمِمْ وَصَّكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

صَدَقَ اللهُ الْعَظِيمُ

الأنعام / ١٥٣

قال النبی محمد (ﷺ) :

وَإِنَّهُ لِيَسْتَغْفِرَ لَطَالِبِ الْعِلْمِ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ
حَتَّى حِيَتَانُ الْبَحْرِ وَهَوَامُّ الْبَرِّ

صَدَقَ رَسُولُ اللَّهِ

الإهداء

الى رُوح والدتي الطاهرة التي لم ترَ ثمرة هذا
الجهد . أهدي جهدي المتواضع هَذَا.

الباحث

التمهيد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التمهيد

الحمد لله رب العالمين ، الحمد لله بجميع محامده كلها على جميع نعمه كلها ، الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله . والصلاة والسلام على أشرف خلقه ومبلغ رسالاته ، المبعوث رحمة للعالمين نبينا الاكرم الامين ، صلى الله عليه وعلى آله الطاهرين وعلى أصحابه الميامين ومن أهدى بهديهم الى يوم الدين .

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

لعل موضوع (المسؤولية) من الموضوعات القانونية التي حفلت بها الدراسات والبحوث والاطاريح وأولاها الفكر القانوني اهتماما خاصا سواء من الناحية الفقهية أم التشريعية أم القضائية . وقد يكون مثار العناية الفائقة بها هو اتصالها الوثيق بالسلوك الانساني في رقيه الحضاري ، بوصفها نتاجا لهذا السلوك ويراد لها أن تكون ضابطا له في المجتمعات الصغيرة منها والكبيرة .

أن المتتبع لما هو مكتوب عن المسؤولية عامة (والطبية خاصة) ليحس بأن ذلك كله أصبح محلاً للتساؤل في وقتنا الراهن بعد أن حدث تقدم علمي مذهل انطلق فيه ومن خلاله الإنسان إلى اعماق الفضاء وإلى دواخل النفس الإنسانية فهل استطاع الفكر القانوني في مجال المسؤولية ان يقدم بنفس القدر وأن يضع الحلول الملائمة لمشاكل هذا التقدم اذ أن للتقدم مشاكله كما أن للتخلف مشاكله ، ومن جملة المجالات العلمية التي حظيت بقدر كبير من التقدم هو المجال الطبي فقد كان للتقدم الذي حصل في العلوم الطبية أثره العميق في تغيير النظرة الى الحقوق والواجبات بالنسبة للأفراد في مجتمعاتنا الراهنة وبالتالي الى وجوب تغيير معايير المسؤولية وضوابطها .

إن من المؤكد أن العلوم الطبية قد تطورت تطورا مذهلاً ووصلت اليوم إلى ما يشبه الانفجار العلمي ولازال مطردا كرد فعل لربط التقنية من جانب بالطب وبالبايولوجيا من جانب آخر فاستحدث رجال الطب مما استحدثوا الكثير من الامكانيات الطبية التي لم يكن للطب سابق عهد بها ومن بينها التلقيح الصناعي .

فعل الرغم مما قدمته هذه التطورات العلمية والاكتشافات الطبية من تقدم ملحوظ الا أن هذه الاكتشافات قد أثارت الكثير من القضايا الاخلاقية والدينية والقانونية التي تمس جوهر الحياة الانسانية .

فالتلقيح الصناعي واجارة الارحام تشكل بعض الممارسات الطبية التي تقود الانسان الى مستقبل مجهول النتائج إذ أن هذه الممارسات لا تتمتع باية حصانة ضد الاخطاء الطبية او ضد الميول الانانية عند الانسان، الامر الذي يحتم التدخل التشريعي لتنظيمها وقد أثارت هذه الممارسات الطبية اهتماما دوليا لدى المشرعين لإجراء دراسات تشريعية خاصة بها غير أن الحاجة تدعو في العالمين العربي والإسلامي لإجراء دراسات تقوم على أسس اسلامية قبل أن يأزف أوان تنظيمها في تشريع معين .

وقد بدأت الهيئات المسؤولة في بعض البلدان من العالم بالفعل بوضع حدود ومعايير واضحة لتقنية الجينات الحديثة وذلك لمنع أية وسيلة او عملية تؤدي إلى اساءة استخدام هذه التقنية الجديدة بشكل يمس كرامة الانسان كالأبحاث التي تدخل في اطار الاساءة إلى الاجنة او زرع ما يسمى بالانسان الكامل بوسائل اصطناعية غير طبيعية أو تفشي استخدام الأم المأجورة التي تكلف بحمل الأجنة للغير .

ويشهد على أهمية دراسة هذا الموضوع انعقاد العديد من المؤتمرات العلمية والطبية من جهة والشرعية والقانونية من جهة اخرى التي حضرها رجال الدين والقانون والطب للوقوف على مدى مشروعيتها من الناحيتين الشرعية والقانونية .

وتبدو أهمية البحث في هذا الموضوع في النذر القليل من الدراسات الجدية الوافية عنه عندنا على الرغم من وجود مؤسسات طبية لها نشاطها الواضح في هذا الحقل .

مما يبدو من الاحتمال الراجح الوقوع ان ينتج عن هذا النشاط أمور تقع تحت طائلة المسؤولية فلا بد من الحل .

خطة البحث :

وزع البحث على تمهيد وبابين وخاتمة . تعرضنا في التمهيد لبيان المفهوم العام للتلقيح الصناعي، التطور التاريخي للتلقيح الصناعي، أشكال التلقيح الصناعي .

وتناولنا في الباب الأول بحث موقف الشريعة من التلقيح الصناعي مقسمين الكلام فيه الى ثلاثة فصول خصص الأول لبيان مدى شرعية التلقيح الصناعي وخصص الثاني لبيان حكم التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه وخصص الثالث لبيان الصور الحديثة ذات العلاقة بالتلقيح الصناعي .

وبينا في الباب الثاني اركان المسؤولية الطبية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي موزعين الكلام فيه على ثلاثة فصول ، خصص الاول لبحث ركن الخطأ وخصص الثاني لبحث ركن الضرر وخصص الثالث لبحث رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وكل ذلك ليس على العموم وإنما في خصوصية بحثنا .

وأخيراً انتهينا إلى الخاتمة التي ذكرنا فيها أهم ما توصلنا إليه من نتائج وخلصنا إليه من آراء ولاسيما محاولتنا وضع مشروع قانون خاص حول التلقيح الصناعي .

منهج الدراسة:

لقد حاولنا في هذه الدراسة بيان موقف الشريعة من التلقيح الصناعي وبيان أركان المسؤولية الطبية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي .

وقد اقتضى تشعب مسالك الموضوع وتناثر جزئياته أن نرجع إلى كتب التفسير وشروح الحديث ثم إلى كتب الاصول فضلاً عن الرجوع إلى كتب المذاهب الفقهية ممن كان لأصحابها قدم راسخة في الفقه الإسلامي من المتقدمين والمتأخرين كما اقتضت الدراسة الرجوع إلى مجلة الاحكام العدلية وشرحها وإلى قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دوراته المتعاقبة وإلى الندوات الشرعية التي عقدت في كل من مصر والاردن والكويت وتونس والعراق.

كما أولينا - بالقدر نفسه - الجانب القانوني من حيث بيان اركان المسؤولية المدنية مركزين على القانون المدني العراقي ومشروع القانون المدني العراقي الجديد

والقانون المدني المصري وبعض القوانين المدنية العربية البارزة والقانون المدني الفرنسي وقانون العقوبات العراقي والقوانين الطبية الخاصة التي تحكم بعض صور النشاط الطبي في العراق.

وقد بذلنا جهدنا لتكون هذه الدراسة مقارنة لظهور اوجه الشبه والخلاف في مواطن شتى، وقد كان للقوانين الخاصة بالتلقيح الصناعي هي الأخرى مكانها في هذه الدراسة كالقانون الليبي والاميركي والفرنسي وغيرها، أضف الى ذلك قرارات وتوصيات المنظمات الاقليمية والدولية وتعليقات كبار الفقهاء .

كما اعتمدنا في دراستنا على بعض قرارات المحاكم الاجنبية (الفرنسية والاميركية والبريطانية والكندية والاسترالية والايطالية) ذلك أن القضاء في العالم العربي والاسلامي لم يصدر أي حكم في هذا الموضوع ، وبذلك فان قرارات هذه المحاكم ستكون معيناً جيداً للقضاء اذا ما عرضت عليه قضية مماثلة وإن كنا قد حاولنا وضع بعض المعالم بصدد الطرق التي يمكن ان يتلمسها القضاء إذا ما عرضت عليه قضية من هذا النوع مستقبلاً وذلك بالاستناد إلى القواعد الكلية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة للمسؤولين المدنية والجنائية التي تقررها القوانين النافذة، علماً أننا نتصدى لبحث المسؤولية المدنية حصراً وأن عرجنا في بعض المواضع القليلة للمسؤولية الجنائية .

نرى من كل ما سبق بيانه أننا دخلنا بحثاً وطأنه فيه أرضاً بكرًا ملؤها الشوك والصخور فوجب أن نكون حذرين ، لان بعض عناصر هذا الموضوع نجد له نصوصاً نهتدي بها، اما بالنسبة للعناصر الأخرى فالنصوص بصددها مفقودة ويجب ايجادها لهذا يحسن بنا ان نستعرض المصادر الصالحة لاستقاء عناصر هذا الموضوع الجديد التي وفرت له المعلومات :

١ - الدراسة الميدانية التي قمت بها في مستشفى بغداد التعليمي ولا غرو في ذلك فان الوجه الاصيلي للمسألة وجه طبي .

٢ - تأتي بعد ذلك قرارات وفتاوى مجلس مجمع الفقه الاسلامي ، ولا عجب في ذلك فإن للمسألة وجهاً دينياً له حضور ملزم شرعاً وقانوناً عندما يراد بحث الموضوع فنحن في دولة يشير دستورها الى أن دين الدولة الاسلام .

٣ - مقتطفات من القوانين الطبية في العراق وبعض الاقطار العربية وبعض الدول الاجنبية.

٤ - الاحكام الصادرة عن محاكم النقض المدنية والجنائية في بعض الدول الاجنبية اذ لابد وأن تولد هذه المسائل قضايا تثار فيها المسؤولية المدنية او الجنائية لبعض النشاطات في الموضوع ، يضاف الى ذلك بعض المقابلات التي اجريتها مع القضاة اعضاء محكمة التمييز العراقية .

٥ - تقارير اللجان الاخلاقية الطبية الدولية وفي بعض الدول الاجنبية والتي تقابلها في العراق تعليمات السلوك المهني للموضوع صلة بكرامة الانسان.

٦ - الآراء الفقهية التي وان لم تبلغ بعد في حجمها المؤلفات والكتب غير أن فائدتها لا تنكر.

تقتضي طبيعة الموضوع بيان المفهوم العام للتلقيح الصناعي اولا والتطور التاريخي للتلقيح الصناعي ثانياً وأشكاله ثالثاً لأن هذه المسائل تكتسب أهمية بالغة إذ تعتمد عليها الكثير من المناقشات الواردة في ثنايا البحث وعليه فإن هذا التمهيد ينقسم وفقاً لما يأتي:

أولاً : المفهوم العام للتلقيح الصناعي.

ثانياً : التطور التاريخي للتلقيح الصناعي.

ثالثاً : اشكال التلقيح الصناعي.

أولاً - المفهوم العام للتلقيح الصناعي :

التلقيح من اللقاح وهو يعني لغة : الحبل وهو أسم ما أخذ من الفحل ليدس في الآخر، والملاقيح : الأمهات وما في بطونها من الأجنة (١) فهو إذن من اللقاح وأصله للإبل ثم استعير في النساء فيقال : لقحت إذا حملت (٢) وأما معناه اصطلاحاً (Insemination) فهو نقل المواد المنوية صناعياً من الذكر إلى مهبل الأنثى (٣).

ولعل من المفيد أن نحدد معنى كلمة الاخصاب فهو من الخصب (بالكسر) ويعني لغة : كثرة العشب ورفاهة العيش ، واخصبوا : نالوه والعضاه (أي وأخصبت العضاه) : جرى الماء فيها حتى اتصل بالعروق (٤) وتعني اصطلاحاً (Fertilization) وهي عملية اتحاد خلية الذكر المنوية ببيضة الأنثى (٥). ولقد أثرنا استخدام لفظة (التلقيح) بدلا من لفظة (الاخصاب) لان التلقيح كما سبق التعريف به عملية نقل المواد المنوية صناعياً من الذكر إلى مهبل الانثى وهو الأمر الذي تتفق عليه المبادئ الطبية ومهما كانت الوسائل المستخدمة في عملية النقل، إذ أن هذه العملية هي التي تهمنا بالذات فضلا عن كونها الموضوع الذي نتناوله سيما وانها مكفولة بسلسلة من العمليات تشترك فيها جميع الثدييات ومن بينها الانسان، هذه السلسلة التي نتحدث عنها تكون مجالا خصبا لاثارة المسؤولية القانونية بنوعيتها المدنية والجنائية ، أما الاخصاب كما سبق التعريف به بوصفه عملية اتحاد الخلية الذكرية مع الخلية الانثوية فهو يحصل بعد أن يتم نقل هذه المواد المنوية صناعيا سواء كان هذا النقل قد

(١) مادة (لقح) باب الحاء فصل اللام - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط ٢ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ص ٣٠٦.

(٢) مادة (لقح) باب الحاء فصل اللام - العلامة ابو الفضل جمال الدين محمد بن منظور المغربي، لسان العرب، دار صادر وبيروت للطباعة والنشر، بيروت ١٩٥٦ م ، ٥٧٩/٢.

(٣) الموسوعة الطبية الحديثة - تلقيح صناعي - ٥٣٠/٤، اشار اليها ادور غالي الذهبي ، مجموعة بحوث قانونية (جريمة التلقيح الصناعي في القانون الليبي) ط ١، ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية، ص ٤.

(٤) مادة (خصب) باب الباء فصل الخاء - القاموس المحيط ، ص ١٠٢ وكذلك مادة (خصب) باب الباء فصل الخاء - لسان العرب، ٣٥٧/١.

(٥) الموسوعة الطبية الحديثة - اخصاب - ٤٨/١، اشار اليها ادور غالي الذهبي المصدر السابق، الصفحة ذاتها .

حصل بالطريق الطبيعي أم بالطريق الصناعي وبهذا يتضح الفارق بين العمليتين ،
ذلك الفارق الذي يوجب التمييز بينهما.

ولما كانت هناك سلسلة من العمليات البايولوجية التي تشترك فيها الثدييات فلا بد
من الكلام عن كيفية حصول التلقيح الطبيعي (أي التكاثر الجنسي بالطريق الطبيعي)
فهو الاصل الذي جعله الله سبحانه وتعالى بحكمته الطريق الاصيل للانجاب والتناسل
وبقاء النوع البشري ، ولفهم آلية حصول التلقيح الطبيعي نذكر أن الجهاز التناسلي
للذكر يتألق من : أ- الخصية ب - البربخ ج- الحويصلة المنوية - د - البروستاتة
هـ- الاحليل بينما يتألف الجهاز التناسلي للانثى من : أ- المبيضين ب - الرحم ج-
قناتي الرحم د- المهبل^(١).

أما الخصية فانها المسؤولة عن تكوين الحيوانات المنوية ويستطيع الرجل أن يقذف
كمية هائلة من النطف وقد يستطيع ذلك مرات عدة في اليوم الواحد وتنتهي هذه
العملية بقذف الرجل (٢ - ٦ سم^٣) من السائل المنوي تحوي على (٢٠ - ١٥٠ مليون
حيمن/مل) تقريبا يستطيع كل منها ان يكون جنينا^(٢)، ومن هذا نستطيع ان ندرك
مدى عظمة الخالق سبحانه وتعالى اذ ان الخصية وهي معمل انتاج الحيوانات المنوية
تحوي بلايين الحيوانات المنوية. أما المرأة فتختلف عن الرجل إذ انها لا تفرز سوى
بيضة واحدة شهريا إذ ليس لها اي سلطان في تحريرها بارادتها ولان المبيض يعمل
مستقلا عن ارادة هذه المرأة وذلك في دورة قمرية شهرية^(٣)، ولا تزيد مجموع
البويضات التي يفرزها المبيض في حياة المرأة عن (٤٠٠ بويضة) وقد تقل عن ذلك^(٤).
وتسيطر على نشأة النطفة والبويضة هرمونات ذات طبيعة خاصة لدى كل من الذكر
والأنثى فلدَى الذكر هناك نوعان من هذه الهرمونات أولهما الهرمون المحفز للخلايا
البينية ويرمز له علمياً (ICSH) والآخر الهرمون المحفز للجريب المسؤول عن انضاج

(١) محمد علي البار ، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ط٥،
١٩٨٤، الصفحات ٢٧، ٣٠، ٣١، ٣٥.

(٢) صبري القباني ، اطفال تحت الطلب ومنع الحمل ، دار الصياد البغدادية ، ١٩٩٠، ص ٢٧.

(٣) صبري القباني ، المصدر السابق ، ص ٢٧.

(٤) محمد علي البار ، المصدر السابق ، ص ٣٧.

الحيامن في الخصية ويرمز له علمياً (FSH) ولدى الانثى نوعان من هذه الهرمونات حيث يسيطران على نمو جريب جراف (FSH) وهرمون الاباضة ويرمز له علمياً (LH) وهو مسؤول عن نمو الجسم الاصفر في المبيض واسناد الجنين خلال فترة الحمل^(١).

وبعد حصول الجماع الجنسي بين الرجل والمرأة تندفع هذه الحيوانات المنوية التي تم انزالها باحثة عن بويضة المرأة كي يتم تلقيحها فتخترق مجموعة منها القناة الرحمية اليمنى وتسير اخرى عبر القناة الرحمية اليسرى (قناتي فالوب) وهنا يموت قسم كبير منها قبل حصول عملية الاخصاب لأسباب عديدة ويبقى القسم الآخر باحثاً عن بويضة يخصبها وأخيراً يحظى حيوان من هذا القسم بلقاء البويضة فإذا ما اقترب منها تشاء العناية الالهية المبدعة أن يفرز انزيمات (*) لها القدرة على اذابة جزء من المنطقة الدائرية المشعة المحيطة بالبويضة وتسمى في علم الطب (التاج المشمع) وتفرز البويضة هي الأخرى مادة لزجة على سطحها لتسهيل مرور الحيوان المنوي إلى داخلها .

وبدخول الحيوان المنوي إلى البويضة تتقابل النواتان المذكرة والمؤنثة وجها لوجه ويقوم مركز الحيوان المنوي بتكوين اشعة مغزلية في قطبي الخلية الامشاج ولا بد هنا من الاشارة إلى ان الحيوان المنوي يحتوي ٢٣ كروموسوما وكذا الحال بالنسبة للبويضة اي ان الخلية الجسدية تحتوي ٤٦ كروموسوما وعبر هذه الكروموسومات (وهي الجسيمات الملونة التي تحمل الصفات الوراثية) تنتقل الصفات الوراثية من الآباء والاجداد حتى تصل الابناء دون ان يتطابق منهما اثنان على الاطلاق ، ثم تقوم هذه النطفة الامشاج بالانشطار المستمر وتتكون مئات الخلايا على هيئة ثمرة التوت وتسمى (التوتة) سرعان ما تكبر ويصير ما بداخلها مجوفا وبه سائل رقيق تسمى (البلاستولا) تقوم البلاستولا بنزع غلافها (زونا بلوسيدا) في داخل الرحم ثم تفرز انزيمات خاصة لاختراق جدار الرحم لتستقر فيها وتنمو شيئاً فشيئاً إلى حين

(١) صباح ناصر العلوجي ومرتضى كمال الحكيم، الجنس وعدم الاخصاب، مطبعة دار القادسية ، ط١ ، ١٩٨٥ ، ص ٢٣ .

(*) هذه الانزيمات هي : (١) انزيم الهايليروينديز (٢) الانزيم المسؤول عن اذابة واختراق خلايا الكرونا المحيطة بغلاف البويضة (٣) انزيم الاكروسين . (٤) انزيم النيورامينيديز.

الولادة (١)، وتستغرق هذه العملية حوالي اسبوع واحد (٢) فسبحان الله القائل ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين. ثم جعلناه نطفة في قرار مكين. ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين ﴾ (٣).

وإذا كان هذا هو الطريق الطبيعي للتلقيح وسنة الله في خلقه إلا أن هناك حالة العقم الطبي الذي يحدث لدى الرجل أو المرأة ويشكل حائلاً دون حصول العملية سالفة الذكر بمسارها الطبيعي ، هنا يأتي دور التلقيح الصناعي لحل هذه المشكلة ولتحقيق رغبة الوالدين الجامعة في أن يكون لهما ولدا يحمل اسميهما فما هو العقم الذي جاء التلقيح الصناعي للتخلص منه كلا أو جزءا وما هي اسبابه ؟

يراد بالعقم الطبي فقدان القدرة على احداث الحمل عند أحد الزوجين أو كليهما وذلك بعد مرور سنة واحدة اعتبارا من تاريخ الزواج من غير استخدام اية موانع للحمل سواء كانت هذه الموانع طبيعية أم صناعية وهو على نوعين :

أ - عقم أولي : ويعني عدم حصول الحمل مطلقا.

ب - عقم ثانوي : ويعني ان الحمل قد حصل لمرة واحدة ثم توقف بعدها (٤).

أما الاسباب التي تدعو للعقم فكثيرة حيث يذهب الدكتور منذر البرزنجي إلى تعداد اسباب العقم وهي :

- ١ - ضعف في عدد الحيامن او في نشاط الحيامن.
- ٢ - التهابات في الجهاز التناسلي سواء الذكري منها أم الانثوي.
- ٣ - ضعف في الهرمونات التناسلية سواء الذكري منها أم الانثوي.

(١) محمد علي البار ، المصدر السابق ، ص ١٩٥ - ١٩٨ .

(٢) محمود عبد الرحمن فتح الله وصلاح يوسف الدهش ، خصوبة الاناث ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ٢٩ وبعدها .

(٣) سورة المؤمنون / الآيات ١٢ - ١٤ .

(٤) منذر البرزنجي ، بحث القاه في (ندوة التلقيح الصناعي البشري - الجوانب الطبية والشرعية والقانونية)، غير منشور ، اقامتها كلية القانون بجامعة بغداد بتاريخ ١٢/٢٦/ ١٩٨٩ ، مطبوع على الآلة الكاتبة.

- ٤ - وجود الاجسام المانعة المضادة للحيامن سواء في الذكر منها ام في الانثى.
- ٥ - ضعف في مبايض الانثى .
- ٦ - عدم انتظام الدورة الشهرية أو فقدانها في الانثى .
- ٧ - عدم انتاج الانزيمات التناسلية في الحيامن .
- ٨ - وجود تشوهات غير طبيعية في تركيب الحيامن أو البويض.
- ٩ - وجود تشوهات غير طبيعية في الرحم أو في عنق الرحم أو المبايض .
- ١٠ - عدم استجابة المستقبلات الهرمونية في الرحم او المبيض للهرمونات التناسلية .
- ١١ - عدم استجابة المستقبلات الهرمونية في الخصية أو البربخ أو الغدد المساعدة .
- ١٢ - عدم كفاءة عامل الاتصال الجنسي .
- ١٣ - انسداد الانابيب الرحمية (قناتي فالوب) مما يؤدي إلى منع نزول البيضة إلى موقع الاخصاب.
- ١٤ - انسداد قناة المنى الذكرية او قنوات البربخ.
- ١٥ - العقم ذو المنشأ النفسي .
- ١٦ - خلل كيميائي في افرازات المهبل أو الرحم (حامضية المهبل او عنق الرحم).
- ١٧ - خلل كيميائي في افرازات الغدد التناسلية الذكرية أي حصول تغيرات في السائل القاعدي للسائل المنوي او الضغط الازموزي .
- ١٨ - عدم نزول الخصية في موعدها الطبيعي في كيس الصفن .
- ١٩ - الاصابة بالنكاف والامراض الفايروسية والبكتولوجية وغيرها من التي تؤثر على عمل الخصية خلال مرحلة الطفولة .
- ٢٠ - عدم انسجام فصائل الدم بين الزوج وزوجته .
- ٢١ - العقم مجهول السبب^(١).

(١) بحثه ، المصدر السابق ، أما عن الطرق العلمية التي يجري التلقيح الصناعي بواسطتها فاننا نتركها لذوي الاختصاص ومع ذلك انظر: أنيس فهمي ، العقم عند النساء ، مجلة العربي ، ع ٣٢٠ ، تموز ، ١٩٨٥ ، ص ١٨٣ ، البرزنجي ، بحثه المشار اليه آنفا.

ثانياً : التطور التاريخي للتلقيح الصناعي :

إن التلقيح قد يكون في النبات والحيوان والانسان (١)، غير ان القصد من التلقيح في النبات والحيوان غير الهدف منه في الانسان فاستعماله مع النبات والحيوان هو للحصول على نسل نباتي أو حيواني احسن واجود بينما استعماله مع الانسان لغرض اتخاذه وسيلة لتحقيق رغبة الولد بالنسبة للزوجين اللذين ليس لهما ولد وذلك كي يقف عندهما الاحساس بالعقم او يزول وبذلك يستويان بغيرهما ويشعران في هذه الحياة بنعمة الابوة والامومة للابناء (٢).

ذكر ابن خلدون في مقدمته المشهورة (٣) امكانية نشوء الجنين بغير الطريق الطبيعي

(١) فبالنسبة الى تلقيح النبات ، فالضرورة الطبيعية تقتضي ذلك فمن النباتات ما يجري تلقيحها تلقائياً اي دون تدخل الانسان وهذا ما يحصل في معظم النباتات والاشجار امثالاً لقوله سبحانه وتعالى :

﴿ وأرسلنا الرياح لواقح فأنزلنا من السماء فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين ﴾ سورة الحجر/ الآية ٢٢

ويقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية (وأرسلنا الرياح لواقح ، اي تلقح السحاب فتدر ماء ، وتلقح الشجر فتفتح عن اوراقها واكمامها).

الامام الجيل الحافظ عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي ، تفسير ابن كثير ، دار الاندلس اللبنانية للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا سنة طبع ، ٥٤٩/٢ .

ومن الاشجار ما يحتاج في اجراء عملية التلقيح الى تدخل الانسان كالنخيل فانه لا بد من ايصال لقاح الذكر الى شمراخ طلع الانثى حتى يصبح الثمر مفيداً صالحاً للاستعمال وهو ما يسمى لغة (تأبير النخل) وبعبارة اخرى يكون شيصاً (غير مشدد النوى) وهو من باب ربط الاسباب بمسبباتها.

عبد الملك السعدي ، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون ، القسم الاول ، دار الانبار للطباعة والنشر ، ط ٣ ، ١٩٨٩ ، ص ١٠٠ . اما بالنسبة الى تلقيح الحيوان ، فيمكن القول ان تجارب التلقيح الصناعي بدأت اولاً على الحيوانات ثم انتقلت بعدئذ الى الانسان ونترك هذا الموضوع لذوي الاختصاص ومع ذلك أنظر: توفيق وهيب الدوري وعزيز كبروحنا ، فسلجة التكاثر والتلقيح الاصطناعي ، دار التقني للطباعة والنشر ، ١٩٨٣ ، ص ٥ - ٦ . وانظر ايضا : حسن سعد المبروك ومحمد الشامس بالرحال ، فسيولوجيا التناسل والتلقيح الاصطناعي ، دار الجماهيرية العربية الليبية للنشر والتوزيع والاعلان ، ط ١ ، ١٩٨٩ ، ص ١٢٧ .

(٢) الشيخ محمود شلتوت ، الفتاوى ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٣٢٦ وبعدها .

(٣) عبد الرحمن بن خلدون ، مقدمة ابن خلدون ، الفصل السادس والعشرون (في انكار ثمة الكيمياء واستحالة وجودها وما ينشأ من المفاصد عن انتحالها) دار القلم اللبنانية ، ط ٧ ، ١٩٨٩ ، ص ٥٢٩ .

للتكاثر فهو يتحدث عن (تخليق انسان من المني) غير انه يعترف ان ذلك منوط بـ (الاحاطة باجزائه ونسبته واطواره وكيفية تخليقه في رحمه وعلم ذلك علما محصلا بتفاصيله حتى لا يشذ منه شيء عن علمه سلمنا له تخليق هذا الانسان) إلا أنه يستدرك فيقول (وأنتي له ذلك) في اشارة واضحة إلى عجز العلم آنذاك عن الالمام بهذه الاشياء لأن (العلم البشري عاجز عن الاحاطة بما دونها).

نتبين من هذا أن الفيلسوف (ابن خلدون) يتحدث عن امكانية نشوء ما يسمى بـ (طفل الانبوب) المعروف هذه الايام وذلك فيما اذا عرفت النسب والجزئيات والاطوار الخاصة بهذا العلم مما كان غير معروف في تلك الايام وينهي كلامه لقول (وليست الاستحالة فيه من جهة الفصول ولا من الطبيعة انما هو من تعذر الاحاطة وقصور البشر عنها).

ويمكن القول ان اول تجربة للتلقيح الصناعي على البشر قام بها الجراح الانكليزي (جون هنتر) وذلك على أول امرأة في عام ١٧٨١ وتكلت تجربته بالنجاح (١) مستفيداً من تجربة سبالانزاني التي سبقته بعام واحد (٢) وفي العام ١٩١٨ أجريت في فرنسا لأول مرة عملية تلقيح امرأة بغير نطفة زوجها (٣) وفي العام ١٩٣٢ تنبأ الاستاذ الدكتور (هكسلي) وهو المفكر الاول في مسألة التلقيح المخبري وتكوين الاجنة في كتابه الذي سماه (العالم الجديد الممتاز) بإمكان الحفاظ على البويضة الملقحة حية سليمة خارج جسم الام وفي درجة حرارة ملائمة بفضل التقنية الحديثة (٤).

(١) صبري القباني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٥.
(٢) ان اول تجربة صحيحة في عالم التلقيح الاصطناعي قام بها الكاهن الايطالي (لازاري سبالانزاني) عام ١٧٨٠ عندما قام بحقن كلبة عذراء اصطناعيا بسائل منوي اخذ من احد الكلاب فحملت على اثر ذلك وانجبت ثلاثة جراء كاملي التكوين الفيزيولوجي .

MAURIZIO LUDOVICI

المظاهر القانونية للتلقيح الاصطناعي ، دراسة سريعة للتشريعات الراهنة ، تعريب رياض الخاني ، مجلة المحامون السورية ، ع ٦ ، حزيران ، ١٩٦٩ ، ص ١٩١.
(٣) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ، بيان للناس من الازهر الشريف ، ٢٣ / ١٠ / ١٩٨٠ ٦ جمادي الاولى ١٤٠٠ هـ (التلقيح الصناعي ، ص ١٥ من البيان) .
(٤) مصطفى احمد الزرقا ، التلقيح الصناعي واطفال الانابيب والرأي الشرعي فيها ، بحث تقدم به الى مجلس مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي في مكة المكرمة في دورته الثالثة المنعقدة في ربيع الاخر ١٤٠٠ هـ آذار ١٩٨٠ ، غير منشور ، ص ٤.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في العام ١٩٤٥ توسع اجراء عمليات التلقيح الصناعي على الانسان وذلك بغية معالجة بعض حالات العقم في الرجل او المرأة ، ففي العام ١٩٦٥ أعلن العالم الايطالي (دوليتي) عن نجاحه في تربية جنين بعيدا عن رحم أمه في انبوبة اختبار ولمدة زادت عن ٩٥ يوما مات بعدها الجنين بعد استنفاد التجربة لاغراضها الا أن ثائرة الفاتيكان قد ثارت بعدها على ما سمي (اللعب بعمليات الخلق) وابدى اعتراضا شديدا على هذه التجربة^(١).

غير انه بحلول العام ١٩٧٦^(٢) اعلن كل من الباحثين البريطانيين (باتريك ستبتو) وزميله (روبرت ادوارد) عن نجاحهما في تحقيق الاخصاب بين البيوض والحيامن البشرية في قناني الاختبار ونجاح الحمل لكن الحمل جاء منتبذا (اي خارج جوف الرحم) بعد ان كان قد اشيع في اواخر الستينات عن توصلهما معا إلى تكوين جنين انساني في وعاء اختبار ، وبعد جهود مضية تكلفت بولادة طفلة الانبوب الاولى (لويزا براون) وكانت أنثى بتاريخ ٢٥/٧/١٩٧٨ في بريطانيا تلك العمليات التي ذاع صيتها ولم تزل في جميع ارجاء المعمورة ، وجاءت هذه العملية لمعالجة حالات العقم الناشئة عن انسداد قناتي فالوب عند المرأة والتي سرعان ما ازداد اقبال الأزواج العقيمين على طريقة التخصيب داخل القناني^(٣).

وفي ٣/١٠/١٩٧٨ ولدت طفلة الانبوب الثانية (دورجو) بعملية قيصرية اجراها (للسيدة بلا) الطبيب الهندي (بهاتا شاريا) في مدينة كلكتا الهندية، وفي ١٤/٢/١٩٧٩ ولد طفل الانبوب الثالث (الاستير موننتغمري) وكان ذكرا في بريطانيا أيضاً^(٤) ثم توالى هذه العمليات بعدئذ لتشمل حالات عدة ودولا كثيرة وبطرق علمية مختلفة في قارات العالم الخمس حيث اعلن كل من (ستبتو) و (ادوارد) عن استقبال

(١) صحيفة الاهرام المصرية في عددها الصادر ليوم ٢٧/٨/١٩٧٨، ص ٣.

(٢) هيئة تحرير مجلة العربي ، ع ٢٤٦، ايار - ١٩٧٩، ص ٦٥.

(٣) ومن الجدير بالذكر انه قد جرت للمرة الاولى في تاريخ الطب عملية اجراها د.ام.سي.شان) عام ١٩٦١ حيث نجح في تخصيب بويضات اناث الجرذان في قناني المختبر وتحققت الحمل فالولادة بعدما اعاد البويضات المخصبة الى ارحام الجرذان . مجلة التضامن ، ع ٢٠٧ ، ص ٤، ٢٨/٣/١٩٨٧، ص ٢٩.

(٤) مجلة العربي ، ع ٢٤٦، المرجع السابق ، الصفحة ذاتها .

المولود الالف في مركزهما منذ ولادة الطفلة (لويزا براون) منهم مجموعة من التوائم (١) دون أن يدخل ضمن هذا العدد بالطبع الحالات الاخرى الموجودة في بقية ارجاء العالم.

ثالثاً : اشكال التلقيح الصناعي :

لم يعد التلقيح الصناعي مقصوراً على طريقة دون اخرى او على شكل دون آخر بل قد تعددت طرقه وتنوعت اشكاله وحسب حالة العقم الطبي الذي يصيب الرجل او المرأة بل حسب درجة التطور العلمي في مجال الطب الذي نشهد له كل يوم انجازاً جديداً فما هي اشكال التلقيح الصناعي ؟

أن اظهر طريقتين للتلقيح الصناعي هما :

١ - طريق التلقيح الداخلي : وذلك عن طريق حقن نطفة الرجل في الموضع المناسب من الجهاز التناسلي للمرأة.

٢ - طريق التلقيح الخارجي : وذلك بجمع الحيوانات المنوية للرجل وبويضة المرأة في انبوبة اختبار واعادة زرعها (اي اللقيحة) في رحم المرأة.

ولكنه ظهر من خلال الدراسات النظرية العلمية والتطبيقات العملية وخاصة في الدول الاوروبية والولايات المتحدة الاميركية واستراليا وغيرها ان هناك اشكالا اخرى تنضوى تحت لواء كل طريق من التي بينها ، وسنستعرض هذه الاشكال بقطع النظر عن كونها حلالاً او حراماً ثم حالة العقم الطبي التي تأتي هذه الاشكال لمعالجتها اذ ان كل شكل من هذه الاشكال له مكانه المناسب وموقعه الملائم ودوره المميز^(٢).

طريق التلقيح الصناعي الداخلي، وفيه اربعة اشكال هي :

الشكل الاول : أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في الموضع المناسب من الجهاز التناسلي لزوجته حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعياً بالبويضة التي

(١) صحيفة الثورة العراقية ، في عددها الصادر ليوم ٢٨/١٢/١٩٨٧ ، ص ٨.

(٢) هذه الاشكال مستقاة من قرار شرعي (برقم ٥) اصدره المجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة بين ١١ - ١٧ ربيع الآخر ١٤٠٤هـ الموافق ١٤ - ١٩/١/١٩٨٤ م ، قرار غير منشور .

يفرزها مبيض زوجته ويتم التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم كما هو الحال في حالة الجماع ، ويلجأ إلى هذا الشكل اذا كان في الزوج قصور لسبب معين عن ائصال حيواناته المنوية في الواقعة إلى الموضع المناسب .

الشكل الثاني : أن تؤخذ نطفة رجل وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل اخر حتى يقع التلقيح داخلها ثم العلوق في الرحم كما في الشكل الاول، ويلجأ إلى هذا الشكل حينما يكون الزوج عقيماً مجدباً فيأخذون النطفة الذكرية من غيره ^(١).

طريق التلقيح الصناعي الخارجي ، وفيه اثنا عشر شكلاً هي:

الشكل الاول :

أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويوضعا في انبوبة اختبار طبي بشرط فيزيائية معينة حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في الوعاء تأخذ بعدها اللقيحة بالتكاثر والانقسام تنقل بعدها في الوقت المناسب من انبوبة الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق كأبي جنين وفي نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده ذكراً أو أنثى وهو الذي حققه الانجاز العلمي الباهر المتمثل بـ (الطفل الانبوب) ، ويلجأ إلى هذا الشكل عندما يكون هناك انسداد في قناة فالوب لدى الزوجة تلك القناة التي تصل ما بين المبيض والرحم .

الشكل الثاني :

أن يجري تلقيح خارجي في انبوبة الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة هي ليست زوجته ويسمونها (المرأة المتبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته ، ويلجأ إلى هذا الشكل عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً ولكن رحمها سليم قابل للعلوق اللقيحة فيه.

(١) وتقول الموسوعة البريطانية ان تلقيح الزوجات بنطف من غير ازواجهن في حالة عقم الزوج واسع الانتشار في الولايات المتحدة الامريكية واوروبا .

THE NEW ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, KNOWLEDGE IN DEPTH, VOLUME (6), 1974 EDITION (EUGENICS), P.1026

وهناك شكلان اخران هما : (١) حقن حيمين الزوج في رحم اجنبي داخلها. (٢) حقن الحيامن المجمدة للزوج المتوفي في رحم الزوجة

الشكل الثالث :

أن يجري تلقيح خارجي في انبوبة اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجته (كلاهما متبرعان) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، ويلجأ إلى هذا الشكل حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيمة بسبب تعطل المبايض لكن رحمها سليم وزوجها يكون عقيماً أيضاً إلا أنهما يريدان طفلاً يربط بينهما ويخلد اسميهما من بعدهما.

الشكل الرابع :

أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين نطفة الرجل وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها ، ويلجأ إلى هذا الشكل حينما تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم منتج أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها فتتطوع لها امرأة أخرى بالحمل عنها وتسمى المرأة المتطوعة هذه (الأم المستعارة) ^(١).

الشكل الخامس :

هو الشكل المبين في الشكل الرابع نفسه لكن هناك فرقاً بينهما يتمثل بأن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضررتها لحمل اللقيحة عنها. إلا أن هذا الشكل لا يجري في البلاد الغربية التي تمنع قوانينها المدنية وقوانين الأسرة فيها تعدد الزوجات غير أنه مباح في البلاد العربية والإسلامية حيث تسمح الشريعة الإسلامية الغراء نظام تعدد الزوجات.

(١) لهذه الحالة تسميات أخرى غير (الأم المستعارة) كشتل الجنين أو تأجير الأرحام ونفضل تسمية هذه المرأة بـ (الحاضنة) إذ لا نعتقد بصحة تسميتها بـ (أجارة الأرحام) إذ أنها لا تعدو أن تكون ترجمة لمصطلح إنكليزي هو (SURROGATE MOTHER) وبالرجوع إلى المعاجم القانونية وجدنا أنه يعني (من يقوم مقام غيره في مركز معين). انظر : حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني إنكليزي - عربي ، ط ٥ ، ١٩٨٨ ، ص ٦٧٧. والصحيح هو أنه مأخوذ من الحضانة (حضان الصبي حضاناً وحضانة : أي جعله في حضنه أو رباها كاحتضنه).

مادة حضان : باب النون - فصل الحاء - القاموس المحيط ، ص ١٥٣٦. إذ أن الدور الذي تقوم به المرأة الحاضنة يتجسد بنماء الطفل ورعايته في رحمها وإلى حين ولادته وليست هذه العملية (أي الحضانة) نيابة كالتّي نعرفها في التصرفات القانونية .

الشكل السادس :

وهو عبارة عن تلقيح الزوجة داخليا او تلقيح بويضتها خارجيا بماء زوجها المتوفي الذي حفظ ماؤه قبل وفاته في مصرف للمني في حسابه الخاص ذلك انه قد انشئ في عدد من البلاد الاوروبية وفي الولايات المتحدة الامريكية وكندا واستراليا مصارف كثيرة للمني وهذه المصارف تفتح للودائع المنوية حسابات خاصة وحسابات عامة . فالاحسابات الخاصة هي التي يفتحها عميل واحد بالذات يرغب في حفظ نطفة لاستعمالها في المستقبل ايام شيخوخته أو لمن يثبت عقمه من اولاده او حفدته ويدفع مبلغا ماليا محددًا رسم افتتاح لهذا الحساب كما يدفع لحفظ كل وديعة منوية رسماً مالياً . اما الحسابات العامة فهي التي تحفظ فيها تلك المصارف نطف المتبرعين بنطفهم لبيعها المصرف إلى الراغبين او الراغبات ويقبض المتبرع مبلغاً عن كل وديعة يقدمها ويحفظ المصرف الودائع المنوية في ثلاجات في درجة برودة منخفضة جداً^(١).

هذا وقد حصلت الكثير من هذه الاعمال في الولايات المتحدة الاميركية أثناء حروب فيتنام كما حصلت عام ١٩٨٤ في فرنسا في قضية السيدة (كورين بارباليكس) والتي رفعت أمرها إلى القضاء ليحكم لها بحقها في أن تلحق بماء زوجها الذي توفي منذ أمد بعيد وفي استراليا أيضاً وافقت المحكمة العليا في تشرين الثاني عام ١٩٨٤ على استنبات الجنينين المجمدين اللذين خلفهما زوجان ثريان في كاليفورنيا في الولايات المتحدة ماتا في حادثة طائرة^(٢).

الشكل السابع :

حيمن أجنبي مع بويضة الزوجة وتزرع للقيحة في رحم اجنبي، ويلجأ إليه عند تلف خصية الزوج ورحم الزوجة.

(١) وإذا كان الشائع في تسميتها بانها (بنوك المنى) غير ان هذا لا يمنح من وجود تسمية اخرى نفضلها هي صورة (تجميد الحيامن الذكرية). هذا وتعمل هذه الطريقة وفق وسائل علمية تحيل القارئ الى بحث: عامر هشام جعفر ، الاجنة المجمدة ... حوار المستقبل ، مجلة العربي ، ع ٣١٨ ، مايو ١٩٨٢ ، ص ٨٧ وبعدها.

(٢) رجب التميمي، من بحث له بعنوان (اطفال الانابيب وحكمه في الشريعة الاسلامية) تقدم به الى مجلس مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة في دورته الثالثة المشار اليها انفا، غير منشور ، ص ٢٠ منه. علماً أن هذا الموضوع سيكون محلاً لمناقشة وبحث بجانبه الشرعي والقانوني فيما بعد.

الشكل الثامن :

حيمن الزوج مع بويضة اجنبية وتزرع اللقيحة في رحم اجنبي ، ويلجأ اليه عند تلف المبيض ورحم الزوجة .

الشكل التاسع :

حيمن اجنبي مع بويضة اجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة ، ويلجأ اليه عند تلف خصية الزوج ومبيض الزوجة .

الشكل العاشر :

حيمن اجنبي مع بويضة اجنبية وتزرع اللقيحة في رحم اجنبي ، ويلجأ اليه عند تلف خصية الزوج ومبيض ورحم الزوجة .

الشكل الحادي عشر :

حيمن الزوج المجمد المتوفي مع بويضة الزوجة وتزرع اللقيحة في رحم اجنبي ، ويلجأ اليه عند تلف رحم الزوجة ووفاة الزوج.

الشكل الثاني عشر :

حيمن الزوج مع بويضة الزوجة المجمدة المتوفية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية ، ويلجأ اليه عند وفاة الزوجة الاولى.

وبهذا ننهي كلامنا في التمهيد لننتقل بعد ذلك إلى الحديث عن موقف الشريعة من التلقيح الصناعي .

الباب الأول
موقف الشريعة من التلقيح الصناعي

الباب الأول

موقفُ الشريعة من التلقيح الصناعي

إن هذا البحث يتعلق بسلوك انسان يمس فيه العقيدة الدينية للشخص وبالتالي فإن بحث مسألة التلقيح الصناعي لابد وأن ينظر أن لها صلة بالعقيدة الدينية لهذا الشخص وان البحث محكوم تشريعيا بنص المادة الرابعة من الدستور العراقي النافذ لعام ١٩٧٠ والتي تقرر (الاسلام دين الدولة) لذا بات من الضروري أن نبحث قبل الحديث في المسؤولية الطبية رأي فقهاء الشريعة في هذا الموضوع، وإن البحث فيه يقتضي منّا بيان مدى شرعية التلقيح الصناعي وحكم التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه وحكم الصور الحديثة من التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه وهو ما سنبحثه على النحو التالي:

الفصل الاول : مدى شرعية التلقيح الصناعي.

الفصل الثاني : حكم التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه.

الفصل الثالث : الصور الحديثة ذات العلاقة بالتلقيح الصناعي.

الفصل الاول

مدى شرعية التلقيح الصناعي

بما ان التلقيح الصناعي هو نوع تداوى فلا بد أن نبين موقف الفقه الإسلامي من فكرة التداوى وبالتالي بيان الوسائل المستحدثة في التلقيح والموقف الشرعي منها ولهذا ارتأينا تقسيم الكلام في هذا الفصل وفق الخطة التالية:

المبحث الاول : فكرة التداوى في الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني : الوسائل المستحدثة في التلقيح وموقف الفقه الاسلامي منها .

المبحث الاول

فكرة التداوى في الفقه الاسلامي

إن العقم من المشاكل القديمة التي كانت ولا تزال تهدد حياة العائلة بل وتضفي عليها كابوسا من الالم والحزن والمشاكل النفسية وقد تبين من الدراسات الخارجية إن ما يعادل ١٠٪ من حالات العقم سببها كليا الرجل وحتى ٤٠٪ منها قد يكون الرجل مسؤولا عنه اما نسبة ٥٠٪ الباقية فتكون المرأة مسؤولة عنها كليا^(١).

فهناك صفات عضوية وحالات فسيولوجية يتصف الجسم بها والخروج عنها يعد مرضا وبناء عليه إذا وجد في شخص مانع يمنعه من الانجاب وكان من الممكن معالجته فإن ذلك يعد حالة مرضية^(٢).

وبناء عليه قد يضطر الطبيب في بعض الحالات إلى الالتجاء إلى التلقيح الصناعي كتدبير أخير للتخلص من العقم^(٣).

(١) راجي عباس، السلوك المهني للطباء ، ط ٢، ١٩٨١ ، دار الاندلس للطباعة والنشر والتوزيع ، ص ٢٨٣.

(٢) جواب (الطبيب هاشم السامرائي) على سؤال تقدم به هاشم جميل عبد الله ، زراعة الاجنة في ضوء الشريعة الاسلامية ، القسم الاول ، مجلة الرسالة الاسلامية ، س ٢٢، العددان ٢٢٧ - ٢٢٨، ايار ، حزيران ، ١٩٨٩، ص ١٠٠ (نشر هذا البحث بأربعة اقسام فليلاحظ).

(٣) انظر التمهيد من هذه الرسالة (المفهوم العام للتلقيح الصناعي) وهي تتحدث عن اسباب العقم.

ولما كان العقم حالة مرضية فانه يستوجب علاج هذه الحالة ، وهذا العلاج يبدأ أولاً بالمستحضرات الطبية الحديثة لتنشيط الاجهزة في كلا الزوجين ولمحاولة اسعافهما لاتمام الاخصاب وتسهيل عملية الانجاب (١) ويمكن اللجوء ايضا إلى اجراء عملية جراحية أو غيرها من الوسائل التي ليس فيها محذور شرعي فان لم تجد نفعا يمكن اللجوء عندئذٍ إلى التلقيح الصناعي مع أخذ الاحتياطات اللازمة فهو يعد اذن من قبيل التداوي بل ان التداوي بغير المحرم جائز شرعا بل قد يكون واجبا اذا ترتب عليه حفظ النفس لانها من الضرورات الخمس .

وقد قال الله سبحانه وتعالى : ﴿الذي خلقني فهو يهدين. والذي هو يطعمني ويسقين. وإذا مرضت فهو يشفين﴾ (٢).

بل إن السنة المطهرة قد أمرت الانسان بالتداوي عندما يمرض سعيا وراء الشفاء بالاسباب (٣) فعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء) (٤) رواه البخاري ومسلم . وعن اسامة بن شريك رضي الله عنه قال: أتيت النبي ﷺ واصحابه كأنما على رؤوسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الاعراب من ههنا وههنا فقالوا: يا رسول الله أنتداوي؟ قال: (تداووا فإن الله لم يضع داء الا وضع له دواء غير داء واحد الهرم) (٥). رواه اصحاب السنن بسند صحيح .

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية (وفي هذه الاحاديث الصحيحة الامر بالتداوي وانه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع داء الجوع والعطش والحر والبرد باضدادها بل لا يتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الاسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا

(١) فؤاد الكبيسي ، الانجاب - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة ، اب، ١٩٨٩ ، غير منشورة ، ص ٢٢٠ - ٢٢١.

(٢) سورة الشعراء : الايات : ٧٨ - ٧٩ - ٨٠.

(٣) عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الاعضاء الآدمية من منظور اسلامي ، دراسة مقارنة ، ط١، ١٩٨٨ ، دار المنار للنشر والتوزيع ، ص ٦٢.

(٤) الامام احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الفكر للتوزيع والنشر ، بلا سنة طبع ، ١٣٤/١٠ - ١٣٦ ، الامام احمد بن محمد القسطلاني، ارشاد الساري بشرح صحيح البخاري ، طبعة بالافوسيت من قبل دار صادر البيروتية عن طبعة المطبعة الاميرية ببولااق ، مصر ، ١٣٠٤ هـ / ٨ / ٣٦٠ ، الامام يحيى بن شرف النووي الشافعي ، صحيح الامام مسلم للنووي، طبعة دار الشعب المصرية، ١٣٩٣ هـ ، ٥١ / ٥ ، ٥٧.

(٥) الشيخ منصور علي بن ناصيف، التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول ﷺ، دار الفكر، بيروت، ط٤، ١٩٧٥ ، ١٩٩ / ٣ .

وشرعا ، وان تعطيلها يقدر في نفس المتوكل كما يقدر في الامر والحكمة ، وبضعفه من حيث يظن معطلها ان تركها اقوى في المتوكل فان تركها عجزا ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه ودفع ما يضره في دينه ودنياه ولا بد مع هذا الاعتماد - من مباشرة الاسباب والاكان معطلا للحكمة والشرع فلا يجعل العبد عجزه توكلا ولا توكله عجزا^(١).

وهكذا فإن التداوي او علاج الامراض امر مأمور به في شريعتنا السمحاء وذلك حفظا للنوع الانساني، ويسري الامر حينئذ على علاج حالة العقم التي تستدعي تلقيحا صناعيا بحق رحم المرأة بماء الرجل ذاته اعني زوجها اذ ان هذا التصرف لا اثم فيه ولا حرج منه يتحقق به الحمل وتحصل به زينة الحياة الدنيا ويمتد به وجود الأسرة^(٢).

من هذا يتضح ان الاسلام دين يحترم الحياة الانسانية احتراماً كاملاً فالادامي محترم حيا وميتا في الاسلام ومن مظاهر رعايته للنفس البشرية وتكريمه لها أن حثه على الاخذ باسباب الشفاء بالتداوي مما قد يعتريه من الامراض^(٣)، ذلك لان المتتبع للنصوص الشرعية بمختلف ادلتها يدرك ان جسد الانسان ومنافعه مملوكة له لكن ليس له حق التصرف في هذا الملك إلا في حدود الشرع فتصرفه اذن منوط بالمصلحة شرعا فكما ان الشهوة مركبة فيه وشرع له اطفائها بماء الزوجية حرم عليه اطفائها بماء الزنا واللواطه مثلا وكما املكه الشرع أن يطأ لطلب الانجاب من ماء الزوجية حرم عليه الانجاب من غير ماء الزوجية ووعاء الحمل^(٤)؛ فسلطة الانسان على جسده

(١) ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد، مطبعة السنة المحمدية بلا سنة طبع، ١٤٢/٣.

(٢) من فتوى مفتي تونس حول التلقيح الصناعي منشورة في صحيفة عكاظ السعودية ع ٦٠٠٩، ١٢ نوفمبر، ١٩٨٢، ص ١٥.

(٣) احمد شرف الدين ، الاحكام الشرعية للاعمال الطبية ، ١٩٨٣ ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب ، الكويت ، ص ٢٨.

(٤) بكر بن عبد الله ابو زيد ، طرق الانجاب في الطب الحديث ، بحث تقدم به الى مجلس مجمع الفقه الاسلامي في دورة انعقاده بمكة المكرمة بتاريخ ١٠/١٠/١٤١٠ هـ - ١٩٨٦ م ص ٧، غير منشور .

لا تعدو حق المنفعة لان الرقبة لله عز وجل ، وهذا مبعثه ان الحق في سلامة الحياة والجسد حق مشترك بين العبد وربّه^(١).

فالاسلام اذن في تكريمه للانسان والحفاظ على نوعه واستمرار نسله يعمر الارض إلى أن يشاء الله حريص على أن يعيش في أسرة متوادة متحابّة متعارفة لاجتماعات تقطعت اوصالها وانحلت عصباتها وغازت ارحامها.

المبحث الثاني

الوسائل المستحدثة في التلقيح وموقف الفقه الإسلامي منها

على الرغم من عدم وجود مصطلح (التلقيح الصناعي) لدى الفقهاء المسلمين الا انهم عرفوا ما يسمى (استدخال المنى) رديفاً له وجعلوه حلالاً كالوطء^(٢). وبنى عليها الفقهاء احكاماً فقهية متعددة غير ان التلقيح الصناعي كعملية طبية وعلمية حديثة ينبغي اخضاعها لشريعة الله ولا يجوز العكس اجماعاً ذلك ان وجهة نظر الاسلام في الحكم بالمفسدة او المصلحة على هذا الشيء او ذاك هي وجهة نظر خاصة فان الله في تشريعه يقدر الافعال حسب نتائجها وثمراتها المترتبة عليها في ذاتها فما فيه نفع اباحه أو أمر به وما فيه ضرر نهى عنه وحذر منه وهو في تقديره النفع والضرر ينظر للمجتمع لا للأفراد فقد يكون الفعل الموصل للنفع العام ضاراً ببعض الافراد كالعقوبات لكنها تعود بالخير على المجتمع وقد يكون الفعل الموصل إلى الضرر نافعا لبعض الافراد كالرّبا لكنه يعود بالضرر على المجتمع^(٣).

والاسلام هو دين الفطرة وما يتمشى مع الفطرة فهو يتمشى مع أحكام الدين بل إن الإسلام أمرنا بالاجتهاد في امور الدنيا ولانه دين العلم ويدعو إليه وإلى الاستفادة من كل طاقاته وبكافة مجالاته وتخصصاته كي يدعو إلى أن يسير هذا العلم في الطريق المشروع لخدمة الانسانية والتخفيف من ويلاتها ومتاعبها فاذا ما قامت

(١) احمد شرف الدين، المصدر السابق ، ص ٢٦.

عبد السلام عبد الرحيم السكري ، المصدر السابق ، ص ٨٩.

(٢) سيكون هذا محل بحث فيما بعد .

(٣) محمد مصطفى شلبي ، اصول الفقه الاسلامي ، ط ٤ ، ١٩٨٣ ، ١/ ٢٩٥.

عقبات في وجه التناسل الطبيعي بين زوجين شرعيين وامكن التغلب على هذه العقبات واعطاء الزوجين ذرية من مائهما الخاص فذلك لا يمنعه الاسلام (١) لانه لا يعارض العلم بل يشجعه ويحض عليه (٢).

فكما جاء الاسلام هاديا للنفس البشرية من نوازع الضلال والشرك فقد جاء مؤتلفا مع الطبيعة البشرية لا يشذ عنها مصدقا للعلم والعقل حاثا على كشف اسرار الكون والسيطرة عليها لذلك كان دين الفطرة ودين العقل ومازال الاسلام بما فيه من مزايا يقدمها لبنية كما يقول (ولفرد بلنت) في كتابه (مستقبل الاسلام) قادرا على اجتذاب الناس اليه وهي مزايا تفوق كل ما تستطيع الحضارة الاوروبية ان تقدمه (٣). وصدق الله العظيم حين قال : ﴿ سنريهم آياتنا في الافاق وفي انفسهم حتى يتبين لهم انه الحق ﴾ (٤).

(١) عبد الله بن عبد الرحمن البسام ، (اطفال الانابيب)، بحث تقدم به الى مجلس مجمع الفقه الاسلامي في دورة انعقاده بمكة المكرمة بتاريخ ١٠/١٠/١٤١٠ هـ - ١٩٨٦ ، ص ١٣ ، غير منشور.

(٢) اما الكنيسة الكاثوليكية فقد عارضت التلقيح الصناعي مرارا وتكرارا ووقفت منه موقفا صارما وادانته في ثلاث مناسبات وهي كالتالي:

١ - في العام ١٩٥٦ اد أن البابا بيوس السادس عشر في رسالة وجهها الى المؤتمر الطبي المنعقد عامذاك عمليات التلقيح الصناعي قائل (ان عقد الزواج لا يمنح مثل هذا الحق للاباء لان غايته ليس الحصول على الولد وانما غايته افعال مادية تصلح لانجاب حياة جديدة وهي افعال مخصصة لذلك ولهذا يجب ان نقول بان الاخصاب الصناعي ينتهك حرمة القانون الطبي وهو مخالف للقانون وللأخلاق).

انظر: عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٨٤.

ب - المناسبة الثانية في العام ١٩٦٥ ، فقد وصفت الكنيسة هذه العمليات بانها لعب بعمليات الخلق وذلك بعد اعلان العالم الايطالي (دوليتي) عن نجاحه في تربية جنين بعيدا عن رحم أمه .

ج - المناسبة الثالثة بعد ولادة طفلة الانبوب الاولى (لويزا براون) في ٢٥/٧/١٩٧٨ فقد صرح متحدث باسم الفاتيكان بعيد ولادة الطفلة بأن الاخصاب الصناعي ضد الطبيعة وانه ضد حق الانسان في الزواج وضد الأخلاق.

صحيفة الاخبار المصرية في عددها الصادر ليوم ٢٧/٧/١٩٧٨.

(٣) حسين فوزي النجار ، نظرية الاخلاق في الاسلام ، الكويت ، مطبعة ذات السلاسل ، ١٩٧٦ ، ص ١٩.

(٤) سورة فصلت : الآية ٥٣.

فالتلقيح الصناعي إذن يجب أولاً وأخيراً أن يكون حلاً لمشكلة قائمة هي مشكلة العقم لدى أحد الزوجين لا أن تكون هي مشكلة بحد ذاتها فهي قضية من القضايا التي تشهد للانسان بالتطور العلمي والتقدم الحضاري وبالتالي فهي مسألة يقف الاسلام منها موقف المشجع والمؤيد مادامت تحقق مصلحة وتفرج كربه عن الناس شريطة الا يكون ذلك على حساب قاعدة عدلية او قاعدة من قواعد الاخلاق لان الشريعة هدفها الاساس المصلحة فكل ما فيه مصلحة للناس فهو حلال وكل ما فيه مضره للناس فهو حرام (١).

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية (فان الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن ادخلت فيها بالتأويل) (٢).

إن المتتبع الدقيق للأحكام الشرعية يدرك انها معللة بالمصالح وهي لا تتساوى في درجاتها وإنما تتفاوت طبقاً لأهميتها فمنها الضرورات ومنها الحاجيات ومنها الكماليات ، فالضرورات هي (لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل تفوت الحياة بفوتها ويفوت في الآخرة الفوز برضا الله سبحانه وهو النعيم السرمدي الذي لا يزول) (٣).

فالمصلحة هي (عبارة في الاصل عن جلب منفعة او دفع مضره ولسنا نعني به ذلك فان جلب المنفعة ودفع المضره مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو ان يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الاصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة . واذا اطلقنا المعنى المتخيل والمناسب في كتاب القياس اردنا به هذا الجنس

(١) احمد الكبيسي ، التلقيح الصناعي من وجهة نظر الفقه الاسلامي ، بحث القاء في ندوة التلقيح الصناعي البشري سالفة الذكر ، مطبوع على الالة الكاتبة ص ١ منه.

(٢) شمس الدين ابو عبد الله بن ابي بكر المعروف ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط ١ ، ١٣٧٤ هـ ، مطبعة السعادة المصرية ، ١٤ / ٣ .

(٣) محمد الخضري ، اصول الفقه ، ط ٦ ، ١٩٦٩ ، القاهرة ، المكتبة التجارية الكبرى ص ٣٠٠ .

وهذه الاصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته فإن هذا يفوت على الخلق دينهم وقضاؤه بايجاب القصاص اذ به حفظ النفوس وايجاب حد الشرب اذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف وايجاب حد الزنا اذ به حفظ النسل والانساب وايجاب زجر النصاب والسراق اذ به يحصل حفظ الاموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون اليها وتحريم تفويت هذه الاصول الخمسة والزجر عنها يستحيل ان لا تشتمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع ...^(١).

إن حادثة هذا النوع من العمليات جعل البعض يفتي بتحريمها مستنديين في ذلك على قوله عز وجل : ﴿لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير﴾ (٢) أو بعدم ضرورته أصلاً لأنه العالم يعاني من انفجار سكاني (٣) يرد عليه بأن هؤلاء قد خالفوا قواعد ديننا السمحة التي تحث على الانجاب في مجاراتهم للمذهب المalthوسي في ضرورة تحديد النسل خشية الازمات الاقتصادية الحادة ، في حين يذهب البعض الآخر إلى الحكم باباحتها على أساس (الأصل في الأشياء الإباحة)^(٤).

غير ان هذا الرأي وان كان صحيحا في جملة الا انه ليس كذلك على اطلاقه ، ونرى ان كلا الفريقين قد جانبتهما الدقة فالشريعة موسومة بسمة المرونة تلك المرونة التي تجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان وما كان ذلك ليتحقق إلا بمراعاة المصلحة بضوابطها الشرعية، إلا أننا ينبغي ألا نتوسع في اجراء مثل هذه العمليات وبالتالي ابقاؤها في نطاق ضيق ومحدود إذ يجب ألا تغيب عن البال ابدا القاعدة الفقهية الكلية

(١) الامام ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، دار العلوم الحديثة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ٢٨٦/١ ، ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة ، المطبعة الرحمانية المصرية ، بلا سنة طبع ، ١٠/٢ .

(٢) سورة الشورى / الآيتان ٤٩ - ٥٠ .

(٣) طفل الانبوب ، هيئة تحرير مجلة المرأة ، ع ١٦٦ ، شوال ١٣٩٨ هـ ، الكويت ، ص ١١٦ .

(٤) طفل الانبوب ، المصدر السابق ، الصفحات ذاتها .

وهي (الاصل في الفروج التحريم) فلو تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة (١) فكل من يريد التوسع على غير مقتضى الشريعة علينا أن نقول له اين دليلك على ما تذهب اليه ؟ ولا يكتفي منه ان يقوم بنفي الدليل المانع على اجرائها وهو أمر يكون العثور عليه بعيداً جداً، ذلك لانه يجتمع حق الله تعالى وحق العبد في الدماء والفروج والاعراض والانساب اما الاموال فحق الله فيها تابع لحق العباد بدليل انها تباح باباحتهم ويتصرف فيها بإذنهم (٢).

وبعد هذا فاننا نضع الشروط التالية لاجازة التلقيح الصناعي وفق التصور الذي قدمناه ونجملها بما يلي:

أولاً : لما كان الهدف الاسمى من العلاقة الزوجية هو الانجاب وطلب الذرية وهو أمر لن يتأتى الا بالتكاثر الجنسي الطبيعي فإنه لا يتم العدول عنه كأصل إلى أمر آخر إلا إذا استدعته داعية (٣) كأن يكون الزوج أو الزوجة مريضاً بعد استنفاد

(١) في تفصيل هذه القاعدة انظر: الامام جلال الدين السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، ١٩٨٣، دار الكتب العلمية اللبنانية، ص ٦١ - ٦٣ - الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، ١٩٦٨، مؤسسة الحلبي وشركائه للنشر والتوزيع، ص ٦٧ - ٦٩.

(٢) احمد شرف الدين، المصدر السابق، ص ٣٤.

(٣) ان الشريعة الاسلامية امرت المسلمين كافة وحضتهم على تكثير النسل وبناء على أن من مقاصد الزواج في الشريعة الانجاب والحفاظ على النوع الانساني وبالتالي لا يجوز اهدار هذا المقصد لان في اهداره تعارضاً مع نصوص الشريعة وتوجهاتها الداعية الى تكثير النسل والحفاظ عليه والعناية به بوصفه احد الضرورات الخمس ونستعرض هنا بعض الادلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكما يلي:

١- قال تعالى (فالننّ باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم). سورة البقرة/ الآية ١٨٧، قال علماء التفسير : اي: جامعوهن واطلبوا ما اباحه الله من الجماع او قدره من الولد. تفسير الجلالين للامامين جلال الدين محمد بن احمد الحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، مكتبة النهضة، بغداد، ط ٥، ١٩٨٨، ص ٣٦.

٢ - قال تعالى (نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم اني شئتم وقدموا لانفسكم) سورة البقرة/ الآية ٢٢٣ قال علماء التفسير: نساؤكم مزدراع اولادكم، فأتوا مزدراعكم كيف شئتم واين شئتم. جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، مطبعة دار الفكر، ١٩٨٨، ٣٩١/٢.

٣ - قال تعالى (هنالك دعا زكريا ربه قال رب هب لي من لدنك ذرية طيبة انك سميع الدعاء). سورة آل عمران/ الآية ٣٨.

قال علماء التفسير: ان هذه الآية قد دلت على طلب الولد وهي سنة المرسلين والصدّيقين .
ابو عبد الله محمد بن احمد القرطبي، الجامع لاحكام القرآن ، مطبعة دار الفكر ، بلا سنة
طبع ، ٣١٧/٢ ، ٣١٨.

٤ - قال تعالى (وجعل بينكم مودة ورحمة) . سورة الروم/ الآية ٢١ قال علماء التفسير: مودة
بالمجاعة ، ورحمة بالولد.

الامام محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين ، التفسير الكبير، مطبعة دار الفكر ،
ط ٣، ١٩٨٥ ، ١١/٥٢. وفي تفسير هذه الآية ايضا قال القرطبي : إن الرحمة هي النسل ،
انظر: الجامع لاحكام القرآن ، ١٧/٣ .
ثانيا : من السنة النبوية المطهرة:

١ - عن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (يا معشر
الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم
يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء) . رواه الخمسة.
فتح الباري للامام العسقلاني، ٩/١٠٤-١١٣ ، ارشاد الباري للامام القسطلاني، ٨/٣ -
٧، شرح النووي بصحيح مسلم ، ٤/٥٤٥ - ٥٤٩.

٢ - عن انس رضي الله عنه قال : جاء ثلاثة رهط الى بيوت ازواج النبي صلى الله عليه وسلم
يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما اخبروا كأنهم تقالوها فقالوا: وأين
نحن من النبي صلى الله عليه وسلم وقد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر فقال احدهم :
اما انا فاني اصلي الليل ابدا. وقال اخر : انا اصوم الدهر ولا افطر . وقال آخر: انا اعتزل
النساء فلا اتزوج ابدا . فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهم فقال: (انتم الذين
قلتم كذا وكذا اما والله اني لاخشاكم لله واتقاكم له لكني اصوم وافطر واصلي وارقد
واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني) . رواه الشيخان والنسائي.
فتح الباري للامام العسقلاني - ارشاد الساري للامام القسطلاني - شرح النووي بصحيح
مسلم، المصادر ذاتها ، الصفحات ذاتها .

ومن هنا نفهم لماذا حرمت الشريعة جميع الوسائل التي تؤدي الى قطع التناسل وما اكثرها في
الوقت الحاضر كالتعقيم الذي يراد به التأثير على الجهاز التناسلي للرجل او المرأة ليفقد
صلاحية الانجاب او تحديد النسل بشكل جماعي وان كان يجوز اللجوء الى تحديد النسل
بشكل فردي على الا يكون ذلك لسبب اقتصادي فقد قال سبحانه وتعالى في سورة العنكبوت
الآية ٦٠ (وكأين من دابة لا تحمل رزقها الله يرزقها واياكم) او الاجهاض اذ ان كلمة
الفقهاء المسلمين قد اتفقت على تحريمه بعد نفخ الروح فيه الا لعذر اما قبل نفخ الروح فان
كلمتهم قد تفرقت بين الاباحة والكراهة والتحريم .

انظر المصادر التالية: عصمت الله عنايت الله محمد، حكم الشرع في التعقيم ، مجلة البحوث
الفقهية المعاصرة، الرياض، ع ٥، س ٢، ١٩٩٠، ص ١٧٢. قرار شرعي (برقم ١) اصدره مجلس
مجمع الفقه الاسلامي حول (تنظيم النسل) في مؤتمره الخامس المنعقد في الكويت من ١ - ٦
جمادي الاولى ١٤٠٩ هـ ، الموافق ١٥ - ١٠ كانون اول ١٩٨٨ م والبحوث العديدة التي القيت
فيه (غير منشورة) ويشار اليها في قائمة المراجع .

سامي محمود علي ، تشريح الانسان بعد الموت بين العلم والدين ، مجلة العربي ، ع ٣٧١ ،
تشرين اول ، ١٩٨٩ ، الكويت ، ص ٥٤.

الطرق العلاجية العادية من تشخيص وتحليل ومستحضرات طبية وإجراء عملية جراحية إن تطلب الامر والمهم بعد المعاشرة الزوجية لمدة سنة على الأقل فإن لم تؤد الغرض جاز اللجوء حينئذ إلى التلقيح الصناعي كإجراء أخير تحل به مشكلة العقم، فالبائع يجب أن يكون علاج المريض ورعاية مصلحة مشروعة هي الانجاب وبالتالي فلا يستقيم في حالة إجراء التلقيح الصناعي لغرض الترفيه مثلاً كأن تطلب امرأة من أخرى ان تلقح لتحمل بدلا عنها وذلك حفاظا على رشاقتها وقوامها أو يكون لغرض التجربة الطبية ذلك لان الانسان وقد كرمه الله تعالى ليس محلا للتجارب كما هو الحال في الحيوانات أز النباتات أو لغرض تكثير النسل أو لتحسينه وإنتاج جيل من العباقرة أو من الحائزين على جوائز نوبل في العلوم مثلاً عن طريق التأثير في هندسة الوراثة بإزالة كثير من العقبات التي كانت تعترض مساعي العلماء للسيطرة على الخلية والتحكم في اسرار الحياة^(١).

فالضرورات إذن تبيح المحظورات ولكن الضرورات تقدر بقدرها دائما وفي هذا يقول (الدكتور محمد سعيد البوطي) أنه لا يجوز الافتاء بجواز ذلك - أي التلقيح - إلا في اضيق الظروف وفي الحالات الضرورية الاستثنائية^(٢).

ثانيا : والشرط الآخر هو ألا يؤدي التلقيح الصناعي إلى اختلاط الانساب فعمليات التلقيح هذه تورث الشك حقيقة، إذ قد يقدم طبيب أو مساعده على تغيير انبوبة باخرى تحمل حيوانات منوية أو بويضات لاسيما وقد توسع وازداد اجراء مثل هذه العمليات، فالنسب^(٣) ونقاؤه من اشرف ما يتشرف به المسلم ويحرص عليه وهو ما اقرته الشريعة الاسلامية .

(١) هيئة تحرير مجلة العربي ، ع ٢٤٣ ، شباط ، ١٩٧٩ ، الكويت ، ص ٤٧ .

(٢) محمد سعيد البوطي، مجلة العربي، ع ٢٤٢ ، كانون الثاني ، ١٩٧٩ ، الكويت، ص ٥٠ . ومن المفيد هنا ان نذكر ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ قد اعتبر في المادة ٤٣ ف٥ العقم احد الاسباب التي تبيح طلب التفريق اذا لم يكن لها ولد منه على قيد الحياة

(٣) النسب : حالة حكمية اضافية بين شخص واخر من حيث ان الشخص انفصل من رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي او ملك صحيح ثابتين ، او شبيهين بالثابت للذي يكون الحمل من مائه . فحالة : جنس معنى وكيفية قائمة بذات .

حكمية: تقديرية او اعتبارية وهي التي يقدرها الادراك ولا تدرك بالحس .

اضافية: اي ان تلك الحالة لا يتعلقها الادراك الا بتعقل شيئين يتعلق مفهومهما بهما كالأبوة مثلا بين الاب وابنه .

ثالثا : والشرط الأخير ألا تورث هذه العمليات اضرارا جسمية او عقلية او نفسية ، ان قد اشيع ان هذه العمليات تؤدي إلى مضاعفات مرضية وتشوهات خلقية على الطفل الذي سيولد بالتلقيح الصناعي فقد تحدث (الطبيب كليفورد غروبستين) في المجلة العلمية الاميركية قائلا (هل ثبت ان التلقيح الخارجي - يقصد اطفال الانابيب - مأمون العاقبة على الأم وعلى الجنين حتى يجوز النصح به كاحدى وسائل معالجة حالات العقم ؟ إن احتمال الاضرار بالام يبدو ضئيلا بحسب المعلومات الحاضرة أما احتمال الاضرار بالجنين من حيث حدوث اضرار او تشوهات فيه فليس من السهل في الوقت الحاضر تقديره^(١) .

ومن جهتها نشرت المجلة الطبية المعروفة باسم New England تعليقا (للطبيب دانيال كالاهاان) جاء فيه (... وهناك من الباحثين من يسعون ليختبروا ما اذا كان التلقيح الخارجي للبويضة يزيد من مخاطر التشوهات الوراثية وإن هذا الخطر ليس وهما بل هناك ما يؤكد في التلقيح الطبيعى لا يصل إلى البويضة إلا النطف القوية التي تفوز في السباق الطويل عبر الجهاز التناسلي للمرأة اما في انبوب الاختبار فالنطفة القوية والضعيفة سواء ويخشى بعض الباحثين ان تكون النتيجة بعض الاختلالات الوراثية التي يصعب كشفها^(٢)).

بل إن الجدل قد قام فعلا بين الاطباء في ان تكون هذه العمليات قد ولدت تشوهات وغيوبا خلقية وبالتالي فان الخشية لديهم تتأتى من الآثار النفسية التي ستحدث في هذا الانسان في المستقبل كما ان الابحاث والدراسات التربوية والنفسية في الدول الغربية نفسها قد بدأت تظهر لتهاجم هذه العمليات وتحذر من جنون العلم الذي حاول أن يعالج العقم بمشكلة أكبر منها،^(٣) فالتلقيح الصناعي اتى ليحل مشكلة العقم

= من حيث ان الشخص ... الخ: اي اضافة من هذه الحقيقة لاجراء حالة اخرى بين شخصين من حقيقة اخرى مثل محبة الام لابنها وبالعكس . احمد حمد ، موضوع النسب بين الشريعة والقانون ، ط ١ ، ١٩٨٣ ، الكويت ، ص ١٨-١٩ .

(١) ع ٦ ، المجلد ٤٦ ، حزيران ، ١٩٧٩ ، ص ٣٣-٤٣ نقلا عن بحث مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ٦ .

(٢) نقلا عن خالد عبد الحميد فراج ، المنهج الحكيم في التجريم والتقويم ، القاهرة ط ١ ، ١٩٨٤ ، مطابع جريدة السفير ، ص ٧٠ .

(٣) محمد شوقي ابراهيم ، موقف القرآن الكريم من طفل الانبوب ، مجلة الوعي الاسلامي ، ع ١٦٧ ، ذو القعدة ، ١٣٩٨ هـ ، ص ٨٢ .

لا أن يورث المشاكل العقلية والجسمية والنفسية فإذا ما تيقن الطبيب أن ضرراً سيلحق المرأة أو الطفل المولود فإنه يمنع من إجرائها عملاً بالحديث النبوي الشريف الذي يقرر أن (لا ضرر ولا ضرار)، (١) أما إذا كانت نسبة الضرر قليلة فحينئذ ينبغي الموازنة بين المنافع المتولدة عنها والمتمثلة بانجاب الولد والمضار الجسمية والعقلية والنفسية الناشئة عنها فالتدافع بينهما يحصل والحكم حينئذ للغالب منها وفي هذا يقول العز ابن عبد السلام (إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما لقوله سبحانه وتعالى ﴿ فاتقوا الله ما استطعتم ﴾ وإن تعذر الدرع والتحصيل فإن كانت المفاسد أعظم من المصلحة درأنا المفاسد ولا نبالي بفوات المصلحة) (٢).

(١) رواه أحمد وابن ماجه ، انظر الامام محمد بن اسماعيل الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، ط ، ١٣٥٧ هـ ، ٧٧ / ٣ ، وتقتن هذا الحديث قاعدة فقهية وقانونية هامة.

(٢) أبو محمد عز الدين عبد العزيز السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، دار الشرق للطباعة ، طبعة جديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨ م ، ٩٨ / ١ .

الفصل الثاني

حكم التلقيح الصناعي والاثار المترتبة عليه

ان الانسان يعيش في مجتمعات قائمة على الصلات والارتباط وهذا لن يتحقق الا على أساس حياة زوجية سليمة مع ضرورة اشهارها ولهذا فان التلقيح الصناعي حسب احكام الشريعة الاسلامية يدور بين دائرتي الاباحة والتحريم وعليه فاننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين وفق الخطة التالية:

المبحث الاول : التلقيح المباح وأثاره.

المبحث الثاني : التلقيح الحرام وأثاره.

المبحث الاول

التلقيح المباح وأثاره

ويندرج ضمن هذا النوع من التلقيح صورتان التاليتان:

أولاً : ان تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في الموضع المناسب من الجهاز التناسلي لزوجته.

ثانياً : ان تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويوضعا في انبوبة اختبار طبي تنقل بعدها إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة .

فهاتان الصورتان تدخلان في دائرة المباح ان توفر قصد العلاج، إذ أن جل هذه العمليات تتلخص بجمع مني الزوج مع بويضة زوجته على يد طبيب مختص وهي الطريقة التي يخلق بها الجنين الناتج بالطريق الجنسي الاعتيادي: نطفة الزوج مع بويضة زوجته، فما دامت هناك رابطة شرعية ما بين الرجل والمرأة والمتمثلة بعقد الزواج فلا يوجد إذن أي محذور شرعي اذا دعت اليه ضرورة سواء تم اجتماع النطفتين بالطريق العادي ام بالطرق الحديثة ، وحتى هذه الطريقة التي تسمى (طفل الانبوب) فان الطفل فيها لم يخرج خلقه عن منهج الخلق الذي قدره الله على عباده ولم تتدخل ارادة أخرى بجانب ارادة الله تعالى في خلقه ولم يتعد الأمر إلا أن تحايل العلم على عائق في الام كان يمنع وصول الحيوان المنوي إلى داخل الرحم حياً وبالتالي

فان هذه الطريقة لا تتعارض مع ما بينه لنا القرآن من نواميس الخلق فهو طفل خلقه الله تعالى كما خلق سائر العباد مادام من زوج وزوجته فهو ابن شرعي^(١).

هذا من حيث الحكم التكليفي أما من حيث الحكم الوضعي ونقصد به الآثار المترتبة على هذا العمل فهو من قبيل الاسباب والمسببات التي هي من الحكم الوضعي، فإن الطفل يلتحق بابيه من حيث النسب لأنه من مائه ولتحقق الفراش غير ان ثبوت النسب هنا يستتبع بالضرورة ترتب بقية الآثار عليه وهي ما يلي:

وجوب العدة على الزوجة من طلاق أو وفاة ، حصول التوارث بين الطفل ووالديه ، وجوب النفقة وبقية الحقوق الاخرى التي فرضها الله سبحانه وتعالى على الآباء كالرضاع فحفظهم (أي الاطفال) بذلك من الهلاك والشعور بالانقطاع والوحشة ، الحضانة وحفظهم بذلك من التيه والتشرد وعدم الانتماء^(٢).

غير ان القول بجل هاتين الصورتين لا يمنع من وجود بعض المحاذير التي لا بد من الإشارة إليها وأخص منها بالذكر:

١ - كشف العورة.

٢ - الاستمناء والتي بها يتم استخراج نطفة الزوج.

أما بالنسبة لكشف العورة ذلك ان اتباع طريق التلقيح الصناعي بنقل النطفة من الرجل إلى زوجته بالطرق الالية وكذا الحال بالنسبة لطريقة طفل الانبوب يتطلب بلاشك كشفاً لعورة الرجل وزوجته امام الاطباء وهم اجانب عنهم ، غير ان كلمة الفقهاء قد اتفقت على جواز نظر الطبيب إلى العورة ولمسها للتداوي وفي هذا يقول الامام الشيرازي (ويجوز للطبيب ان ينظر إلى الفرج لانه موضع ضرورة فجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان واما من غير حاجة فلا يجوز للاجنبي ان ينظر إلى الاجنبية ولا للاجنبية ان تنظر إلى الاجنبى)^(٣).

وفي هذا أيضاً يقول الامام النووي (والجواب ان كشفها - أي العورة - لا يجوز

(١) محمد شوقي ابراهيم ، المصدر السابق ، ص ٨١.

(٢) احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، ١٩٩٠ ، طبع مطابع التعليم العالي ، ١٩٥/١ وبعبدا .

(٣) الشيخ ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ط ٢، ١٣٧٩ هـ ، ٣٤/٢.

لكل مداواة وإنما يجوز في موضع يقول أهل العرف أن المصلحة في المداواة راجحة على المصلحة في المحافظة على المروءة وصيانة العورة^(١).

فبالضرورات إذن تبيح المحظورات بالقدر الذي تستلزمه الضرورة وقد سبق لنا من عرفنا أن طلب النسل من أهم الضرورات وشرع من أجله الزواج وحرم الزنا، يباح لأجله كشف عورة كل من الرجل وزوجته أمام اجنبي عنهما غير أن الضرورات تقدر بقدرها وبالتالي فإن على الطبيب مداواة موضع الداء بقدر الحاجة سواء كان ذلك للمرأة أم لزوجها وتأسيساً على ذلك يقول البلقيني : (يقدم في علاج المرأة مسلمة فصبي مسلم غير مراهق فمراهق فكافر غير مراهق فمراهق فامرأة كافرة فمحرم مسلم فمحرم كافر فاجنبي مسلم فكافر)^(٢).

أما بالنسبة للإستمناء ذلك أنه يتطلب للحصول على نطفة الزوج ان يقوم بتهييج اعضاءه الجنسية أمام طبيب اجنبي عنه وما يتصف به هذا العمل من خروج عن نطاق الانسانية إلى حدود الحيوانية يرد عليه بأن لا حاجة دائماً إلى هذه الطريقة إذ قد يجامع الزوج زوجته وعندما يشعر بنزول مائه منه يضعه في انبوبة معينة أو قد يجامع الزوج زوجته جماعاً طبيعياً ثم يقوم الطبيب باستخراج النطفة من داخل الجهاز التناسلي لزوجته أو بطريقة أخرى يكون الطبيب ادرى بها فليس الأمر إذن بهذا الشكل الذي يحاول البعض تصويره.

أما الاستمناء نفسه فقد عولج على مستويين وعلى الشكل التالي :

أولهما : اتفقت كلمة الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والامامية والاباضية على تحريمه، لكن إذا غلبت الشخص الشهوة وخيف من الوقوع فيما هو اسوأ كالزنا وسائر العلاقات الجنسية غير المشروعة فحينئذ لا بأس عليه وهو ما ذهب اليه فريق من الحنفية وآخر من الاباضية وثالث من الحنابلة في حين ذهب اتجاه اخر من الاحناف إلى وجوبه (اي الاستمناء) إذا خيف الوقوع في الزنا .

ثانيهما : وهو موقف الظاهرية الذين يذهبون إلى انه مكروه فقط^(٣).

(١) محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مطبعة العاصمة المصرية ، بلا سنة طبع ، ٣٥٥/١.

(٢) الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ط ١ ، ١٩٨٢ ، ١٢/١٣٦.

(٣) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي ، المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، القاهرة ، ١٣٩٢ هـ ، ٧٧/٨ وبعدهما.

المبحث الثاني

التلقيح الحرام وآثاره

ويندرج ضمن هذا النوع من التلقيح الصور التالية :

أولاً : أن تؤخذ نطفة رجل وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل آخر.

ثانياً : أن يجري تلقيح خارجي في انبوبة الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة هي ليست زوجته يسمونها المرأة المتبرعة ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته .

ثالثاً : أن يجري تلقيح خارجي في انبوبة اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجته (كلاهما متبرعان) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة (*).

فهذه الصور تدخل في دائرة التحريم، إذ أنه على الرغم من الاختلافات المتشعبة التي تشوبها غير أن جوهرها واحد يتمثل بماء رجل اجنبي مع بويضة امرأة اجنبية عنه ، فهذه الطرق لاشك إذن في حرمتها لان الاسلام العظيم الذي منع كل خطيئة وحرم كل ضار لا يقر هذه العمليات الشاذة الخارجة عن طبيعة الانسان والفطرة البشرية لان الاسلام حفظ لبويضة الانثى في المجتمع البشري ألا يخصبها حيمن اجنبي بعيد عن الاسرة الزوجية الطبيعية المشروعة التي تتمثل في الزوجين وحدهما (١).

فجوهر هذه العمليات هي زج الانسان في دائرتي الحيوان والنبات واخراجه عن المستوى الانساني وهو بعد هذا وذاك جريمة منكرة وأثم عظيم في نظر شريعتنا ذات التنظيم الانساني يلتقي مع الزنا في اطار واحد ، جوهرها واحد ونتيجتها واحدة وهي وضع ماء رجل اجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجة شرعية تظلها الشريعة الاسلامية والله تعالى يقول في كتابه الكريم (نساؤكم حرث

(١) هيئة تحرير مجلة حضارة الاسلام ، ع ٢، ص ٧، تموز، ١٩٦٦، دمشق، ص ٢٤ وبعدها.

(*) يضاف إليها ايضا الاشكال سابعاً وثامناً وتاسعاً وعاشراً التي اشرنا إليها .

لكم) (١) ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الآلهية ونزلت به الكتب (٢).

بل إن المتأمل جليا في الصورة الاولى (بويضة امرأة مع مني رجل أجنبي عنها بتلقيح داخلي) يدرك انه نكاح استبضاع عاد اليوم بصيغة جديدة قد عرفه العرب قبل الاسلام ملخصه انه كان يقول الرجل لامراته اذا طهرت من طمثها ارسلني إلى فلان فاستبضعي منه ، لتحملي منه ويعتزلها زوجها ، ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه ، فاذا تبين حملها اصابها زوجها إذا أحب وانما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد لانهم كانوا يطلبون ذلك من اكابرهم ورؤسائهم في الشجاعة أو الكرم أو غير ذلك ، كذلك كان بعض اصحاب الجواري يكلفون جواريهم الاتصال برجل معين من أهل الشدة والقوة والنجابة ليلدن ولدا منه يكون في يمينه وملكه (٣) وإلى هذا النوع من الانكحة اشارت عائشة أم المؤمنين (رض) (٤) ان الاسلام قد حافظ على انتساب الجنس لفصيلة بشرية معلومة وهو لهذا حرم اختلاط الانساب وبعثرة الاصل عندما عين لكل مخلوق امه واباه بل إن تحريم الزنا أكبر دليل على ذلك ليكون الناموس الآلهي الذي أثبت كيانه مدى العصور والقرون وحتى تقوم الساعة

(١) سورة البقرة/ الآية ٢٢٣.

(٢) فتاوى المرحوم شلتوت ، المصدر السابق ، ص ٣٢٨.

(٣) جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام ، ط ٣ ، ١٩٨٠ ، دار العلم للملايين ، ٥/ ٥٣٩.

(٤) نرى من الخير هنا ذكر هذا الحديث فقالت (كان النكاح في الجاهلية على اربعة انحاء : فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل الى الرجل وليته او ابنته فيصدقها ثم ينكحها ونكاح آخر كان الرجل يقول لامراته اذا طهرت من طمثها ارسلني الى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها حتى يتبين حملها فاذا تبين اصابها اذا أحب وانما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ويسمى هذا نكاح الاستبضاع ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها ، فاذا حملت ووضعت ومر عليها ليال ارسلت اليهم فلم يستطع رجل منهم ان يمتنع حتى يجتمعوا عندها تقول لهم : قد عرفتم ما كان من امركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تسمي من احببت باسمه فيلحق به ولدها لا يستطيع ان يمتنع منه الرجل ونكاح الرابع يجتمع ناس كثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما فمن ارادهن دخل عليهن فاذا حملت احداهن ووضعت جمعوا لها ودعوا لهم القافة - وهو خبير الانساب - ثم الحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط به - اي التصق - ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله الانكاح الناس اليوم. رواه البخاري وأبو داود - التاج الجامع للاصول ٢/ ٣٣٢-٣٣٣.

ويتأسس على ذلك أن الأعضاء التي يجوز نقلها من انسان لآخر إنما هي الاعضاء التي لا يؤدي نقلها إلى اختلاط الانساب كالكلية مثلاً أما الاعضاء التي تؤدي إلى ذلك كالمبيض والخصية فهذه لا يجوز نقلها وزراعتها في جسم انسان اخر فنقلها يؤدي إلى اختلاط الانساب وهو أمر يرفضه الشرع رفضاً باتاً^(١).

فالسبب الذي يدعو إلى تحريم الصور المتقدمة هو منع اختلاط الانساب وللتقاء هذه الصور مع الزنا في معناه ومؤداه ، هذه الصور إذن ليست زنا بالمعنى الشرعي ولكنها تلتقي معه ، كيف ؟

لا نستطيع هنا بيان ذلك إلا بعد تحديد مفهوم الزنا وهو لن يتأتى الا باستعراض اقوال الفقهاء وبالرجوع إلى امهات كتب الفقه الاسلامي نجد انه قد وضعت له تعريفات متعددة بل انه وفي المذهب الواحد وضعت كثير من التعريفات فالخير هنا هو استعراض بعض هذه التعريفات .

فالحنفية يعرفونه بأنه (اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم احكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً)^(٢).

والشافعية يعرفونه بأنه (إيلاج الذكر الأصلي المتصل ولو أشل أي جميع حشفته المتصلة به ...) ^(٣) .

والمالكية يعرفونه بأنه (إيلاج مسلم مكلف حشفة في فرج آدمي مطبق عمداً بلا شبهة وإن دبراً أو ميتاً غير زوج)^(٤).

(١) هاشم جميل عبد الله ، زراعة الاعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الاسلامية ، مجلة الرسالة الاسلامية ، العددان ٢٠٧-٢٠٨ ، شباط ، ١٩٨٧ ، ص ٨٦- محمد نعيم ياسين ، بيع الاعضاء الادمية ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ع ١ ، س ١١ ، ١٩٨٧ ، ص ٢٦٢ .

(٢) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط ١ ، ١٣٢٧ هـ ، شركة المطبوعات العلمية المصرية ، ٣٣ / ٧ .

(٣) شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، القاهرة ، ١٣٨٦ هـ ، ٤٢٢ / ٧ .

(٤) بلغة السالك حاشية للشيخ احمد الصاوي على الشرح الصغير على اقرب المسالك للقبط الشهير سيدي احمد الدردير ، المكتبة التجارية الكبرى ، بلا سنة طبع ، القاهرة ، ٣٩٠ / ٢ .

والحنابلة يعرفونه بأنه (فعل الفاحشة في قبل أو دبر) ^(١) .

والزيدية يعرفونه بأنه (إيلاج فرج حي في فرج حي قبل أو دبر بلا شبهة) ^(٢) .

ومن هذا نتبين أنه وبغض النظر عن الاختلافات فيما بينهم فإنهم متفقون على أن لجريمة الزنا ركنين أولهما : الوطء المحرم وثانيهما : تعمد الوطء.

فأما بالنسبة للركن الأول فيشترط أن يكون الذكر في الفرج كاملياً في المكحلة والرشاء في البئر ويكفي لاعتبار الوطء زناً أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلاً أن لم يكن للذكر حشفة .

أما بالنسبة للركن الثاني فيشترط توافر نية العمد لدى الزاني أو الزانية وهو يعتبر متوافراً إذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالم أنه يطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهي تعلم أن من يطأها محرم عليها ^(٣) .

وبعد هذا كله نعلم لماذا قلنا أن هذه الصور المحرمة تلتقي مع الزنا وليست زناً بالمعنى الشرعي إذ أن هذه الصور قد تجري والرجل الذي أخذ المني منه في مختبر والمرأة التي أخذت البويضة منها في مختبر آخر وقد تجري هذه العمليات دون أن يعرف أحدهما الآخر بل أن هذا هو الحاصل فعلاً كما هو الحال بالنسبة لبنوك المني ^(٤) وبالتالي تختلف الأزمنة والامكنة والمشاعر ما بين هذا الرجل وتلك المرأة حين إخصاب النطفتين الذكورية والانثوية وهو أمر يتعارض مع مفهوم الزنا شرعاً فأين هذا من الإيلاج وهو ركن الزنا الموصوف بصفة الميل في المكحلة والرشاء في البئر؟

وتأسيساً على ذلك كله فإن الشريعة قد حرمت المساس بالفروج وجعلته قاصراً على

(١) الشيخ شرف الدين موسى الحجازي المقدسي، الاقناع، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة طبع، ٢٥٠/٤.

(٢) أحمد بن يحيى المرتضى الزيدي، البحر الزخار ط١، ١٣٦٦هـ، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٩/٥.

(٣) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ... مقارنة بالقانون الوضعي ط٣، ١٩٧٧، دار التراث للطبع والنشر، ٣٥٠/٢ وبعدها.

(٤) سنأتي على ذكرها قريباً.

العلاقة الزوجية التي شجعتهما فالله سبحانه وتعالى يقول في كتابه الكريم (والذين هم لفروجهم حافظون . الا على ازواجهم أو ما ملكت ايماهم فانهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (١)، وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قد : حدثنا ابو بكر بن ابي شيبه ، ثنا زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة عن يحيى بن حرب عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابي هريرة انه لما نزلت اية اللعان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته) (٢) .

ومتى كان الامر كذلك فان اجراء هذه الصور المحرمة يستوجب عقوبة (٣) متروكة لتقدير ولي الامر او نائبه حسب المكان والزمان والظرف تكون كافية لعقوبة الفاعلين وردع غيرهم بما في ذلك الطبيب فهو الخبير الفني في اجراء التلقيح الصناعي بصوره المحرمة حيث يكون آثماً وكسبه حراماً وعليه ان يلتزم بالوقوف عند الحد المباح ذلك

(١) سورة المؤمنون/الآيات ٥-٧.

(٢) سليمان بن الاشعث الازدي ، سنن ابي داود ، مطبعة مصطفى محمد المصرية ، بلا سنة طبع، ٥٢٥/١، وانظر ايضا ، سنن ابن ماجه ، دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركائه ، ١٣٧٢هـ، ٩١٦/٢ .

(٣) التعزير : يجب في جناية ليست بموجبة للحد بأن قال يا كافر او يا فاسق او يا فاجر ونحو ذلك . ويكون التعزير على قدر الجناية وعلى قدر مراتب الجاني (اي الناس) وقد يكون بالتفليظ في القول وقد يكون بالحبس وقد يكون بالضرب واقل التعزير ثلاثة اسواط فصاعداً ولا يبلغ اربعين بل ينقص منه سوط وهذا عند ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف: في العبد ينقص من اربعين خمسة اسواط ، وفي الحر لا يبلغ ثمانين وينقص منه خمسة اسواط . واصله قوله عليه السلام (من بلغ حدا ، في غير حد فهو من المفسدين) ، ولا يؤخذ فيه الكفالة . ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بالشهادة على الشهادة . وعند محمد: يؤخذ فيه الكفيل وتقبل منه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ، وروى عنه انها تقبل في حق الحبس اياما ثم يخرج ولا تقبل في حق الضرب .

علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ط١، ١٣٧٦هـ، مطبعة جامعة دمشق، حققه وعلق عليه محمد زكي عبد البر، ٢٣١/٣-٢٣٢.

بينما عقوبة جريمة الزنا وفق المفهوم الذي صورناه تنضوي تحت باب الحدود حيث تفرق الشريعة بينما اذا كان الزاني محصناً او غير محصن فاذا كان محصناً كانت عقوبته الرجم حتى الموت اما اذا كان غير محصن فعقوبته مائة جلدة والتغريب مدة عام .

إن الشريعة حينما تحرم أمراً تحرم جميع الوسائل المفضية إليه وذلك سداً للذرائع التي جعلت أصلاً من أصول التشريع الاسلامي^(١).

هذا من حيث الحكم التكليفي أما من حيث الحكم الوضعي، ففيما يخص النسب وسائر الاحكام التي تترتب عليه من ميراث ونفقة وحضانة ورضاع فانها تتباين بتباين هذه الصور وعلى الشكل التالي : ففيما يخص الصورة الاولى (نطفة رجل اجنبي مع بويضة امرأة متزوجة)، فالولد المتخلق من هذه العملية لا ينسب إلى زوج هذه المرأة مطلقاً لأنه ليس من مائه ولا يجوز له أن يقبله بل عليه أن ينفيه إذا كان من المفروض أن ينسب إليه بحسب الاوضاع الظاهرة وطالما كان متيقناً انه ليس منه وعندئذ تطبق أحكام اللعان^(٢).

كما انه لا ينسب إلى الرجل الذي اخذ الماء منه (٣) إذ انه لا عقد نكاح يربط بينه وبين هذه المرأة وبالتالي فانه ينسب إلى هذه الزوجة فقط كولد الزنا تماماً الذي ينسب هو الآخر إلى أمه لأنه غير ثابت النسب للأب، ولاشك أنه إذا الحق نسبه بأمه ثبتت بينهما جميع أحكام البنوة والامومة من حرمة النكاح وحرمة المصاهرة والنفقة والميراث فترثه أمه ويرثها هو (٤) إذ أن (المخلوقة من ماء زناه - أي الرجل - تحل له لانها اجنبية عنه إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من احكام النسب . نعم يكره له نكاحها للخلاف فيها ... ويحرم على المرأة وعلى سائر محارمها ولدها من زنا اجماعاً

(١) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، المصدر السابق، ص ٢٣-٢٤. احمد شوقي ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، ١٩٨٦، المطبعة المصرية الحديثة، ص ١٥٣، عمر فاروق الفحل، التلقيح الصناعي والقانون، مجلة المحامون السورية، ع ٣، ص ٥٣، آذار، ١٩٨٨، ص ٢١٥.

(٢) في هذا المعنى : زكريا البري، الاحكام الاساسية للأسرة الاسلامية، التلقيح الصناعي، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ١٩٨٠ ج ٩٥، ص ١٧٦ وبعدها.

(٣) عكس ذلك فتوى السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي حيث يقول: (لا يجوز تلقيح المرأة بماء الرجل الاجنبي سواء اكان التلقيح بواسطة رجل اجنبي او بواسطة زوجها ولو فعل ذلك وحملت المرأة ثم ولدت فالولد ملحق بصاحب الماء ويثبت بينهما جميع احكام النسب ...). منهاج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، ط ٢٦، بغداد - مطبعة العمال المركزية، ١٩٨٩، ص ٤٠٧.

(٤) انظر خلاف ذلك والرد عليه : حوار مع مفتي مصر، مجلة المسلمون، ع ٤٤، ٢٧/٨/١٩٨٢، ص ٣، ١٩٨٢، ص ٦١-٦٣.

لانه بعضها وانفصل منها انسانا ولا كذلك كالمني ومن ثم اجمعوا على ارثه^(١).

وفي ذلك أيضاً قال ابن حزم (وولد الزنا يرث امه وترثه امه ... ولا يرثه الذي تخلق من نطفته ولا يرثه هو ...) (٢) إذ أن (الحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة)^(٣).

أما فيما يخص الصورتين الآخرين، فالولد المتخلق من هاتين العمليتين لا ينسب إلى الرجل الذي اخذ منه الماء (سواء أكان متزوجاً أم لا) ذلك لأنه لا عقد نكاح يربط بينه وبين المرأة الاخرى (سواء أكانت متزوجة أم لا) غير أن الولد ينسب اليها تماماً كولد الزنا لكونها صاحبة البويضة^(٤).

وبثبوت النسب اليها تترتب بقية الآثار التي تكلمنا عنها قبل قليل وفي ذات الوقت لا ينسب إلى زوجها (ان كانت متزوجة) لأن الولد المتخلق هنا ليس منه ثم كيف يقبل رجل بنسبة ولد اليه يعلم علم اليقين انه لم يتخلق من مائه ؟ اما الزوجة التي وضعت هذه اللقيحة في رحمها فانها تكون كالام الراضعة وبالتالي لا ينسب الولد اليها ولا لزوجها^(٥).

(١) شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج شرح المنهاج مع حاشية على التحفة للإمامين الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ احمد بن قاسم العبادي ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع ٢٩٩/٧.

(٢) ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، مطبعة الامام المصرية، بلا سنة طبع، ٣٠٢/٩.

(٣) ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ط ٣، ١٣٧٦ هـ دار المنار، ٣٤٥/٦.

(٤ و ٥) سنشرح السبب الذي دعانا الى ذلك في الحالتين عند البحث في حالة شتل الجنين بعد قليل لتشابه الاحكام ولهذا فقد آثرنا الاختصار هنا.

الفصل الثالث

الصور الحديثه ذات العلاقه بالتلقيح الصناعي

بقيت لدينا هنا صورتان اولاهما: أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة الرجل وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحه في رحم إمراة تتطوع بحملها أو تكون المرأة المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفه، ثانيهما : أن يتم تلقيح المرأة بمني زوجها المحفوظ في أحد بنوك المني داخلياً أو خارجياً .

وعلى هذا فإننا سنقسم الفصل إلى مبحثين وفقاً لما يلي :

المبحث الاول

شتل الجنين والآثار المترتبة عليه

إن حادثة هذه الصورة يجعلنا نبحثها من ناحيتين اثنتين، أولهما : مفهوم شتل الجنين وثانيهما: الآثار المترتبة في حالة وقوعها، وعليه نقسم الكلام هنا إلى فرعين وفق الخطة التالية:

الفرع الاول : مفهوم شتل الجنين.

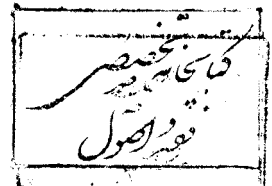
الفرع الثاني : الآثار المترتبة على شتل الجنين.

الفرع الأول

مفهوم شتل الجنين

لقد اختلف الباحثون المسلمون بشأن مدى جواز هذه الصورة أم لا ، فاتجاه ذهب إلى القول بأن جانب الحظر فيها اظهر (١) واتجاه ثان ذهب إلى القول بأن

(١) مصطفى الزرقا، المصدر السابق ، ص ١٤ .



الشريعة لا ترتاح إلى ما سمي شتل الجنين فهو أمر مرفوض شرعا ممنوع فقها غير انه عاد فوضع بعض الضوابط والاحكام للتقليل من اضراره وللتخفيف من شروره في حالة وقوعه (١) مما يصعب الوقوف معه على كنه هذا الاتجاه واتجاه ثالث يذهب إلى بحث وضع المرأة المراد شتل الجنين فيها فاذا كانت المرأة المراد شتل الجنين فيها زوجة ثانية للزوج فهي اما ان تكون منجبة او لا تكون منجبة ، فاذا كانت منجبة فلا يجوز شتل الجنين في رحمها لانها قابلة للحمل عن طريق جنسي طبيعي واذا كانت غير منجبة فانه لا بأس به ان لا تشم منه أي حكمة من حكم تحريم الزنا أما إذا كانت المرأة المراد شتل الجنين فيها اجنبية فان العملية غير جائزة تماما (٢) في حين يذهب اتجاه رابع إلى تحريمها صراحة مثله في ذلك مثل التلقيح الصناعي بصوره المحرمة لانه يلتقي مع الزنا (٣).

والحق، إن هذه الصورة ليس لها نظير سابق في شريعتنا، عليه فإن القول بحل أو حرمة هذه الصورة يقتضي منا الرجوع دائما إلى الشروط العامة التي وضعت لمدى شرعية التلقيح الصناعي والمتمثلة بوجود ضرورة لهذا العمل اولا وألا يؤدي إلى اختلاط الانساب ثانياً : والا يورث هذا العمل أضراراً جسمية او عقلية او نفسية ثالثاً: فأين هذه الشروط من تلكم الصورة؟

أما الشرط الاول فمن حقنا هنا أن نسأل أين الضرورة في اللجوء إلى شتل الجنين ان ان الشريعة قد سمحت للزوج بالزواج اكثر من واحدة حيث قال تعالى في كتابه الكريم ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ (٤) وفي هذه الحالة يستطيع الزوج أن يحقق رغبته بالانجاب عن هذا الطريق فإن قيل ليس كل الرجال يستطيعون سلوك هذا الطريق وقد لا يتمكنون اقتصاديا نقول لهم وهل أمنت هذه

(١) يوسف القرضاوي ، هدى الاسلام ، فتاوى معاصرة ، الحلقة الأولى ١٩٧٨ ، دار آفاق الغد، ص ٤٩٨.

(٢) علي يوسف الحمدي ، ثبوت النسب ، رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الشريعة جامعة قطر ، مسحوبة بالرونيو ، ١٩٨١ ، ص ٣٧٢-٣٧٥.

(٣) الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الاقتناعي في ابطال التلقيح الصناعي وما يسمى بشتل الجنين، ط ١، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ م ، مطابع قطر الوطنية ، ص ٦-٧.

(٤) سورة النساء : الآية ٣.

الطريقة تماماً كي نقول بحلها ؟ وللتوضيح أكثر نضرب المثال التالي من دول الغرب: وافقت (ريتا باركر) على أن تكون أما بديلة ورحماً مستعاراً لزوجين هما (بولين وهاري تايلر) وذلك مقابل أجر، حملت الأم المشعارة اللقيحة المكونة من بيضة (بولين تايلر) والملقحة بحيوان منوى من ماء زوجها (هاري تايلر) وبدأ (هاري تايلر) يتردد على التي حملت له ولده ووقع في غرامها ووقعت في غرامه وزنى بها وشعرت الزوجة الأصلية بالغيرة وبدأ الشقاق في الأسرة التي كانت حتى ذلك الوقت تتمتع بقدر من السعادة والإستقرار فالأم المشعارة (ريتا باركر) رفضت تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البويضة فقد تغيرت مشاعرها بالحمل والولادة إذ أنها تشعر أنها أم ذلك الطفل ولا تستطيع التفريط به ورفع الأمر إلى القضاء الأميركي وهو في حيرة من أمره^(١).

ثم إن الحديث عن زوجة ثانية تحمل لقيحة من زوجها وضرتها ضرب (٢) من الخيال إذ أي زوجة هذه التي تقبل بحمل لقيحة ناشئة عن زوجها وضرتها ومن عساها ان تكون ؟ ان المتتبع لزيجات من هذا النوع يكاد يقطع باستحالة حدوثها وهل يستطيع احد التكهن بشكل العلاقات الاجتماعية والنفسية والعائلية التي تسود عائلة كهذه، أمان تتنازعان حول طفل معين كلاهما تدعي احقيتها به، اننا بهذا نفتح الابواب لخلق مشاكل جمة لا يمكن التكهن بعواقبها ولقد سبق لنا القول ان التلقيح الصناعي بصورة الجائزة انما اقر لكي يحل مشكلة قائمة لا ان يكون هو مشكلة بحد ذاتها فأين هذا من ذاك ؟ كما ان الفقه الاسلامي قد وضع قاعدة مهمة في هذا الخصوص هي (درء المفسد اولى من جلب المنافع).

(١) محمد علي البار ، اطفال الانابيب ، بحث تقدم به الى مجلس مجمع الفقه الاسلامي في دورة انعقاده بمكة المكرمة بتاريخ ١٠/١٠/١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ص ٢٦، غير منشور . ويشير المؤلف نفسه الى مثال اخر فلقد عرض أمام القضاء البريطاني قضية ملخصها ان السيدة (كيم كوتون) قامت بدور المرأة الحاضنة لزوجين من الولايات المتحدة الاميركية مقابل مبلغ من المال لكن المحكمة البريطانية امرتها في يناير ١٩٨٥ عند ولادة الطفل بالاحتفاظ به واستأنف الزوجان الثريان القضية لدى المحكمة العليا وحصل على حكم بأخذ الطفل فاخذه مقابل زيادة المبلغ المدفوع للسيدة (كوتون) !! المصدر السابق ، ص ٢١.

(٢) رغم أن هذه الحالة لا تزال أمراً نظرياً في عالمنا العربي والإسلامي لان تعدد الزوجات امر غير مسموح به في الدول الغربية.

اما اذا أرادت الزوجة ألا تحمل وتستأجر لذلك رحما اجنبيا لكي تحمل وتلد عنها
الطفل حفاظا على جمال الاولى ورشاقتها فالمصيبة هنا اعظم، فالضرورة النسبية إذا
كانت موجودة فيما سبق فلا حديث عن الضرورة هنا اطلاقا ان تستحيل العملية إلى
افساد لفطرة الله على الارض.

اما الشرط الثاني (الا يؤدي إلى اختلاط الانساب) ، صحيح انه يبدو ولو ظاهريا
عدم اختلاط الانساب ان ان الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من زوجته ثم تزرع
اللقيحة في امرأة اخرى اما ان تكون زوجة ثانية للرجل أو ان تكون اجنبية ولكن من
يدرينا ان تتمسك هذه المرأة المشتول الجنين فيها بالطفل بعد ولادته كما حدث ورفع
امام القضاة الاميركي والبريطاني وعندئذ يبقى الطفل اسيرا بين امرأتين: امرأة
تدعي نسبه لها لانه مخلوق من مائها وامرأة اخرى تدعي نسبه لها لانها حملت به
وولده وتحملت المشاق في الحمل والولادة والنفاس ثم أليس من المحتمل ان تجماع
الزوجة (المشتول الجنين في رحمها) زوجها في فترة تقارب هذا الشتل ثم تلد توأمين
فلا يعرف بالضبط أي ولد من المعاشرة الزوجية وأي ولد من الشتل؟ ولا يعرف
بالتالي من هي أم الولد الناشئ عن المعاشرة الزوجية ومن هي أم الولد الناشئ عن
الشتل؟ ثم أليس من الممكن ان يموت احدهما وحينئذ لا نعلم ايهما الذي مات : الناتج
عن المعاشرة الزوجية ام الناتج عن الشتل، انه خلط للانساب ولكن بصيغة جديدة.

وأما الشرط الثالث (ألا يورث اضرارا جسمية او عقلية او نفسية) ذلك ان الحديث
النبيوي الشريف يقرر أن (لا ضرر ولا ضرار) (١) ولكن لتأمل جيدا ما هي الاضرار
الناجمة عن هذه العملية؟

فقد يكون الزوج او الزوجة مصابين بأحد الامراض التناسلية كالزهري او
السيلان او حتى ذلك المرض الخطير (الايدز) حينئذ نكون قد حققنا امنية الزوج
وزوجته بطفل ولكننا وضعنا إنساناً آخر هي الزوجة المشتول الجنين في رحمها
وزوجها واطفالهما بين دائرتي الحياة او الموت إذ أن جميع هذه الامراض مهلكة او قد
تنتقل الامراض الوراثية وعبرها العيوب الخلقية وحينئذ نكون قدسا همنا في ازدياد
عدد المرضى والمشوهين وهذا ما لا ترضى به الشريعة مطلقا .

(١) سبق تخريج هذا الحديث.

وأخيراً ما قول المجيزين لهذه العملية في كشف عورة المتطوعة بالحمل فقد أكدنا سابقاً ان الضرورات تبيح المحظورات غير ان الضرورة تقدر بقدرها وهكذا انتهينا إلى القول بأن كشف عورة المرأة المتزوجة المراد وضع المني في رحمها أمر مرفوض ولكن اجيز لغرض الانجاب وهي حالة ضرورية فما قولهم بالنسبة للمرأة المراد شتل الجنين في رحمها فاي ضرورة توجد عندها كي نقول بجواز كشف عورتها المغلظة امام أجنبي عنها ؟

وتأسيساً على ذلك نرى والله تعالى أعلم عدم جواز هذه الصورة ان كانت المرأة المراد شتل الجنين فيها اجنبية لقوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون. إلا على أزواجهم أو ما ملكت إيمانهم فإنهم غير ملومين. فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ (١)، مع ما يتأسس عليها من القاعدة الفقهية الكلية التي اشرنا اليها سابقاً وهي (الاصل في الفروج التحريم) (٢).

أما إذا كانت المرأة المراد شتل الجنين فيها زوجة ثانية للزوج فيحتمل الأمر هنا حكمين : أولهما : أن يرجح حق الزوج باشغال رحم الزوجة الثانية وهذا ما لا نرحب به. ثانيهما : ان يكون والله تعالى اعلم المنع، والمنع يقتضي التحريم (٣)، وهو ما نرجحه

(١) سورة المؤمنون / الآيات ٥-٧.

(٢) علما ان مجلس مجمع الفقه الاسلامي قد أفتى بجواز هذه الصورة في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة للفترة من 11-17 ربيع الآخر ١٤٠٤ هـ الموافق ١٤-١٩/١/١٩٨٤ م واصدر قرارا شرعيا (برقم 5) جاء فيه (4- ان الاسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة حية والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقحة في رحم الزوجة الاخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم حيث يظهر لمجلس المجمع انه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة) غير ان المجمع قد عاد في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة للفترة من ٢٨ ربيع الاخر ١٤٠٥ هـ - ٧ جمادي الاولى ١٤٠٥ هـ واصدر قرارا شرعيا (برقم ٢) سحب فيه حالة الجواز المشار اليها يؤيده في ذلك مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي في دورة مؤتمره الثالث المنعقد في الاردن للفترة من ٨-١٣ صفر ١٤٠٧ هـ الموافق ١١-١٦/١٠/١٩٨٦ م الذي اصدر فتوى منع بموجبها هذه العملية. للمزيد انظر : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، س١ ، ج٣ ، ١٩٩٠ ، الرياض ، ص ٢١٣-٢١٤.

(٣) طالما كانت صورة ممنوعة فانها تستوجب عقوبة تعزيرية متروكة لتقدير ولي الامر او نائبه حسب الازمنة او الامكنة او الظروف.

لان عقد النكاح يبيح الاستمتاع بالرحم وما يلحقه من حمل ونسب ورضاع وحضانة وبقية الآثار الشرعية الأخرى، اما خلافه فيحتاج الأمر حينئذ إلى دليل يقوم عليه او ضرورة تبرره ، أي استثناء من هذه القاعدة، اذ ان اشغال الرحم في هكذا صورة يحتاج إلى جواز شرعي من نص او اجماع وهو ما لا وجود لهما هذا فضلا عن انه لا ضرورة تبرره كما اوضحنا آنفاً .

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على شتل الجنين

أما فيما يخص الآثار المترتبة عليها والتي هي من قبيل الحكم الوضعي ، ففيما يخص النسب فقد اختلف الباحثون المسلمون بشأنها . كيف؟

لدينا هنا رجل اخذ منه المنى وامرأة أخذت منها البويضة وامرأة زرعت للقيحة في رحمها (سواء أكانت زوجة ثانية ام اجنبية) وزوج المرأة المتطوعة (ان كانت اجنبية متزوجة).

ذهب رأي إلى القول ان الطفل ينسب إلى أبويه اللذين اخذت منهما للقيحة أما المرأة المتطوعة فانها تكون في حكم الأم الرضاعية ولا ينسب الطفل إلى زوج الاخيرة (ان كانت اجنبية) الذي يمتنع عليه وطؤها حتى تضع حملها (١) وذهب رأي ثان إلى القول ان الأم انما هي التي حملت به وولدت لا تلك التي اخذت البويضة منها اما زوجها فليس له اية علاقة بالجنين او الوليد غير ان عليها ان تعتد من زوجها (٢) وذهب رأي ثالث إلى القول أن الأم صاحبة البويضة هي أم الطفل الحقيقية اما المرأة التي حملت بالطفل وولدت فهى ام حكمية هذا اذا كانت المرأة المراد شتل الجنين فيها زوجة ثانية للزوج اما اذا كانت اجنبية فان هذا العمل يعد زنا ، والزنا لا يثبت نسبا

(١) مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ١٤ .

(٢) يوسف القرضاوي ، المصدر السابق ، ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ ، ٤٩٩ ، وفي نفس الاتجاه ندوة الانجاب للمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية في اجتماعها المنعقد في الكويت، ١١ شعبان ١٤٠٣ هـ - ٢٤/٥/١٩٨٣ م (بحوث غير منشورة) ولنا ايراد على هذا الرأي سنذكره بعد قليل.

غير ان الطفل ينسب لزوج المرأة المتطوعة بالاتفاق لان النبي صلى الله عليه وسلم قال: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) رواه الخمسة^(١).

غير ان لنا على هذا الرأي بعض الردود وهي ما يلي :

أ - أن هذا العمل لا يمكن اعتباره زنا ، ذلك لان المرأة المشتول الجنين فيها تختلف عن تلك التي وضع في رحمها ماء رجل اجنبي اذ ان ما وضع هنا هو لقيحة ممشوجة بماء الرجل ونطفة زوجته فهذا شيء وتلك الحالة شيء آخر.

ب - أما القول بأن الطفل ينسب لزوج المرأة المتطوعة لان (الولد للفراش...) فهذا كلام آخر مردود، اذ ان هذا الرأي هو نفسه الذي يقول ان هذا العمل يعد زنا فاذا كان الأمر كذلك فكيف يلحق الطفل بزواج هذه المرأة المتطوعة مع انه زنا ؟ ومن ذا الذي يقبل ان يستلحق طفلا يعلم انه مخلوق من غير مائه ؟ او ليس هو القائل بان الزنا لا يثبت نسبا فأين هذا من ذاك ؟ ثم انه لم يلحق هذا الطفل بالمرأة الاجنبية نفسها التي شتل الجنين فيها فكيف يلحقه بزوجها؟

وذهب رأي رابع إلى القول ان أمه هي التي حملت به وولدت له وان أباه هو زوج هذه المرأة المتطوعة امتثالا لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (٢) وهذا كلام مردود هو الآخر اذ ان كل مولود على فراش لاحق به الا في بعض الاحوال حيث لا يثبت النسب كأن تأتي به المرأة لدون ستة اشهر من حين تزوجها وان كان الزوج طفلا له اقل من عشر سنين لانه لا يولد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء وان كان الزوج مقطوع الذكر والانثيين لانه يستحيل منه الانزال والايلاج ولا ينزل ما يخلق منه الولد (٢). فمتى نحن تطبق قاعدة (الولد للفراش)? نطبقها حينما يظهر هناك نزاع حول نسب الطفل هل من زنا او من زواج شرعي فحينئذ نطبق هذه القاعدة فيكون الطفل منسوباً حسب الاوضاع الظاهرة إلى الزوج الذي

(١) علي يوسف المحمدي، المصدر السابق ، ص ٣٧٤-٣٧٥ وفي تخريج هذا الحديث الشريف، انظر: التاج الجامع للاصول ، ٢/ ٣٥٠.

(٢) الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود ، المصدر السابق ، ص ٩. وقد سبق تخريج هذا الحديث.

(٣) المغني ٧٩/٨ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، الفتاوي الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، المكتبة الاسلامية ، ديار بكر - تركيا ، ط ٣، ١٣٩٣هـ ، ١/ ٥٣٦.

بدوره يستطيع نفي هذا الطفل عنه كأن يثبت انه كان مسافراً أو أسيراً أو ما شاكل ذلك طيلة الفترة المنصرمة اذ انه متيقن ان الطفل ليس منه ونطبق احكام اللعان وينسب الطفل ههنا إلى أمه لأنه (ولد زنا).

أما في هذه الحالة (شتل الجنين) فالأب هنا معروف وهو صاحب الحيوان المنوي والأم هنا معروفة وهي صاحبة البويضة وزوج المرأة المتطوعة (ان كانت اجنبية) ليس له دخل ابدا في نشوء هذه اللقيحة التي زرعت في رحم زوجته فكيف ينسب إليه؟ واي فراش هذا الذي ولد الطفل عليه حتى نفتي بنسبة الطفل إليه؟^(١).

وعلى هذا فاننا نرى ان الطفل ينسب لابويه للذين اخذ منهما الحيوان المنوي والبويضة ذلك لان الجنين هو التحام خلية من الرجل هي الحيوان المنوي بخلية من الانثى هي البويضة التي تخرج من احد المبيضين فيتلقفها انبوب ايمن او ايسر واصل إلى الرحم ويتم هذا الالتحام في هذا الانبوب منتجا البويضة الملقحة وهي التي ترحل إلى الرحم وتنغرس في بطانته وتشرع في الانقسام بغير توقف إلى ملايين الخلايا التي تعطي الجنين الكامل الذي يولد طفلا فالجنين اذن التحام نصفين، نصف آت من الخصية ونصف آت من المبيض اما الرحم فمستودع وحاضن يفي بالغذاء والنماء^(٢)

والنطفة البشرية تحوي (٤٦ كروموسوما) نصفها من بويضة الأم ونصفها من الحيوان المنوي من الاب ولهذا قلنا ان الطفل ينسب لابويه للذين اخذت منهما اللقيحة اذ بهما تنتقل الصفات الوراثية من الاجداد والاباء إلى الابناء دون ان تتطابق منهما اثنان على الاطلاق.

أما صلته بالمرأة المتطوعة (زوجة ثانية او اجنبية) فذلك يتم عن طريق المشيمة التي توفر له الغذاء والهواء ويخرج عن طريقها الفضلات ونحن هنا لم نغمط حقها

(١) قرب هذا انظر : مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ١٤ - هاشم جميل عبد الله ، القسم الثالث ، مجلة الرسالة الاسلامية ، العددان ٣٣٠ - ٢٣١ ، ص ٢٢ ، أب - ايلول ، ١٩٨٩ ، ص ٨٥.

(٢) حسان تحتوت ، قضايا علمية تنتظر احكامها الشرعية ، مجلة العربي ، ع ٢٣٠ ، كانون الثاني ١٩٧٨ ، ص ٢٤ وبعدها - مورييس بوكاي ، ما اصل الانسان اجابات العلم والكتب المقدسة ، ترجمة مكتب التربية العربي لدول الخليج ، ١٩٨٨ ، ص ٢٠١.

فهذه المتطوعة تكون كالأم المرضعة وهي كذلك من باب القياس على الأم المرضعة بالاولوية ، فالمرضعة هناك ترضع الطفل الحليب عن طريق مص ثدييها او بأي طريقة يصل حليبها جوف الطفل بينما هذه المتطوعة يبدو دورها اكبر من تلك المرضعة فهو رضاع وزيادة اذ انها ترضعه من دمها وجسمها وتحافظ عليه داخل رحمها من الاذى والأمراض ولهذا فالنسب وما يستتبعه من آثار يكون لابويه (صاحب النطفة)، اما امه المرضعة فانه لا نسب ولا توارث بينهما غير انه تثبت بينهما حرمة النكاح والمصاهرة لانه يحرم به ما يحرم من النسب اما زوج هذه المرأة المتطوعة (ان كانت اجنبية متزوجة) فلا دخل له بتاتا بالجنين فلا ينسب إليه لان الجنين قد تكون من ماء اجنبي عنه وبويضة اجنبية عنه وعلى هذا الرجل الا يجمع زوجته طيلة مدة الحمل إمتثالاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه ولد غيره) (١) ، هذا حديث حسن.

(١) في تخريج هذا الحديث، انظر: ابي عيسى محمد بن علوة ، سنن الترمذي ، الجامع الصحيح ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ٢/ ٢٩٩.

المبحث الثاني

بنوك المنى والآثار المترتبة عليه

بقيت لدينا صورة أخيرة وهي ان يتم تلقيح المرأة بمنى زوجها المتوفي المحفوظ في بنوك المنى داخليا او خارجيا (*) ، فهذه الصورة بدأت تنتشر في بلاد الغرب غير ان الكلام تفصيليا فيها هو من بحوث منتصف الثمانينيات إذ إن هذه الصورة غير سائدة كسابقتها في عالمنا العربي والإسلامي ولكننا لا نبحث ما هو كائن فقط وانما ما ينبغي ان يكون وعليه فان الكلام في هذه الصورة يتضمن جانبين هو الآخر اولهما: مفهوم بنوك المنى، ثانيهما : الآثار المترتبة عليه في حالة وقوعه، وعليه ينقسم الكلام هنا وفق الخطة التالية:

الفرع الأول : مفهوم بنوك المنى.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على التصرفات مع هذه البنوك .

الفرع الأول

مفهوم بنوك المنى

اختلف الباحثون المسلمون في مدى جواز هذه الصورة هي الأخرى فاتجاه أول (١) ذهب إلى جواز هذه الصورة ما دامت المرأة في عدة الوفاة ذلك انه لم يرد دليل على الحرمة فيبقى الحكم الأصلي هو الاباحة خاصة ان اثار الزواج ما تزال قائمة بعد وفاة الزوج من الميراث وجواز غسل أحدهما الآخر .

غير أن هذا الرأي عليه بعض الردود نلخصها بما يلي :

أ - ان القول بجواز هذه الصورة ما دامت المرأة في عدة الوفاة قول مردود ، ذلك ان المرأة عندما يتوفى عنها زوجها عليها ان تعتد عدة الوفاة (٢) والمعروف شرعا ان

(١) أشار إليه الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ، المصدر السابق ، ص ٢٨.

(*) يضاف اليها ايضا الشكلاان الحادي عشر والثاني عشر للذان اشترنا اليهما .

(٢) في تفاصيل مدة العدة واختلافها بين الشافعية والجعفرية وقانون الاحوال الشخصية العراقي

في المادة ٤٨ ف ٣ من جهة وجمهور الفقهاء من جهة اخرى، انظر : احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ١٩٧٠، مطبعة الارشاد ، ١/ ٢٨٦-٢٨٨.

المرأة اذا اعتدت من وفاة أو طلاق عليها ان تلازم بيتها لا تخرج منه إلا لضرورة تمس حياتها او مالها ولا ضرورة هنا بالنسبة للمرأة التي تلقح نفسها بماء زوجها المتوفي اذ انها من المفروض الا تنكشف على اجنبي عنها لانه غير جائز فما بالك بتلقيح نفسها بماء زوجها مع كشف عورتها أمام طبيب اجنبي عنها فهذا لا يجوز من باب أولى .

ب - ان القول ان هذه الصورة جائزة لانه لم يرد دليل على الحرمة مبنية على أساس (الاصل في الاشياء الاباحة) أمر مردود هو الآخر سبق لنا أن وضحنا مثيلاً له، اذ ان هذه القاعدة تنطبق على الأموال أما هنا فنحن ازاء قاعدة فقهية أخرى هي (الاصل في الفروج التحريم) .

ج - اما القول بان اثار الزواج من ميراث وجواز الغسل لا تزال قائمة بعد وفاة الزوج فهو امر صحيح ولكنه قاصر عن اثبات المدعى به ذلك لان هذه الآثار قد ثبتت بحكم من الشارع استثناء وذلك خلافا للقياس، وكما هو معلوم فان ما ثبت خلافا للقياس فغيره لا يقاس عليه من جهة وان الاستثناء لا يتوسع فيه من جهة أخرى .

وذهب اتجاه ثان إلى القول ان الاقدام على هذه الصورة غير جائز شرعا لان الزوجية تنتهي بالوفاة وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير زوج فهي نطفة محرمة^(١) غير اننا نرى والله تعالى اعلم منع هذه الصورة^(٢) ذلك ان علينا دائما تذكر الشروط العامة من وجود ضرورة اولا وعدم اختلاط للانساب ثانيا والا يورث ضررا جسمى او عقليا او نفسيا ثالثا ولكن لنتأمل هنا فقط ؟

فأي ضرورة تستدعي ان تقوم امرأة بتلقيح نفسها بماء زوجها المتوفي والمحفوظ في احد بنوك المني فان قيل كي نحقق لها رغبتها المشروعة في الانجاب قلنا نعم هذا صحيح ولكن ما هو الداعي الذي دعاها إلى تجميد ماء الزوج اثناء حياته أما كان أخرى بها ان تحقق رغبتها بالطريق الجنسي الطبيعي بدلا من سلوك هذا الطريق

(١) مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

(٢) ففيما يخص العقوبة فتكون تعزيرية متروكة للسلطة المختصة .

المحفوف بالمخاطر ثم ان المرأة المعتدة من وفاة هي اما ان تكون حاملا او ان تكون حائلا فاذا كانت حاملا فان عدتها تنتهي بابعد الاجلين من وضع الحمل ومدة (اربعة اشهر وعشرة ايام) ، فالأمر هنا يكون منتهايا اذ تحققت رغبتها بالانجاب وكان لها ما أرادت اما اذا كانت حائلاً فتستطيع هذه المرأة نفسها الزواج من رجل آخر بعد انتهاء العدة البالغة اربعة اشهر وعشرة ايام وتحقق رغبتها تلك لتزين بها حياتها الدنيا وتخلد اسمها واسم زوجها الجديد بعد وفاتهما .

ثم أليس من المحتمل ان تستبدل نطفة الزوج بنطفة رجل غيره اذ كيف يمكننا ان نتأكد من سلامة هذا الاجراء خاصة اذا ما انتشر والنسب امر عزيز على كل مسلم فلو حاول شخص مهما كانت صفته ان يخلط مع الانساب غيرها منع والا قوتل. ثم لا ننسى جانب الاضرار الناشئة عن هذه العملية فتجميد هذه الحيامن قد يفقدها حيويتها بمرور الزمان .

فقد عرضت قضية امام القضاء الفرنسي ملخصها ان زوجة لقحت بنطفة زوجها بعد موته وكانت قد اخذت منه وحفظت بالتجميد وعند اجراء العملية لم تحمل هذه المرأة (١)، فهذا جانب من الاضرار الناشئة عن هذه العملية التي تصيب المرأة المراد تلقيحها ثم ان تجميد هذه الحيامن لفترة طويلة قد يكون طريقا لتحللها وبالتالي لانتقال الأمراض الوراثية والعيوب الخلقية عبرها إلى المرأة نفسها او إلى الجنين القادم والفقهاء الاسلامي يقرران (لا ضرر ولا ضرار) وهي قاعدة فقهية كلية .

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على التصرفات مع هذه البنوك

أما فيما يخص الآثار المترتبة عليها نقول انه على الرغم من قولنا بمنع هذه الصورة يبقى السؤال قائما عن الآثار المترتبة عليها في حالة وقوعها والتي هي من قبيل الحكم الوضعي . فقد اختلف الباحثون بشأنها فذهب اتجاه اول إلى القول انه اذا

(١) مجلة Medicine Digest في عددها الصادر في آذار ١٩٨١ نقلاً عن : جاد الحق علي جاد الحق - المصدر السابق - ص ٣٨ - ٤٠.

وقع هذا فعلا اي تحققت هذه الصورة وولد منه ولد فالظاهر ان هذا الولد يكون بلا نسب أبوي لان مصدر النطفة لم يبق زوجا^(١).

وذهب اتجاه ثان إلى القول بجعل الولد المتخلق عن هذه الصورة ثابت النسب من صاحب المني ولكن دون الميراث^(٢).

في حين ذهب اتجاه ثالث إلى جواز النسب في هذه الصورة إذا ثبت يقينا ان الماء هو ماء الزوج بمثابة فيما لو مات الزوج واعتدت امرأته وولدت لاربعة أعوام من موته فنسبه يثبت حينئذ على رأي القائلين بان اقصى الحمل أربع سنوات^(٣).

غير ان هذا الاتجاه عليه ردان، أولهما : كيف نتحقق من ان هذا الماء هو ماء الزوج المتوفي فعلا ولم يستبدل بنطفة شخص غيره ؟ . ثانيهما : إن القول بان اقصى مدة الحمل اربع سنوات قول مردود فلقد تضافرت الشريعة الاسلامية والعلم على ان اقل مدة الحمل ستة اشهر اما اقصى مدة الحمل تسعة اشهر وقد يزيد عن شهر بعد موعده والا مات الجنين في بطن امه وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري (ولا يجوز ان يكون حمل اكثر من تسعة اشهر ولا اقل من ستة اشهر لقول الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهورا ﴾ وقال تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فمن ادعى حملا وفصالا يكون في اكثر من ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال ورد كلام الله عز وجل جهارا (٤) وبعد أن ذكر مختلف الاقاويل في مدد الحمل التي قال بها الفقهاء حيث ذكر بعضهم ان اكثره سنتان وقال آخرون بل اربع سنوات وتمادى بعضهم فأوصله إلى سبع سنوات انتهى إلى القول (وكل هذه اخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يعرف من هو ولا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا)^(٥).

(١) مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

(٢) هاشم جميل عبد الله ، القسم الرابع ، مجلة الرسالة الاسلامية ، ع ٢٣٢ ، ص ٢٢ ، تشرين اول ، ١٩٨٩ ، ص ١٩٧ وبعدها .

(٣) عبد اللطيف هميم محمد استاذ الشريعة في كلية التربية - جامعة الرمادي في مقابلة اجريتها معه .

(٤) المحلى ٣١٦/١٠ - ٣١٧ .

(٥) المحلى ٣١٦/١٠ - ٣١٧ .

وعليه نقول ان حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية فاذا انفسخ هذا العقد بموت او بطلاق ولم يكن هناك حمل قبلهما فحدوثه بعدهما يلغي النسب اذ بالوفاة تنقضي الزوجية وفي هذا يقول الأمام الكاساني (... عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة ... وانها تجب لظهار الحزن بفوت نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة في حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها وايفائها بالنفقة والكسوة والمسكن فوجب عليها العدة اظهارا للحزن بفوت المنفعة وتعريفا لقدرها ...)^(١).

وفي ذلك ايضا يقول صاحب البحر الزخار (وليس للمبتوتة الخروج من منزلها الا لعذر لقوله تعالى (ولا يخرجن) يجوز في النهار كعدة الوفاة والوفاة صيرتها كالاجنبية)^(٢).

نفهم من هذا ان بانقضاء الزوجية يصبح الزوج المتوفي اجنبيا عن ارملة فاذا لقحت الارملة نفسها بهذا الماء المحفوظ فهو شبيهة بالزنا لا ينسب للزوج المتوفي وانما لأمه فقط تترتب عليه الآثار التي سبق وبينها في الصور المحرمة.

وبهذا ننهي كلامنا في موقف الشريعة لنتنقل بعد ذلك إلى الحديث عن أركان المسؤولية الطبية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي .

(١) بدائع الصنائع ٣/ ١٩٢.

(٢) البحر الزخار ٣/ ٢١٧.

الباب الثاني
أركان المسؤولية الطبية
وعلاقتها بالتلقيح الصناعي

الباب الثاني

أركان المسؤولية الطبية وعلاقتها

بالتلقيح الصناعي

إن المسؤولية هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة فإذا كان الأمر مخالفاً قواعد الاخلاق وصفت مسؤوليته بأنها مسؤولية ادبية كمن يتخلف عن عودة مريض في مستشفى اذ تقتصر مسؤوليته على استنكار المجتمع لتصرفه ، وإذا كان هذا الأمر مخالفاً قواعد القانون وصفت مسؤوليته بأنها مسؤولية قانونية كطبيب أجرى عملية جراحية لمريض خرج في عمله عن الاصول الفنية المرعية ، والاخيرة على نوعين، مسؤولية مدنية وأخرى جنائية فالأولى تثور حينما يخل الملتزم بالتزام معين ويترتب عليه ضرر للغير كامتناع البائع في عقد البيع عن تسليم المبيع محل العقد وتثور الثانية حينما يخل الفاعل بأمر اوجبه القانون كمن حاز سلاحاً من غير رخصة قانونية ، وقد تشترك المسؤوليتان الجنائية والمدنية معاً كالتزام طبيب الاسنان بموجب العقد الطبي المبرم بينه وبين مريضه بتركيب طقم اصطناعي له لكن الطبيب يسبب ضرراً جسدياً في قم المريض^(١).

والقاعدة العامة في المسؤولية تقضي بان الشخص مسؤول عن فعله الشخصي تلك القاعدة التي تم تقنينها في معظم القوانين المدنية فقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة ١٣٨٢ على انه (كل فعل أياً كان يقع من الانسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه ان يعوض هذا الضرر)، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٤

(١) للتفصيل انظر المصادر التالية :

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢ في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الاول في الاحكام العامة، ط٥، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١-٢-٥-٦- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الاول، الاحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١ ، ص ١-٢-٤-٥.

من القانون المدني العراقي حيث تقول (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض^(١)).

وبناء على ذلك فان الطبيب القائم بعملية التلقيح الصناعي يكون خاضعا طبقا لهذه المسؤولية عندما يصدر منه ما يوجب مسؤوليته لان المسؤولية الطبية صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام حيث اكدت محكمة استئناف مصر الاهلية في حكم شهير لها صدر في ١٩٣٦/١/٢ قالت فيه (... ان القاضي لا يجب عليه ان يخوض في الخلافات الطبية ويؤيد رأيا ضد آخر وانما يجب عليه اتباع القواعد العامة والذوق السليم ولهذا فانه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيرا ولو ان هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء، فقط يجب على القاضي ان يتثبت من وجود هذا الخطأ وأن يكون الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه وعليه ان يستعين برأي الخبراء وبالجملات فان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنيا ام غير فني جسيما ام يسيرا وبالنسبة للاطباء الاختصاصيين فانه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن اي خطأ ولو كان يسيرا خصوصا اذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لان واجبهم الدقة في التشخيص والانتباه وعدم الاهمال في المعالجة^(٢)).

وعليه فان المسؤولية لكي تنهض لابد من قيام اركان ثلاثة هي : خطأ صدر من الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي، ضرر لحق المريض الذي اجرى له مثل هذه العملية، وأن يكون هذا الضرر ناشئا مباشرة عن هذا الخطأ وهو ما يقتضي منا تقسيم هذا الباب وفق الخطة التالية :

(١) انظر ايضا المواد : ٤٠٦ ف١ مشروع القانون المدني العراقي الجديد، ١٦٣ مدني مصري، ١٦٤ مدني سوري، ١٦٦، مدني ليبي ١٢٤، مدني جزائري ٢٢٧، مدني كويتي ٢٢٩، يمني ٢٥٦، مدني اردني ١٢٢ - ١٢٣ موجبات وعقود لبناني ٨٢-٨٣ التزامات وعقود تونسي ٧٧-٧٨، التزامات وعقود مغربي.

(٢) مجلة المحاماة المصرية، العددان السابع والثامن ، س١٦، المبدأ رقم ٣٣٤، ٢ يناير ١٩٣٦، القاهرة، ص ٧١٣. وأكادا المبدأ نفسه القضاء السوري في حكم له منشور في مجلة القانون السورية تحت عنوان (مسؤولية طبيب عن خطئه في مستشفى)، الاعداد ٨، ٩، ١٠، س ٢٦، ١٩٧٥، ص ٦١٩.

الفصل الأول

الخطأ

لا يزال الخطأ هو قوام المسؤولية الطبية وعليه يتوقف وجودها فلا بد ان من وجود خطأ صادر عن الطبيب ولا بد من اثبات هذا الخطأ والا فانه لا مسؤولية تحقق على الطبيب (١). ولم ينص القانون المدني العراقي على تعريف للخطأ مسائرا في ذلك

(١) غير ان هناك بعض الاحكام القضائية وجانباً من الفقه قد ذهبوا الى ان الطبيب يضمن سلامة المريض في غرفة العمليات وبالتالي يعتبر مسؤولاً اذا اصاب المريض بأي ضرر ولو لم يثبت اي خطأ محدد من جانب الطبيب ما لم يثبت الاخير السبب الاجنبي .

انظر: محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، بحث القاء في المؤتمر الدولي للمسؤولية الطبية الذي نظّمته جامعة قاريونس - بنغازي في الجماهيرية العربية الليبية، للفترة من ٢٣-٢٨ / ١٠ / ١٩٧٨ ، نشرته مجلة الحقوق والشرعية الكويتية، س ٣، ع ١٤، ١٩٧٩، ص ١٤. غير اننا لا نرحب بهذا الاتجاه اذ ان هذا الكلام يعني من جملة ما يعنيه تغيير مضمون التزام الطبيب وجعله التزاماً بنتيجة بدلا من التزام بوسيلة وهو ما لم يقل به احد. نقول هذا الكلام في الوقت الذي اضحى التزام الطبيب في فحص الدم المنقول والتحليل المختبرية التزاما بتحقيق نتيجة حيث يتعهد الطبيب هنا بالتزام محدد محله تقديم دم مناسب وسليم فيكون مخلا بالتزامه إذا كان الدم الذي نقله غير مناسب له او ملوث بجراثيم .

انظر : محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط ١ القاهرة ١٩٧٨، ص ٣٧٨. ان هذا الاتجاه باثبات خطأ المسؤول يدانيه اتجاه اخر هيأه المشرع في كثير من البلاد منها العراق يقدم هو الآخر خدمة قانونية اخرى للمتضرر المريض تتمثل بافتراض خطأ الطبيب فرضا قابلا لاثبات العكس وذلك بوصفه حارسا للآلات والادوات الطبية المستخدمة في كثير من الاعمال الطبية ومنها التلقيح الصناعي اذ لا يمكن اجراء الاخيرة بغير بعض الآلات ذات الاهمية الخاصة فاذا ما نتج عنها ضرر لحق هذا المريض ، فان المشرع قد افترض هذا الخطأ في جانب حارس هذه الآلات (وهو الطبيب في اغلب الاحيان) ولا يستطيع هذا الحارس ان يتنصل من المسؤولية إلا باقامة الدليل على نفي الخطأ المفترض في جانبه من جهة وباثبات السبب الاجنبي من جهة اخرى وهو ما تقرر بنص م ٢٣١ من قانوننا التي تنص على (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون

نهج التشريعات الأخرى عربية كانت ام اجنبية (١)، وهو أمر يفهم منه انه ترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء ، وسلك المسلك نفسه المشرع الجنائي لدينا في العراق حيث لم يهتم بوضع تعريف للخطأ وإنما اكتفى بإيراد صور للخطأ الجنائي الا اننا نرى ان بيان هذه الصور لا يغني عن بيان ماهيته (٢).

وبمراجعتنا للكتب الفقهية التي تناولت الخطأ بوجه عام نجد انها قد اكثر من هذه التعريفات (٣).

مسؤولا عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر . هذا مع عدم الاخلال بما يرد من ذلك من احكام خاصة). واستنادا الى هذا الاتجاه حكمت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية طبيب في حالة انفجار آلة تخدير وطالب والدا الضحية بتعويض الضرر الذي سبب لابنتهما الوفاة استنادا للمادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي .

صرحت محكمة الاستئناف في باريس بمسؤولية الطبيب بصفته حارسا لالة فتقدم الطبيب بطلب نقض تأسيسا على انه بسبب خرقه وتنفيذه المعيب لالتزامه فإن مسؤوليته تعاقدية ، رفضت محكمة النقض الطعن المرفوع اليها مقرر (ان والدي الضحية لم يطالبا بتعويض بوصفهما وارثين ولكن بوصفهما (غيرا) اجنبيا عن العقد الطبي ، ذلك انهما لا يمكن ان يستفيدا بوصف الوارث من المادة ١٣٨٤ اعتبارا للتطبيق الاجتهادي لمبدأ عدم الجمع بين المسؤولية التقصيرية والتعاقدية اذ ان المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان يؤخذ بها اذا اجتمعت شروط المسؤولية التعاقدية التي تعتمد تطبيق المادة ١٣٨٤ ف١. ولهذا فان والدي الضحية فضلا تجنب الاستفادة من مسؤولية الطبيب التعاقدية باعتبار التزامه بوسيلة (التزام عام بالاحتراس والعناية) فقط لا التزامه بغاية غير محدودة من حيث ان الالتزام بوسيلة يفرض بذل كل عناية يقظة للمريض وفي هذه الحالة لا يمكن اثبات المسؤولية التعاقدية الا اذا وجد خطأ يقع على عاتق خلف الضحية عبء اثباته. محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الاولى، ابريل ١٩٦٨، نشرته مجلة القضاء والقانون المغربية ، س١٠، ع٩٥، شباط، ١٩٦٩.

(١) انظر على سبيل المثال المواد : ١٨٦-١٩١-٢٠٤ مدني عراقي ١٦٣-١٦٤، مدني مصري ١٣٨٢-١٣٨٣، مدني فرنسي، في حين التجأ الى تعريف الخطأ المشرعان التونسي والمغربي حيث عرفاه في المادتين ٨٣ تونسي ٧٧، مغربي على ان الخطأ هو عبارة عن اهمال ما يجب او اتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الاضرار . ويقول (الدكتور سليمان مرقس) ان هذا التعريف يقتصر على خطأ الاهمال دون العمد .

انظر : مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، ص ١٧٩-١٨٠

(٢) انظر نص المادة ٣٥ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٣) انظر المصادر التالية: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، ١٩٥٢، ص ٧٧٧ وبعدها ، حسين عامر، المسؤولية المدنية، ط١، ١٩٥٦، مطبعة مصر، ص١٦٨-١٧٦- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول في مصادر الالتزام، ط٥، ١٩٧٧، ص ٤٨٧-٤٨٨ - سليمان مرقس، الوافي، ص ١٨٥-٢٠٥ - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ص ١٨٢ وبعدها - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل

ويقول (ريبير) بحق إنه لا يوجد تعريف مقبول للخطأ بل وليس في الأماكن السعي إلى مثل هذا التعريف ولكن ثقل الجهود يجب الا يثنيها عن حمله فاطراح الخطأ بدعوى انه لا ينطوي على فكرة قانونية يضرب الحجب على موضوع المسؤولية باسره ويجافي بين الناس وبين فهمه الفهم الحق^(١).

ولما كان الموضوع الذي نتناوله يخص عملية طبية فان الخطأ المقصود هنا هو الخطأ الطبي الذي هو صورة من صور الخطأ بوجه عام ، وعليه نرى من المفيد تقسيم الكلام هنا وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي.

المبحث الثاني : صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي.

الشخصي (الخطأ والضرر)، منشورات عويدات ط ١، ١٩٨٦، ص ١١٢-١٢٢- حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، ١٩٧٦، ص ٢٣١-٢٣٤- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، ص ٤٣٣-٤٣٦- حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، ط ٢، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، ١٩٧٠، ص ٢٨-٣٠- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط ٢، دار المعارف المصرية، ١٩٧٩، ص ١٣٦-١٤٢- سمير اورفلي، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، مجلة رابطة القضاة المغربية، س ٢٠، العددان ٨، ٩، آيار، ١٩٨٦، ص ٤٥-٤٩- وديع فرج، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العددان ٤-٥، س ١٢، ١٩٤٢، ص ١٧-٢٠- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٤٩-وبعدها - مصطفى الجمال، مبادئ القانون، الاسكندرية، ١٩٧٢، ص ٢١٤-٢١٩- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، حلب، ١٩٦٦، ص ٨٨- محسن منصور، المسؤولية المدنية لكل من الاطباء واطباء الاسنان والصيدالة والمستشفيات العامة والخاصة والمرضين والمرضات، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ٢٤١، ١٩٨٦، ص ١٤٤.

Pierre raynaud, repertoire de droit civil, Dalloz, responsabilite du fait personnel, Paris, 1975, p. 3-5.

(١) ريبير، القاعدة الخلقية في الالتزام، ط ٣، بند ١١٢، ص ٢١١ نقلاً عن حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، القاهرة، ١٩٥١، ص ٤٢.

المبحث الأول

مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

رأينا ان المشرع المدني والمشرع الجنائي جاءا خاليين من ايراد تعريف للخطأ وهو ما حاولنا تلافيه (١) باستقراء نصوص بعض القوانين الطبية في العراق كقانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ وقانون نقابة الاطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ وقانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ وتعليمات السلوك المهني الصادرة عن مجلس نقابة الاطباء لعام ١٩٨٥ وغيرها ولم نعثر على مثل هذا المفهوم الذي يستشف منه مسؤولية الطبيب عموماً وفي التلقيح الصناعي خصوصاً أثناء ممارستهم لمهنتهم باستثناء ما ورد في المادة ٢٢ ف ١ من قانون نقابة الاطباء التي نصت على (تعتبر الاعمال التالية ممنوعة لاغراض هذا القانون . أولاً : مخالفة القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر وقواعد السلوك المهني...)، وهو نص لا يزال بعيداً في نظرنا عن بيان ماهية الخطأ الطبي وهو ما ندعو المشرع العراقي إلى تلافيه .

فكل ما تناولته هذه القوانين والتعليمات هو بيان واجبات والتزامات الطبيب تجاه المريض من جهة وحقوق الطبيب التي ينبغي على المريض اداءها من جهة أخرى (٢) . وأمام هذه الحالة نرى لزماً علينا التصدي لبحث مفهوم الخطأ الطبي في نطاق التلقيح الصناعي ليكون أساساً لمسؤولية الاطباء المدنية .

إن هذا المفهوم يرى في الخطأ الطبي خروجاً من الطبيب المختص باجراء التلقيح الصناعي في سلوكه على القواعد والاصول الطبية التي يقضي بها العلم الحديث او المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه لهذه الاعمال أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على خطئه ضرر اصاب المريض الذي أجري له مثل هذا العمل .

ونستنتج من هذا أن للخطأ الطبي هنا عنصرين هما:

(١) لاغراض موضوعنا في الخطأ الطبي فقط.

(٢) انظر على سبيل المثال: تعليمات السلوك المهني، ص ١٤-١٦ وهي تبين واجبات الطبيب والتزاماته .

١ - خروج الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي عن القواعد والاصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذه للعمل الطبي.

٢ - الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة.

وعليه ينقسم الكلام هنا وفق الخطة التالية:

الفرع الأول : خروج الطبيب المختص عن القواعد والاصول الطبية.

الفرع الثاني: الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة.

الفرع الأول

خروج الطبيب المختص عن القواعد والاصول الطبية

إن دراسة هذا العنصر يقتضي منا البحث في ماهية القواعد والاصول الطبية سواء أكان ذلك في القانون أم في نظر الفقه والقضاء من جهة والشروط التي وضعت حتى تعد الاراء والنظريات أصولاً علمية تعد مخالفتها خطأ يستوجب المسؤولية وعليه ينقسم البحث هنا وفق الخطة التالية:

المطلب الأول : ماهية القواعد والاصول الطبية.

المطلب الثاني : مستلزمات النظرية لاعتمادها أصلاً علمياً.

المطلب الأول

ماهية القواعد والاصول الطبية

لو استقرأنا القوانين الطبية المتعددة في العراق فاننا لا نجد نصاً يبين لنا ماهية القواعد والاصول الطبية واجبة الاتباع تاركاً ذلك للفقه والقضاء غير انه بالرجوع إلى تعليمات السلوك المهني وجدنا خصوصاً في حالة البحث في المسؤولية عن التشخيص ما يلي : (لا مسؤولية في الخطأ في التشخيص إذا ثبتت استعانتة بجميع الوسائل الطبية الأصولية) (١) وهو ما يشير بصورة ضمنية إلى شرط القواعد والاصول الطبية

(١) التعليمات، ص ٢.

موضع البحث غير انه كان من الافضل خصوصا في بعض الاعمال الطبية ان يكون التشريع واضحا بما فيه الكفاية وذلك بالنص على ضرورة الالتزام بالقواعد والاصول الطبية ، ويبدو ان المشرع الفرنسي قد اشار هو الآخر بصورة ضمنية لهذه القواعد والاصول في المادة ٦٣ من قانون الموجبات الطبية رقم ٥٠٦-٧٩ والصادرة في ١٩٧٩/٦/٢٨ Code de deontologie medicale .

حينما نص على أن الطبيب يجب دائماً أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وان يستخدم في كل اجراء يقوم به الطرق العلمية الاكثر تخصصاً ودقة ووضوحاً^(١) .

إذن يفهم من النصين ضرورة الالتزام بالقواعد والاصول الطبية المقررة في العلم والمتعارف عليها بين الاطباء .

ان من المتفق عليه فقها وقضاء ان الاصول الطبية في علم الطب هي تلك الاصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين اسرة الاطباء نظريا وعمليا والتي يجب ان يلم بها الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي (٢) لان الطب في تقدم مستمر وما كان من النظريات والاراء يعد اليوم حديثا في نظر العلم قد يعد غدا قديما وقد اوضح الفقه ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والزمانية والمكانية وقت اجراء العمل الطبي نظراً لتأثير الظروف النفسية والاقتصادية والاجتماعية (٣) على استخدام احدث الوسائل والاساليب الفنية في علم الطب اذ انه مما لاشك فيه لا يمكن مقارنة طبيب في الريف بطبيب في مستشفى متخصص أو طبيب في دولة نامية بآخر في دولة متقدمة وهكذا .

(١) محمد اسامة عبد الله ، المسؤولية الجنائية للاطباء في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧، ص ٢٢٥.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٢٥.

(٣) محمد اسامة عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥.

المطلب الثاني

مستلزمات النظرية لاعتمادها أصلاً علمياً

لقد تطلب الفقه ضرورة توافر بعض الشروط في كل رأي أو نظرية أو أسلوب حديث في نطاق الاعمال الطبية حتى يعد من المعطيات أو الاصول العلمية التي تترتب على مخالفتها أو الخروج عنها مسؤولية الطبيب وهي :

١ - ان يعلن عن أسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها على أن يجري قبل الاعلان عنه استخدامه واجراء تجارب على الحيوانات .

٢ - ان يكون قد مضى وقت كاف لاثبات كفاءة هذا الاسلوب .

٣ - يجب أن يجري التسجيل العلمي للاسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الانسان^(١) .

ولعل السؤال الذي يثار هنا هو هل يجوز لهذا الطبيب ان يجرب بعض الطرق التي هي محل خلاف على المرضى، اذ ان التلقيح الصناعي لا تزال أرضه وعرة مليئة بالاشواك ولم يكد يعطي العلم رأيه الحاسم في كثير من احوالها فهل يجوز لهذا الطبيب استخدام بعض الطرق التي لم يسلم بها العلماء بعد ؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تقتضي منا بيان طبيعة التجربة الطبية وحكمها ذلك انه لا يقصد بالتجارب الطبية تلك التي يلجأ إليها الاطباء اذا ما اصطدموا بحالة تحار في علاجها الاصول العلمية الثابتة وانما يقصد بها كل تبديل أو تغيير فيزيولوجي أو نفسي لجسم الانسان من خلال عمليات جراحية أو حقن ابر أو زرق مواد بأمر من موظف عام أو بتحريض منه، بحيث يكون هذا الموظف العام مسؤولاً عنها ودون ان يكون الشخص الخاضع لها قد منح موافقته الصريحة الحرة لتمتعه بأهلية الرضا والموافقة وبعد أن يكون قد اعلم بشكل تام عن طبيعة التجربة وآثارها المحتملة^(٢) .

إلا أننا نرى أن هذا التعريف يكتنفه بعض الغموض إذ غاب عنه ذلك العنصر

(١) محمد اسامة عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ .

(٢) شريف بسيوني ، القانون الجنائي الدولي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٨٥-٨٦ .

الذي يتميز عن التجارب العلاجية إلا وهو أن إجراء تلك التجارب إنما يكون دون ضرورة تمليها حالة المريض وإنما هو لغرض البحث العلمي فقط .

ومن هنا نفهم ان التجارب الطبية على الجسم البشري على نوعين :

النوع الأول - التجارب العلاجية :

وهي تلك التي يلجأ إليها الاطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي اخفقت القواعد الفنية والاصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها .

وقد أقر الفقه عموماً بمشروعية هذا النوع من التجارب ولكن بتوافر بعض الشروط هي :

١ - ضرورة الحصول على رضا المريض بإجراء التجربة العلاجية عليه رضاً حراً وصحيحاً.

٢ - أن يكون هناك قدر من التناسب بين خطورة المرض وبين احتمالات نجاح أو فشل التجربة العلاجية.

٣ - أن يكون الطبيب على قدر من الكفاءة العلمية والخبرة الطبية حتى يتسنى له إجراء هذا النوع من التجارب^(١).

ونرى أن تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي إلى جمود العلوم الطبية وركودها ويقضي على روح الابتكار العلمي لدى الأطباء والجراحين ويحرم الإنسانية من إمكانيات علاجية قد تكون أملاً لانقاذ الكثير من المرضى.

النوع الثاني - التجارب العلمية أو الفنية :

وهي تلك التجارب التي تجري على إنسان سليم أو على مريض دون ضرورة تمليها حالة هذا المريض بغرض البحث العلمي ولمجرد اشباع شهوة علمية أو فضول علمي، فهذا النوع من التجارب يعد خطأ يوجب مسؤولية من قام بها عن جريمة ، وبالتالي تنهض مسؤوليته المدنية وذلك بتعويض من أجريت عليه مثل هذه التجربة اذا

(١) عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ، المصدر السابق ص ٢٩٢.

ما اسفرت عن ضرر لحق به ولمن ارتد عليهم هذا الضرر من أصحاب الحقوق والمصالح المشروعة وذلك لانتهاء قصد العلاج ولا يعفيه من المسؤولية توافر رضا من أجريت عليه هذا النوع من التجارب ولا اتباعه للأصول العلمية والقواعد الفنية في إجراءاتها لان الرضا ليس سبباً من أسباب الإباحة في الأفعال التي تمس جسم الإنسان ولان سلامته تعد من النظام العام وحمايته امر تقتضيه مصلحة المجتمع^(١).

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الألماني إلى القول بمشروعية التجارب الطبية حتى ولو كان الغرض من إجرائها تحقيق فائدة علمية محضة سواء نجحت هذه التجارب ام فشلت متى كانت متفقة مع قواعد الصحة وأصول الفن^(٢).

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ان للفقه والقضاء في ألمانيا وفي إيطاليا أيضاً مذهباً مختلفاً اذ لرضا المجنى عليه (٣) قيمة محدودة في اباحة فعل الاعتداء على سلامة الجسم وان كان الاصل فيه ان يتجرد من هذه القيمة^(٤).

وتأسيساً على ذلك نرى انه اذا كانت الطرق العلمية التي قام الطبيب المختص بالتلقيح الصناعي بإجرائها من النوع الأول (اي التجارب العلاجية) فعندئذ لا مسؤولية تقوم على الطبيب ما دام قد التزم الشروط التي وضعها الفقه او التشريع لذلك أما اذا كانت من النوع الثاني (أي التجارب العلمية أو الفنية) فتنهض مسؤولية الطبيب عن ارتكاب جريمة تقوم معها بالتالي مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تلحق المريض بسبب من التجربة غير المشروعة التي قام بها هذا الطبيب .

ولقد تركت هذه الآراء الفقهية بصماتها على كل من التشريع والقضاء المقارنين فبخصوص التلقيح الصناعي صدرت في فرنسا القوانين التالية :

١ - قانون الموجبات الطبية (المشار إليه آنفاً)، فقد جاء في المادة ١٩ من هذا القانون

(١) وديع فرج، المصدر السابق ، ص ٤٣٠ وبعدها، مصباح محمد الخيرو، حدود المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، الرباط، ١٩٨٠، ص ٤٧.

(٢) احمد شوقي ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ٩٣.

(٣) باعتباره جزءاً من الشروط العامة التي تتضمنها قواعد الصحة واصول الفن .

(٤) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، ع ٣، س ٢٩، ١٩٥٩، ص ٢.

على أن (ممارسة المداواة الدوائية الجديدة على مريض يمكن ان يسمح بها بعد دراسة بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة اذا كانت هذه المداواة تمثل للانسان الخاضع مصلحة مباشرة)^(١).

إن المقصود بالمصلحة المباشرة هنا هي الجانب العلاجي الدوائي الذي يبرر للطبيب المختص في هذه الاعمال ان يتدخل لعلاج مرضاه بهدف شفاؤهم من حالة العقم لا الجانب العلمي البحت مهما كانت بواعثه شريفة او دنيئة .

كما جاء في المادة ٢٢ من القانون نفسه إن أي عمل جراحي اذا لم يتوافر له ضرورة علاجية فانه يتجرد من المشروعية حتى ولو كان بناء على رضا صاحب المصلحة^(٢).

٢ - قانون ١٩٣٤/٦/١٤ الذي حدد الشروط العامة لممارس معين باجراء تجارب على (الخلاصات المخصبة)^(٣).

هذه الآراء الفقهية والاحكام القانونية القت بظلالها على أحكام القضاء فقد اصدرت محكمة استئناف (انجيه) الفرنسية في حكم لها صدر في عام ١٩٧٨ قننت فيه مبدأ مهما يحسم الخلاف في كثير من هذه المسائل تقول فيه (ان التجارب غير ذات الهدف العلاجي الدوائي هي تجارب غير مشروعة)^(٤).

واستناداً إلى توافر قصد العلاج، هذا القصد الذي يضيف المشروعية على التدخل الطبي قضت محكمة جناح بروكسل البلجيكية في حكم لها بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٧ ببراءة عدد من الاطباء قاموا باجراء عملية جراحية لشخص لتغيير نوع الجنس لديه وانتهت بوفاته وقد نسب الادعاء العام (النيابة العامة البلجيكية) إلى المتهمين تهمة

(١) مشار إليه لدى عبد الآله الخاني، اطفال الانابيب وأوضاعهم القانونية، مجلة المحامون السورية الاعداد ٧-٨-٩، س ٥٣، ١٩٨٨، ص ٦٠٧.

(٢) مشار اليه لدى عمر فاروق الفحل، تحول الجنس بين الشريعة والقانون، مجلة المحامون السورية ، الاعداد ١٠-١١-١٢، س ٥٣، ١٩٨٨، ص ٨٧٤، وانظر ما يقابلها لدينا في تعليمات السلوك المهني العراقية حول المبادئ الاساسية في الممارسة الطبية ، ص ٢.

(٣) مشار اليه لدى عبد الآله الخاني، المصدر السابق، الصفحة ذاتها .

(٤) اشار اليه عبد الاله الخاني، المصدر السابق، ص ٦٠٧.

القتل خطأ لمباشرتهم عملية جراحية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية غير ان المحكمة قضت ببرائتهم (١)، وقد سلك القضاء الايطالي المسلك نفسه بخصوص عمليات تحول الجنس، وقد حكم هذا القضاء بمشروعية عمليات تلقيح الغدد الجنسية وكذا الحال بالنسبة للتلقيح الصناعي فلا شك في مشروعيتها في نظر هذا القضاء إذ يراد بها علاج علة، ولكن عملية نزع الغدة حيث تحدث علة لدى من نزعت منه فلاشك في عدم مشروعيتها اذ لا يبررها سند من القانون ولا يسعف الطبيب هنا الدفع بحالة الضرورة فهي لا تتوفر الا اذا كان هناك خطر جسيم يهدد النفس على وشك الوقوع وهو غير قائم في هذه الصورة (٢).

وقد اكتسب هذا الموضوع اهمية بالغة حينما تضمن هذه المبادئ الاتفاق الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعروض للتوقيع على الدول الأخرى في نيويورك في ١٩٦٦/١٢/١٩ وتنص المادة ١٧ منه على أنه (لا يجوز اخضاع أي انسان للتعذيب أو المعالجة الفظيعة وبالاخص يمنع منعاً باتاً إخضاع انسان بدون قبوله الحر لاختبار طبي أو علمي) (٣).

وبمفهوم المخالفة انه إذا اقتضى غرض علاجي ودوائي تدخلاً طبياً فإن ذلك لا يعد أمراً غير مشروع بشرط الموافقة المسبقة على من سيجري عليه هذا العمل وهكذا نجد أن للموضوع أهميته حتى على الصعيد الدولي فقد سبق للجمعية الدولية للطب في مؤتمرها المنعقد في هلسنكي عاصمة فنلندا سنة ١٩٦٤ ان أصدرت إعلاناً سمي (إعلان هلسنكي) تضمن الشروط التالية التي يجب أن تتوافر في التجربة الطبية كي تكون مشروعة:

١ - احترام المبادئ الاخلاقية والعلمية التي تبرر الابحاث في الطب الانساني على ان تجرى التجربة على الانسان بالاستناد إلى فحوص مختبرية تجري على الحيوانات وإلى معطيات علمية ثابتة .

(١) أشار إليه عمر فاروق الفحل ، المصدر السابق ، ص ٨٧٤.

(٢) محمود محمود مصطفى، مركز الاطباء في التشريع الجنائي للدول العربية، مجلة المحامون السورية، العددان ٢-٣، ١٩٧٩، ص ٤٠.

(٣) أشار إليه عبد الآله الخاني، ص ٦٠٧.

- ٢ - تجرى التجربة على الانسان بواسطة اشخاص اكفاء علميا تحت رقابة طبيب كفؤ.
- ٣ - لا يجوز إجراء التجربة إلا إذا كانت أهمية الهدف الذي تصبو إليه متناسبة مع المخاطرة التي يتعرض لها من تجري عليه .
- ٤ - قبل الاقدام على التجربة يجب إجراء التقييم بعناية للمخاطر والمكاسب الممكنة التي تلحق بمن تجري عليه وبالأخرين .
- ٥ - يجب أن يكون الطبيب محترزاً بصورة خاصة عندما يكون من شأن الدواء أو التقنيات المستعملة تعريض حياة الانسان للمساسس^(١) .
- ونرى أن هناك تكراراً بالنسبة للمبادئ التي تضمنها الاعلان إذ لا يعدو أن يكون المبداءان الثالث والرابع سوى وجهين لعملة واحدة فمن الخير هنا دمجهما معا لاسيما وأنهما لا يعبران إلا عن شيء واحد .
- كما أصدرت الجمعية الطبية الدولية

THE WORLD MEDICAL ASSOCIATION

تصريحاً خاصاً وبالاجماع سمي فيما بعد (تصريح او اعلان طوكيو لعام ١٩٧٥)

DECLARATION OF TOKYO

تضمن ستة من المبادئ الاخلاقية التي تعد بحق القانون المتعلق باخلاقيات الطبيب أو بالمبادئ الاخلاقية التي يجب أن يتحلّى بها كل من يعمل في مهنة الطب والمهن الأخرى المتعلقة بها^(٢) .

(١) مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج ٢، المسؤولية الجنائية، مؤسسة نوفل، ١٩٨٥، ص ٥٠٩ وبعدها .

(٢) وندرج فيما يلي المواد أو المبادئ التي وردت في هذا الاعلان :

١ - يجب على الطبيب ألا يسهم في ممارسة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية او اللاإنسانية أو المهينة مهما كان الجرم المنسوب للمشتبه به او المتهم او المذنب، وبغض النظر عن معتقدات أحد هؤلاء، وفي كل الحالات وبما في ذلك النزاع المسلح والعصيان المدني .

٢ - على الطبيب ألا يعطي أية مسكنات او ادوات او مواد او معلومات لتسهيل ممارسة التعذيب، أو أي شكل من اشكال المعاملة القاسية، اللاإنسانية او المهينة، أو أن ينقص من مقدرة الضحية كي تقاوم او تتحمل مثل هذه المعالجة .

ولم تتخلف منظمة الأمم المتحدة عن اللحاق بهذا الركب فقد أصدرت إعلاناً سنة ١٩٨٢ تضمن مجموعة المبادئ الاخلاقية الطبية او مبادئ آداب مهنة الطب

(PRINCIPLES OF MEDICAL ETHICS)

المفروض تطبيقها ومراعاتها من قبل الاشخاص الذين يعملون في الحقل الصحي وبصورة خاصة الاطباء من أجل حماية السجناء والمحتجزين من التعذيب وغير ذلك من العقوبات والمعاملات القاسية أو اللانسانية أو المهينة (أي الماسة بالكرامة الانسانية)^(١).

- ٣ - على الطبيب الا يكون حاضرا او متواجدا خلال اي اجراء يمارس فيه التعذيب او اي شكل من اشكال المعاملة القاسية اللانسانية او المهينة او خلال التهديد بأحد هذه الاجراءات.
 - ٤ - يجب ان يتمتع بالطبيب باستقلاله الطبي التام في اعطاء قراره بالنسبة للشخص المسؤول عن معالجته طبيا . وبما أن الدور الرئيسي للطبيب هو في التخفيف من معاناة مريضه فليس لاي سبب شخصي أو اجتماعي أو سياسي أن يتغلب على هذا القصد السامي للطبيب.
 - ٥ - اذا امتنع السجن عن تناول الطعام او الغذاء، فيجب أن يصار لاطعامه او تغذيته اصطناعيا، اذا اعتبر الطبيب ان هذا السجن قادر على ادراك الآثار المترتبة على رفضه الارادي في تناول الطعام والغذاء .
 - ٦ - يجب على الجمعية الطبية الدولية ان تساند وأن تشجع، المجتمع الدولي والجمعيات الوطنية للاطباء، والاطباء انفسهم، مساندة الطبيب وعائلته في مواجهة التهديدات والاعمال الانتقامية التي تنتج عن رفضه المساهمة بعمليات التعذيب أو أي شكل من أشكاله القاسية أو اللانسانية أو المهينة .
- أشار إليه محمد رياض الخاني، المبادئ الاخلاقية التي يجب أن يتحلّى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية، مجلة القانون والشرية، دولة الامارات العربية المتحدة، ع ٢، ١٩٨٨، ص ١٥١.

(١) نرى من الضرورة ذكر هذه المبادئ :

المبدأ الأول : يجب على موظفي الصحة، لاسيما الاطباء، المكلفون بالعناية الطبية بالسجناء والموقوفين، أن يوفرُوا الحماية الصحية الجسمية (الفيزيولوجية) والعقلية لهم، والمعالجة لامراضهم وذلك من نوعية ومستوى مماثلين لما يقدم لغير السجناء او الموقوفين .

المبدأ الثاني : تعد مخالفة جسيمة للأداب الطبية وجريمة بموجب المواثيق الدولية الواجبة التطبيق : قيام موظفي الصحة، ولاسيما الاطباء منهم سواء بطريقة ايجابية أو بطريقة سلبية باعمال تشكل اشتراكا في او تواطؤا او تحريضا على أو محاولات ارتكاب التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللانسانية أو الماسة بالكرامة .

المبدأ الثالث: تعد مخالفة للأداب الطبية تورط موظفي الصحة، ولاسيما الاطباء في أية علاقة

إن بعض دساتير الدول قد نصت صراحة على منع القيام بالتجربة الطبية وإلى ذلك ذهب الدستور المصري لعام ١٩٧١ حيث جاء في المادة ٤٣ منه أنه (لا يجوز اجراء أية تجربة طبية او علمية على أي انسان بغير رضاه الحر).

ولم نجد مثل هذا النص في الدستور العراقي النافذ الصادر سنة ١٩٧٠ ولا في مشروع الدستور الدائم لجمهورية العراق غير ان اتجاهها يرى ان اغفال هذا الموضوع الحيوي يشكل نقصا في الدستور ذلك ان النص في الدستور على منع التجربة الطبية على الجسم البشري إنما هو تأكيد لمبدأ التكامل الجسدي ودليل على أهمية حق الانسان في الحياة وفي سلامة بدنه وهو بالتالي اهتمام واضح من المشرع على حماية هذه الحقوق، كما اننا لم نعثر على مثل هذا النص في القانون المدني النافذ ولا في مشروع القانون المدني الجديد.

غير أننا وجدنا نصا في تعليمات السلوك المهني العراقية يقول (تعد التجارب على المريض عمل جنائي إلا إذا اجريت لاغراض علمية بحتة وفي مراكز بحث علمي أو معاهد علمية تعليمية .

مهيئة مع السجناء او الموقوفين لا يكون غرضها الوحيد هو تقويم او حماية او تحسين صحتهم الجسمية (الفيزيولوجية) أو العقلية .

المبدأ الرابع : تعد مخالفة للاداب الطبية قيام موظفي الصحة، لاسيما الاطباء بما يلي:
أ - تطبيق معرفتهم ومهاراتهم من اجل المساعدة في استجواب السجناء والموقوفين بطريقة قد تضر بالصحة او الحالة الجسمية او العقلية لهؤلاء السجناء او الموقوفين والتي تتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع .

ب - اعطاء شهادة رسمية او الاشتراك في اعطاء شهادة رسمية تتضمن لياقة السجناء او الموقوفين صحيا لاي شكل من اشكال المعاملة او العقوبة يمكن أن يضر بصحتهم الجسمية او العقلية والذي يتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع، أو الإشتراك بآية طريقة في تلك المعاملة او في انزال تلك العقوبة التي تتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع .

المبدأ الخامس : تعد مخالفة للاداب الطبية اشتراك موظفي الصحة ، لاسيما الاطباء في اي اجراء لتقييد سجين او موقوف ما لم يكن مثل هذا الاجراء قد تقرر طبقا لمعايير طبية محضة ، بأنه ضروري لحماية الصحة الجسمية والعقلية او لسلامة السجين او الموقوف نفسه او لزملائه من السجناء او الموقوفين او لحراسه وبأن هذا الاجراء لا يشكل خطرا على صحته الجسمية او العقلية .

المبدأ السادس: لا يجوز الخروج على المبادئ المذكورة اعلاه لاي سبب من الاسباب بما في ذلك حالة الطوارئ العامة .

أشار إليه : محمد رياض الخاني، المصدر السابق، ص ١٤٧-١٤٨.

١ - المبدأ في تطبيق التجارب العلاجية هو أن تكون التجربة قد خضعت للبحث العلمي عند الانسان او عند الحيوان .

٢ - يجب الامتناع عن إجراء أية تجربة فيها احتمال خطر على حياة الشخص^(١) .
ونعتقد ان هذه التعليمات متخلفة عن مستوى اعلان هلسنكي من الأوجه التالية:

١ - انها اغفلت النص على التجارب الطبية اذ ان التعليمات نصت على التجارب العلاجية وقد اوضحنا سابقا ان التجربة على نوعين اما ان تكون علاجية واما ان تكون علمية .

٢ - انها ساوت عند اجراء التجارب بين الحيوان والانسان بدليل ايرادها (أو التخييرية) بينما المفروض ان تجري أولاً على الحيوان ثم على الانسان .

٣ - انها اغفلت النص على ضرورة إجراء التجارب بواسطة أشخاص كفؤين علمياً وفنياً لئلا تخلف أضراراً بالشخص الذي تجري عليه مثل هذه التجربة.

وهكذا إنتهينا إلى ضرورة اتباع الطبيب القائم بعملية التلقيح الصناعي الاصول الطبية عن طريق اتباعه الاساليب والوسائل العلاجية التي يقضي بها العلم متى عرضت له حالة من حالات العقم التي وضع لها العلم حلاً وذلك حتى لا يعرض حياة المريض للخطر بينما اذا كانت حالة المريض لا تدخل تماماً في نطاق هذه الحدود فلا غبار اذن على الطبيب في ان يختار من الوسائل والاساليب العلاجية وبما يتفق ومصلحة المريض في تحقيق إستشفائه من حالة العقم التي يعاني منها، كل ذلك مع التزامه بعدم مخالفته الاصول الفنية المستقرة والاضاع العلمية الثابتة^(٢) .

وقد يثور التساؤل هنا عن حكم الظروف الاستثنائية التي تواجه هذا الطبيب وهو يجري تلقيحاً صناعياً فهل يبقى حينئذ ملتزماً باتباع الاصول الفنية المستقرة التي يكون ملزماً باتباعها في الظروف العادية ؟

(١) ص ٥ من التعليمات .

(٢) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص ١٢٥ .

لا نعتقد ذلك اذ ان عمليات العقم ليست من الحالات الاستثنائية التي تتطلب تدخلا علاجيا سريعا ينقذ حياة المريض بل ان الطبيب يجد امامه متسعا من الوقت ليقوم باجراء الفحوصات الطبية الخاصة بالزوج والزوجة لغرض تحديد حالة العقم وسبب هذا الحالة والطريقة المثلى من طرق التلقيح الصناعي التي تكون ملائمة لحالة المريض^(١).

الفرع الثاني

الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة

إن دراسة هذا العنصر تقتضي منا بيان أمرين هما مصدر واجبات الحيطة واليقظة، كيفية حدوث الاخلال بهذه الواجبات وعليه ينقسم الكلام وفقاً للخطة التالية:

المطلب الأول: مصدر واجبات الحيطة واليقظة

المطلب الثاني : كيفية حدوث الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة.

المطلب الأول

مصدر واجبات الحيطة واليقظة

من المتفق عليه بين الفقهاء إن التشريع أو العرف أو الخبرة الانسانية تكون مصدراً لواجبات الحيطة واليقظة (٢)، والواجب القانوني يشمل كل ما يقرره القانون

(١) جواب (منذر البرزنجي) على سؤال لنا تحت عنوان (ما هي الاجراءات المتبعة لديكم والمتصلة بعملكم بالذات حينما يقدم زوج وزوجته اليكم ويعلمان رغبتهما باجراء مثل هذه العملية)؟ وذلك في مقابلة اجريتها معه في مركز زرع الاجنة في مستشفى بغداد التعليمي بتاريخ ١٩٩١/٦/٢.

(٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ١٩٨٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٦٧ وبعدها.

عوض محمد، جرائم الاعتداء على الاشخاص، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص ١٤٠ وبعدها.

بمختلف فروع مدنيأ أم جنائياً أم ادارياً أم طبياً وكذلك ما تفرضه الانظمة والتعليمات المنظمة للعمل الطبي من واجبات .

ويقصد بالواجبات القانونية هنا الأوامر التي توجهها الدولة التي رعاياها وتلتزمهم باتباعها سواء كانت محددة كقواعد المرور في الطرقات أم غير محددة كالواجب العام بعدم الانحراف عن السلوك المعتاد ويعتبر الخروج على هذه الواجبات خطأ منشئاً للالتزام بالتعويض لمصلحة المتضرر ويطلق احيانا على هذه الواجبات اصطلاح (الالتزامات) وتعد التزامات مصدرها القانون مباشرة وان كان ذلك غير مقبول إلا على سبيل التجاوز في التعبير وينبغي التفرقة بين هذه الواجبات وبين الالتزامات الحقيقية التي يفرضها الشارع ونجد مصدرها المباشر في نصوص القانون كالالتزام بدفع الضرائب والالتزامات التي تفرضها اصول الولاية على المال^(١) .

ولم نجد في العراق نصا لحد الان ينظم اعمال التلقيح الصناعي سواء أكان ذلك في القانون أم في انظمة وتعليمات رغم اهمية هذا الجانب وحساسيته وعلاقته بحفظ النسب وضرورة تقيد الطبيب المختص بواجبات الحيطة واليقظة عند ممارسته لعمله . ولئن كان القانون مصدر هذه الواجبات إلا أن مصدرها العام هو الخبرة الانسانية اي ما درج عليه الكافة أو أهل الخبرة الخاصة بمعنى ما درجت عليه مجموعة من أهل الخبرة او المهنة كأعضاء الاسرة الطبية^(٢) .

(١) محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، هامش رقم ٨، ص ١٥. قريبا من هذا المفهوم لمعنى
· NEGLIGENCE

في القانون الانكليزي انظر: Charles J. Lewis, Medical Negligence, London, 1988, P. 109.

(٢) محمد أسامة عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨.

المطلب الثاني

كيفية حدوث الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة

ويعني الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة في المجال الطبي عموما وفي التلقيح الصناعي خصوصا خروج الطبيب كلية عما هو مفروض عليه من واجب التدبير والحيطة ولاسيما في بلادنا العربية والاسلامية المهتمة بالانساب وتدين بالدين الحنيف وتحرص على احكامه، وتطبيقا لذلك قضت محكمة السين الفرنسية في ٢٠ تموز ١٩٠٧ بأن (مسؤولية الطبيب لا تنعقد الا اذا ثبت انه خرج على القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة ايا كانت او اذا ثبت اهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس)^(١).

(١) أشار إليه : منير رياض حنا، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

المبحث الثاني

صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

إن الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي هو انسان بطبيعته يخطئ مرة ويصيب في أخرى غير انه انسان مبدع يجد بحثاً عن علاج حالة العقم التي تعرض عليه وعمل هذا الطبيب كما هو شأن بقية الاطباء يمر بمرحلتين : مرحلة التشخيص ومرحلة العلاج.

فالتلقيح الصناعي عملية تستوجب تدخلا طبيا ويكون ذلك على مرحلتين اولهما: تكون قبل اجرائها وثانيهما : تكون أثناءها وبعدها ، وفي كل من هاتين المرحلتين فان احتمال الخطأ الطبي فيهما وارد الأمر الذي له اهميته فيما يتصل بالنتائج المترتبة عليه وهكذا فان الكلام هنا ينقسم حسب الخطة التالية:

الفرع الأول : الخطأ الطبي قبل اجراء التلقيح الصناعي.

الفرع الثاني : الخطأ الطبي أثناء اجراء التلقيح الصناعي وبعده .

الفرع الأول

الخطأ الطبي قبل اجراء التلقيح الصناعي

ففي هذه المرحلة قد يقع الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي في اخطاء طبية تتمثل بما يلي:

خطأ في التشخيص، خطأ في عدم استحصال الرضا، فالطبيب الذي تعرض عليه حالة عقم عليه تشخيص هذه الحالة جيداً، فاذا ما انتهى من تشخيصها عليه أن يستحصل رضا الزوجين باجراء تلقيح صناعي وعليه نرى تقسيم الكلام هنا وفق الخطة التالية:

المطلب الأول : الخطأ في التشخيص .

المطلب الثاني : عدم استحصال الرضا.

المطلب الأول

الخطأ في التشخيص

يعرف التشخيص بأنه عبارة عن بحث وتحقيق من المرض الذي يعاني منه المريض وذلك عن طريق معرفة أثر الظروف المحيطة به في مجال الاسرة والعمل والظروف النفسية والاجتماعية على حياة المريض حتى يمكن الوصول إلى معرفة حقيقة المرض فهو عمل يهدف إلى التعرف وتحديد الأمراض بعد معرفة أعراضها^(١).

من هنا تكمن أهمية التشخيص ذلك أن العلاج أو العمل الجراحي عموماً يبدأ بالتشخيص^(٢) حيث يلزم الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم أن يقوم بتشخيص السبب الذي أدى إلى حالة العقم حيث أن الأخيرة لها العديد من الاسباب بل أن للتشخيص أثره البالغ في نتائج العلاج أو العمل الجراحي. إذ أن أي خطأ فيه لا بد وأن ينعكس على العلاج وقد يؤدي هذا الخطأ في التشخيص إلى خطأ في العلاج الذي يفترض أن يكون متوافقاً مع حالة التشخيص وقد يؤدي إلى ازهاق روح المريض أو إصابته بعجز كلي أو جزئي دائم أو مؤقت تتحقق معه مسؤولية الطبيب .

وقد ذهب اتجاه فقهي كان انصاره من الاطباء وحدهم إلى أن العلوم الطبية طافحة بالمسائل التي لا تزال مثار الخلاف بين العلماء والاطباء ولا يرتكب الطبيب أي خطأ في الاخذ برأي دون آخر كما أن الاعراض المرضية قد تتشابه وتختلط وقد كان (برو وارديل استاذ الطب الشرعي) يقول لتلاميذه في دروس الطب الشرعي (كثيراً ما وقعت في غلط ولكن ليس لاحد ان يوجه اليها اي لوم مادامنا قد توخينا الدقة في كشفنا ففحصنا الاعراض والسوابق قبل اجراء التشخيص فاذا ظهر فساد مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط فليس لاحد ان يحاسبنا ويجب ان لا ننس أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط)^(٣).

(١) محمد اسامة عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥.

(٢) محمد فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، القاهرة، ١٩٥١، ص ٣٩٤، وديع فرج ، المصدر السابق ، ص 423.

(٣) نقلاً عن وديع فرج، المصدر السابق ، ص ٤٢٤.

ونرى أن هذا الاتجاه لم يعد مقبولا لاسيما في ظل التطورات العلمية التي حتمت على الاطباء أن يكونوا دقيقين في عملهم ابتداء بمرحلة التشخيص وانتهاء بخروج المريض من العيادة او المستشفى فلم يعد الطبيب حراً في عمله بمنأى عن أي مساءلة قانونية بحجة انه في مرحلة التشخيص ، فالطب عملية متكاملة تكون آخرها متصلة بأولها بل ان نجاح الطبيب في عمل يعتمد على دقة تشخيصه وبالتالي فان اي خطأ من جانب الطبيب انما يعرض حياة المريض للخطر من جهة ويجعل عمله مرتبكا غير ذي جدوى من جهة أخرى فلو ان الطبيب قد اخطأ في مرحلة العلاج او انه اخطأ أثناء اجرائه لهذه العملية الا يكون مستحقا للمساءلة القانونية ؟ بل يكون مستحقا لهذه المساءلة فما الداعي اذن إلى عدم مساءلته وهو يرتكب خطأ في مرحلة التشخيص فلا نرى إذن أي مسوغ منطقي او قانوني يعفيه من هذه المساءلة.

وليس هذا فحسب بل ان اثبات ان الطبيب قد اخطأ في تشخيص المرض قد يغني عن البحث في اخطائه في العلاج الا اذا كان العلاج هو الوحيد في الحالتين : حالة التشخيص الخاطئة وحالة المرض الفعلي الذي يعانيه المريض^(١).

ولأجل الوصول إلى تشخيص سليم يكون أقرب إلى الحقيقة فان ذلك يتوقف على عدة عوامل من بينها الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة كالتحاليل والتصوير بالاشعة وغيرها مما تساعد في عمل الطبيب، فهذا التقصير من جانب الطبيب بعدم الاستعانة بهذه الوسائل هو اهمال منه يسأل عنه اذا كان التشخيص الذي وصل إليه بعيداً أو مخالفاً للحقيقة^(٢).

وتطبيقا لذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية (إنه في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية وإلا كان الطبيب مهماً إهمالاً يحاسب عليه)^(٣).

(١) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة المحامون السورية، ع٢، شباط، ١٩٨٣، ص١٢٣.

(٢) نزار عرابي، متى وأين تبدأ مسؤولية الطبيب مدنياً وجزائياً، مجلة المحامون السورية، ع٦، حزيران، ١٩٨١، ص٦٣٢.

(٣) أشار إليه سمير اورفلي، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامون السورية، ع٧، تموز، ١٩٨٥، ص٩١١.

غير أن هذا العامل يتوقف بدوره على امکانيات العلمية والفنية المتاحة مثل وجود المختبرات اللازمة او اجهزة التصوير الشعاعي، فعلى المحكمة المختصة حين تقديرها المسؤولية في مثل هذه الاحوال تقرير اهمية او عدم جدوى مثل هذه الوسائل بغية التوصل إلى التشخيص الحقيقي للمرض كما إنه من الاهمية بمكان معرفة ما اذا كان الطبيب المختص قد طلب الاستعانة بهذه الوسائل أم لا، كما ان درجة المعرفة الفنية بوصفها ظرفاً خارجياً تلعب دوراً مهماً عند تقدير مسلك الطبيب نظراً لان درجة التخصص من شأنه ان يؤثر على مدى المستوى الفني الذي يحققه الطبيب لذلك فإن تخصص الطبيب في عمله يحدد السلوك المطلوب منه فارتفاع درجة تخصصه يوجب منه أن يبذل من العناية والتبصر في تنفيذ التزامه القدر الذي يتوافق مع مستواه الفني فالغلط في العلاج الذي يقع من طبيب متخصص قد يكون مسؤولاً عنه بوصفه خطأ بينما وقوع الطبيب غير المتخصص فيه قد لا يعد كذلك^(١).

وتتحدد درجة التخصص بالمؤهل الذي حصل عليه الطبيب وطول خبرته في العمل فالحاصل على درجة الدكتوراه في أمراض العقم يرتفع مستوى تخصصه في علاج هذا المرض عن الحاصل على دبلوم تخصصي كما أن الطبيب الذي مارس عمله مدة طويلة في علاج هذه الطائفة من الأمراض يكون أكثر تخصصاً من الطبيب حديث التخصص^(٢)، بل إن الأمر يحتاج إلى مشورة بعض كبار الاختصاصيين من الاطباء إذا تطلب الأمر ذلك خاصة في نطاق التلقيح الصناعي إذ عليه أن يقبل اجراء الاستشارة إذا طلب المريض أو ذويه اجراءها .

وقد كان المشرع الفرنسي واضحاً اذ نص في المادة ٥٥ من قانون الموجبات الطبية لعام ١٩٧٩ على التزام الطبيب المعالج باجراء التشاور الطبي في حالتين :

- ١- إذا كانت هناك ضرورة من التشاور لوضع التشخيص.
- ٢- إذا كان التشاور الطبي بناء على طلب او رغبة المريض أو أهله^(٣).

(١) احمد شوقي عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، ١٩٧٦، القاهرة، ص ١٤ .

(٢) احمد شوقي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ١٦ .

(٣) والى ذلك ذهبت المادتان ٢٩-٣٦ من القانون نفسه .

ولم نعثر على نص يقرر هذا المبدأ في التشريع العراقي وهو أمر نهيب بالمشرع العراقي الالتفات إليه وإلى تقريره لدينا لا سيما ونحن مقبلون على تطورات علمية لا غنى للطباء عنه فهم بأمر الحاجة إلى التشاور لاسيما في الحالات الخطرة غير انه يكون أمراً لا بد منه إذا طلب المريض أو ذوهه منه ذلك^(١).

ولا يزال الكادر الطبي المتخصص باجراء مثل هذه الاعمال في العراق قليلا الأمر الذي يؤثر بطبيعته على تشخيص حالات العقم علماً أن نسبة العقم في العراق هي حالتان لكل خمس عوائل وهي نسبة مرتفعة كما يبدو لنا^(٢).

ونرى أن لجوء المريض الذي يعاني من العقم إلى طبيب غير متخصص ونشوء ضرر عن ذلك الم به، خطأ من جانب المريض نفسه، إذ أن عليه إن يحدد هدفه منذ البداية وأن يسلك الطريق الصحيح ومع الطبيب الذي يكون ضليعاً في هذه الأنماط من الأمراض فيكون والحالة هذه خطأ مشتركاً بين الطبيب المسؤول والمريض المتضرر الذي شارك بخطئه في إيقاع الضرر به فيكون هنا مجال لتوزيع المسؤولية بينهما على نحو تقررته المحكمة بعد الاستعانة بخبير طبي فإذا تعذر ذلك وزعت عليهما المسؤولية بالتساوي وفقاً لما تقضي به المادة ٢١٧ مدني عراقي .

هذا وقد سار الفقه الفرنسي يتبعه في ذلك الفقه البلجيكي وجاراهما في ذلك القضاء فيهما فذهبوا إلى أن واقعة عدم مراقبة التشخيص وعدم التحقق منه بالتصوير أو التنظير قبل الحكم نهائياً على طبيعة المرض إنما يشكل إهمالاً يلزم بالتعويض إلا إذا كانت هنالك ضرورة تستدعي إجراء عملية مستعجلة لم تسمح باتباع طريقة الفحص بالتصوير المسبق^(٣).

(١) فكل ما تكلمت عنه تعليمات السلوك المهني (ص٣) انه يعد اهمال الاستشارة الضرورية في الوقت المناسب إحدى حالات مسؤولية الطبيب في العلاج، وثبتت الملاحظات التالية : أ- انه حصرها في مرحلة العلاج فقط وقد كان الاولى شمولها جميع مراحل العملية الطبية . ب - يستشف من التعليمات انه يقصد بها الحالات المستعجلة فقط وهو امر غير صحيح . ج- سكنت التعليمات عن حالة ما اذا طلب المريض او ذوهه من الطبيب القيام بهذه الاستشارة.

(٢) منذر البرزنجي، اجاباته عن اسئلة لنا ضمن المقابلة التي اجريناها معه بتاريخ ١٩٩١/٦/٢ سألقة الذكر.

(٣) أشار إليه نزار عرابي، متى وأين تبدأ مسؤولية الطبيب مدنياً وجزائياً، المصدر السابق، ص ٦٣٣.

ولم نعثر على نص في التشريع العراقي يقرر مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص سوى تعليمات السلوك المهني التي اوردت نصا مقتضبا جاء فيه (... انه مسؤول عما يقع من خطأ نتيجة اهمال نتائج الفحص الشعاعي او الفحوص المختبرية المختلفة) .

ونرى أن هذا النص رغم اقتضابه لم يقرر مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص بشكل واضح إذ لا تعدو مسؤوليته عن الفحص الشعاعي أو الفحوص المختبرية هذه إلا أن تكون صورة من بين الصور العديدة التي يمارسها الطبيب حينما يشخص مرض مريضه. ولم نعثر على حكم قضائي يخص الخطأ الطبي في التشخيص بالنسبة للتلقيح الصناعي رغم جردنا لمجموعات المحاكم العراقية والعربية ولقاءاتنا مع القضاة أعضاء محكمة التمييز وهو ما يجعلنا نلجأ إلى القرارات التي صدرت بخصوص التشخيص بوجه عام، ويرى اتجاه في الفقه العراقي انه لا فرق في التشخيص عندما يصدر من الطبيب المختص خطأ أو غلط (١)، إلا أننا نرى أن الغلط في التشخيص يتمثل بحالة الخلط بين حالة وأخرى دون الوصول إلى كبد الحقيقة ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما ذكره (برو وارديل) أن (لوجييه استاذ امراض النساء في جامعة باريس) خلط بين حالة حمل وحالة ورم ليفي في المبيض فعالج الحالة بالوصف الأخير وبعد بضعة أيام حضر (لوجييه) إلى المستشفى متوقعا النجاح فدهش إذ وجد بجانب مريضته ما ظنه ورما يتحرك ويصيح (٢)، فالغلط هو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه (٣) أما الخطأ في التشخيص، فإن الطبيب ملزم بأن يبذل جهودا صادقة يقظة عند علاج مريضه وهذه الجهود تقتضي منه أن يحيط رأيه بجميع الضمانات التي يضعها العلم والفن تحت تصرفه فعليه أن يحصل من المريض على ما يلزمه من المعلومات وان يلجأ لطرق الفحص العلمية كالفحص الميكروسكوبي والتحليل بأنواعها والتصوير بالاشعة كلما كان ذلك لازماً لصحة

(١) حسن الذنون ، نظرات في المسؤولية الطبية ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا للعام

الدراسي ١٩٨٧-١٩٨٨ ، غير منشورة ، ص ٢٩ .

(٢) وديع فرج ، المصدر السابق ، ص ٤٢٤ .

(٣) مادة غلط : باب الطاء - فصل الغين ، القاموس المحيط ، ص ٨٧٨ .

رأيه فإذا أهمل الطبيب اتباع ذلك عد ذلك خطأ يستوجب مسؤوليته لان الخطأ هو ضد الصواب^(١).

أما القضاء فقد ذهب في شأن الغلط في التشخيص مذهبين، ذهب أولهما وقد مثلته المحاكم الفرنسية إلى اعفاء الطبيب من المسؤولية عن اغلاط التشخيص حيث قضت محكمة ليون الفرنسية في حكم حديث لها صدر سنة ١٩٨١ إلى أن (الغلط في التشخيص لا يعد بذاته خطأ جنائياً معاقباً عليه)^(٢).

في حين ذهب الاتجاه الثاني ومثله المحاكم الفرنسية أيضاً إلى تقرير ومسؤولية الأطباء، وهو الاتجاه الذي نؤيده، عن الغلط في التشخيص فقد قضت محكمة باريس في حكم لها صدر سنة ١٩٧٥ إلى أن (الغلط غير المغتفر للتشخيص والاهمال الواضح في استخدام الوسائل الطبية التي يفرضها الفن الطبي يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب)^(٣).

المطلب الثاني

عدم استحصال الرضا^(٤)

لا يقصد بهذا الرضا مجرد الايجاب الصادر من المريض للطبيب الذي كونه العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب^(٥) كما لا يقصد به على انه اساس للإباحة الطبية لدى الرأي استند اليه فريق كبير من فقهاء القانون الجنائي التقليدي^(٦).

إن استقر الرأي فقها وقضاء على ضرورة رضا المريض الحر اثناء العلاج في غير

(١) مادة الخطأ : باب الهمزة، فصل الخاء، القاموس المحيط، ص ٤٩.

(٢) و (٣) في تفصيل ذلك أنظر : محمد اسامة عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٤٦ وبعدها.

(٤) ان الرضا هنا ينحصر في الصور الجائزة شرعاً من التلقيح الصناعي لا الصور غير المشروعة منها .

(٥) حسن زكي الابراشي، المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(٦) ضاري خليل محمود، في الاساس القانوني لإباحة النشاط الطبي، مجلة العدالة العراقية، ع٤، س٤، ١٩٧٨، ص ٥٧٤، علماً أن الرضا لم يعد الآن سبباً من أسباب الإباحة في الافعال التي تمس جسم الانسان .

حالة الضرورة العاجلة على كل عمل طبي او جراحي على درجة معينة من الخطورة يترتب عليه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون استحصال الرضا اللازم^(١) فعدم استحصال هذا الرضا يشكل خطأ طبيا منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة على ذلك .

ولهذا فقد ذهبت محكمة التمييز في العراق في حكم حديث لها الى وجوب اخذ رضا الشخص ابتداء. (فحق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر عن محكمة جنح الكراة ... الذي أدان المدعى عليها (الطبيبة...) وقضى بحبس المدعى عليها (الطبيبة...) سنة واحدة مع ايقاف التنفيذ والحكم على المدعى عليه (الطبيب...) بالغرامة وحيث ان الحكم المذكور قد اكتسب درجة البتات بوقته مع النظر لظروف القضية وعدم ثبوت تناول المدعية (.....) الحبوب التي تشوه الجنين كما ورد ذلك صراحة في خاتمة قرار الادانة لذا كان على المحكمة السير بدعوى التعويض والركون إلى خبراء مختصين لتقديره^(٢) .

فالرضا إذن بمفهومه الأخير أمر بديهي يشترط توافره كي يسبغ على النشاط الطبي مشروعيته فكل عمل طبي يجري على مريض معين لابد من حصول رضاه في غير حالات الضرورة العاجلة وذلك قبل البدء بهذا العمل الطبي، ومع هذا فقد افتى ديوان التدوين القانوني^(٣) إنه (٤- أما بالنسبة لمريضه في كامل وعيتها وتحتاج إلى تدخل جراحي عاجل لانقاذ حياتها ولا توافق على التدخل الجراحي فتعتبر حالتها من

(١) منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشرعية الكويتية ، ع٢، ص٥، ١٩٨١، ص ١٨ - ٢٠.

(٢) تتلخص وقائع هذه الدعوى ان المدعية (م...) ادعت لدى محكمة بداءة الكراة بانها زوجة (الطبيب ...) وقد اسقط جنينها بفعل كل من (الطبيب ...) و (الطبيبة...) عن طريق الاجهاض دون رضاها بحجة تناولها حبوبا تؤثر على سلامة الجنين وتعرضه للتشوه وهي واقعة لا اساس لها وبتخطيط من زوجها (الطبيب ...) للتخلص من الجنين وايقاع الطلاق فطلبت الحكم لها بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي اصابها فقررت محكمة بداءة رد الدعوى بطلب التعويض الا ان محكمة التمييز نقضت هذا الرد واصدرت حكما نثبت مضمونه في المتن، قرار محكمة جنح الكراة المرقم ١٠٧٢/ج/١٩٨٤ - ١٩٨٥ والمؤرخ في ١٩٨٦/٢/١، وقرار محكمة التمييز رقم ٣٦٧/ منقول/ ١٩٨٧ - ١٩٨٨ في ١٩٨٧/١١/٧ (غير منشور).

(٣) مجلس شورى الدولة حاليا .

الحالات العاجلة التي نص عليها القانون وتجيز التدخل الجراحي^(١).

لقد عرف الفقيه الايطالي Grisigni الرضا بأنه الأذن المعطى من قبل فرد أو أفراد لتنفيذ فعل يحرمه القانون الوضعي ويؤدي إلى الاتلاف أو الاضرار بمال أو مصلحة الشخص الذي صدر منه الأذن أو تعريضها للخطر^(٢).

غير اننا نعتقد ان للرضا في هذا النمط من الاعمال الطبية^(٣) معنى خاصاً ودوراً متميزاً اذ ان المقصود به هو موافقة الزوجين على اجراء عملية تلقيح صناعي وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الاجنة ومن هنا يفترق هذا الرضا (الخاص) عن الرضا بالمفهوم الذي قدمناه سابقاً فدور الرضا (العام) ينحصر بموافقة الزوجين (أو احدهما) على مباشرة الطبيب لعمله الجراحي في الكشف عن حالة العقم واسبابها ولكن هذا التدخل قد لا يسفر عن اجراء عملية تلقيح صناعي للزوجين اذ يقتصر الامر على بعض المستحضرات الطبية او تقديم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين وينتهي الامر عند هذا الحد اما اذا اقتضى الامر تلقيحاً صناعياً فانه يستوجب رضا (خاصاً) به .

ونستخلص من كل هذا ان على الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي ان يحصل على رضا الزوجين باجراء هذه العملية كي يكون تدخله والنتائج المترتبة عليه مشروعة ولكننا نعرف ان القانون يمنع المساس بجسم الانسان ويرتب عقوبة على مخالفته^(٤) فيتعين لبحث النطاق القانوني لعمليات التلقيح الصناعي ان نعرض بادئ ذي بدء

(١) بقية فقرات الفتوى الاربع ، انظرها في المجلة الطبية العراقية ، الملحق المهني ، تصدرها نقابة الاطباء ، ع ١ ، ١٩٧٠ ، ص ٢٨ .

(٢) اشار اليه على الجيلاوي ، وهو يرى ان التعاريف التي سيقى لتعريف الرضا انما هي تتعلق بالقانون الجنائي ويقترح تعريفا للرضا هو (الطلب او الاذن الصادر من الشخص المتضرر بارادة حرة حقيقية الى شخص معين للقيام بفعل ضار يؤدي الى المساس بمال او جسم من صدر منه الاذن والذي لاشك في اعتباره خطأ لو انه وقع دون هذا الطلب او الاذن). علي الجيلاوي، رضا المتضرر واثره في المسؤولية المدنية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، ١٩٨٨ ، ص ١٦ - ١٨ ، غير منشورة .

(٣) واقصد التلقيح الصناعي .

(٤) انظر على سبيل المثال المواد : ٤٠٥ - ٤١٩ من قانون العقوبات العراقي .

الحماية الجنائية المقررة لحق الانسان في سلامة جسده فللموضوع صلة (١) وهو ما يقتضي منا تقسيم الكلام هنا وفق الخطة التالية:

أولاً : الموقف الفقهي.

ثانياً : الموقف التشريعي

ثالثاً : الموقف القضائي.

أولاً - الموقف الفقهي:

إن حق الانسان في الحياة هو حق مقرر منذ القدم وعلى الرغم من ان هذا الحق لفرد بالذات فان له صفة اجتماعية غالبية سواء في ذلك اقلنا انه حق للمجتمع إلى جانب كونه حقاً للفرد ام قلنا انه يظل حقاً فردياً ولكن يمتد اليه في كل نطاقه حق للمجتمع في إطار مبادئ التضامن الاجتماعي بحيث لا يجوز لصاحبه التصرف فيه وهذه الصفة الاجتماعية معقدة بالاهمية البالغة للفرد والمجتمع^(٢).

ومن ابرز مظاهر هذا الحق هو حق الانسان في سلامة جسده (٣) وهو مصلحة للمجتمع وللфرد يقرها الشارع ويحميها في ان تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وفي ان يحتفظ بتكامله وان يتحرر من الآلام البدنية^(٤).

إن هذا الحق إذن له عناصر ثلاثة هي ما يلي:

١ - الحق في أن تظل أعضاء الجسم تؤدي وظائفها على نحو طبيعي وكل اخلال بالسير الطبيعي لهذه الوظائف يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم .

(١) نقول هذا الكلام كأساس لمشروعية هذا النمط من الاعمال الطبية في حالة غياب النص التشريعي .

(٢) محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث والدراسات العربية ، بلا سنة طبع ، ص ٤١.

(٣) توفيق حسن فرج ومحمد يحيى مطر، الاصول العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٩، ص ٣٠٢.

(٤) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، المصدر السابق ، ص ٥٧١.

٢ - الحق في الاحتفاظ بكامل اعضاء الجسم كاملة غير منقوصة فكل ما يؤدي إلى الانتقاص من هذه الاعضاء بالبتر او باستئصال جزء منها او احداث تغيير ينال من تماسك الخلايا أو الانسجة او يضعف منها يعد مساساً بسلامة الجسد وتكامله يمنعه القانون ولا يخرج عن دائرة التجريم إلا بفعل سبب اباحة وهو الترخيص القانوني لاجراء هذا الضرب من الاعمال الطبية .

٣ - الحق في التحرر من الآلام البدنية فاي فعل من ضرب او جرح أو أذى يعد مساساً بالحق في سلامة الجسد.

لقد وجد في فقه القانون مذهبان بخصوص مبدأ حماية جسد الانسان ، فلقد ذهب اولهما إلى أن جسم الانسان أسمى من أن يقدر بمال ولقد تأكد هذا المبدأ بصدر قانون اكويليا الشهير سنة ٢٨٧ ق.م حيث ظل الاعتداء على جسم الانسان خارج نطاق قانون اكويليا الجزائي وورد في مدونة جوستينيان أنه (لا يعتبر احد مالكا لجسمه او لاعضاء جسمه) فجسم الانسان أسمى من ان يقدر بمال وبالتالي فإن هذا الجسد لا يدخل في دائرة المعاملات القانونية ولا يجوز ان يقوم بمقابل نقدي (١) في حين ذهب ثانيهما إلى أنه على الرغم من سمو جسم الانسان فان الاعتداء عليه لا يحول دون رده بانجع الوسائل ولذلك ظهر مبدأ حرمة المطلقة لجسم الانسان ومن هذا المبدأ نفسه توصل (جان كاربونييه) إلى ان حرمة الشخص الطبيعي تعني أول ما تعني أن كل شخص له ان يعترض على أي مساس بسلامة جسده ويرفض الخضوع لاجراء تحاليل طبية او عمليات جراحية (٢).

وتظهر الحماية القانونية لجسم الانسان في ثلاث صور:

الصورة الاولى :

حماية جسم الانسان في مواجهة الغير، وتتخذ وجهين، وجه أول ذو طابع وقائي يمنع الغير من الاعتداء على جسم الانسان ايا كانت صورة هذا الاعتداء ووجه ثان

(١) حسام الدين الاهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٣٣.

(٢) رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٣، ص ٥٠٨.

يتمثل في الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء بالزام المقتدي بتعويض الضرر سواء أكان جسدياً أم مالياً أم معنوياً^(١) .

ولكن السؤال الذي يثار بحق هنا يتعلق بالتصرفات على اللجنة (٢) ومدى جواز اجراء التصرفات القانونية عليها وهل تستحق الحماية القانونية باعتبار الانذى موجهها اليها من قبل الغير ؟ علينا ان نستعرض موقف الطب الذي انحصر رأيه في ثلاثة أوجه وكما يلي :

أ - أن الحياة تبدأ من لحظة الاخصاب (الحيوان الذكري مع البويضة الانثوية).

ب - إنه لا يمكن التنبؤ بمعرفة ذلك .

ج - الحياة تبدأ بعد اليوم الرابع عشر من الاخصاب^(٣) .

وفي إطار الشريعة الاسلامية يقول الامام الغزالي رحمه الله (وليس هذا - أي العزل - كالأجهاض والوآء لان ذلك جناية على موجود حاصل وله ايضاً مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وافساد ذلك جناية فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية افحش وان نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً)^(٤) .

ونعتقد ان هذا القول انما ينسجم مع الرأي الطبي الاول القائل بان الحياة تبدأ من لحظة الاخصاب .

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على ان الجنين اذا انفصل كله عن أمه حياً حياة مستقرة فقد بدأت حياته وذكروا علامات لذلك تظهر على جسد المولود في حركاته وسكناته وصوته تدل على تحقق حياته كأن يستهل صارخاً او ان يعطس او يتثائب

(١) رمضان ابو السعود ، ص ٥٠٨ .

(٢) راجع الباب الاول : الفصل الثالث من هذا الكتاب .

(٣) ميلاني فيليبس ، افاق ما بعد الحياة الانسانية ، مقال نشر في صحيفة الصنداي تايمز البريطانية ، عددها الصادر ليوم ٢٦ / ٢ / ١٩٨٩ ، ص ١٠ .

(٤) الامام ابي حامد محمد بن محمد الغزالي ، احياء علوم الدين ، المجلد الثاني ، ط ١ ، ١٣٩٥ هـ ، طبعة مصورة عن طبعة لجنة نشر الثقافة الاسلامية ، ١٣٥٦ هـ ص ١٥٠ .

او يلتقم ثدي أمه أو أن يقبض يده أو يبسطها أو يحرك عينيه أو يتنفس وما إلى ذلك^(١).

إن التقدم العلمي في بحوث الاجنة يبدو انه قد اهمل الجوانب الاخلاقية ولهذا فقد جرت مناقشات طويلة حولها بغية التوصل إلى معيار اخلاقي يحكم عمل هذه البحوث واثمرت هذه الجهود عن تشكيل لجان متخصصة منها :

أ - لجنة وارنك البريطانية وقد تشكلت من اطباء مختصين وقانونيين واعضاء برلمان ورجال دين وسمحت هذه اللجنة اجراء التجارب على الاجنة الناتجة عن البويضات الملقحة الفائضة حتى اليوم الرابع عشر لنمو الجنين^(٢).

ب - وفي فرنسا فقد اتخذ الامر طابعا جدليا فقد اشتد الصراع هناك بين المؤيدين لتشريع قانون حول الاخلاق العلمية والمعارضين له، فالحكومة الفرنسية بصدد اعداد مشروع هذا القانون الذي حرر بطلب من مجلس الدولة الفرنسي غير انها مترددة برفعه إلى الجمعية الوطنية بغية تشريعه حيث تشعر انها امام مهمة صعبة، تلك الصعوبة التي جعلت البعض يفكر في اضافة مادة جديدة إلى الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر سنة ١٩٤٨ لحماية الإرث الوراثي للانسان ولهذا فقد تشكلت (اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الحياة والصحة) التي أكدت في دراسة مهمة نشرت باللغتين الفرنسية والانكليزية تحت عنوان (من الاخلاق إلى العلم) بانه لم يعد ممكنا السماح بتطوير الممارسات الطبية الخطيرة دون رقابة او سيطرة وفي عام ١٩٨٦ عرف الاطباء الذين بلغ عددهم ٣٦ عضواً الجنين بانه (شخص بشري كامن) لا يجب ان تتجاوز مدة الاحتفاظ به اكثر من ثلاث سنوات وطلبوا من الاطباء والباحثين تعليق اية تجربة حتى عام ١٩٨٩^(٣).

(١) هاشم فارس الجبوري، حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة ، ١٩٨٧، ص ٢٢ - ٢٩ ، غير منشورة .

(٢) باتريشيا سبالون، الجوانب الاخلاقية لبعض الاعمال الطبية ، مقال نشر في صحيفة الصنداي تايمز البريطانية، عددها الصادر ليوم ٢٦/٢/١٩٨٩، ص ١٠.

(٣) صحيفة الثورة العراقية في عددها الصادر ليوم ١٥/٢/١٩٩٠، ص ٦. وفي استراليا أيضاً يقول (العالم الان تراونسون) ان السبب في استمرارنا في هذه البحوث هو اننا لم نواجه بآية

الصورة الثانية :

حماية جسم الانسان من تصرفات الشخص نفسه، ذلك إن مبدأ حرمة جسم الانسان يقتضي عدم جواز التعامل في هذا الجسد وكل اتفاق يخالف هذا الحظر يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فحق الانسان على جسده لا يعكس سلطات للشخص على هذا الجسد بقدر ما يعكس تصميم النظام القانوني على حمايته من اعتداء الآخرين ولهذا كانت قدرة الانسان على التصرف في جسده في القوانين المدنية صغيرة إلى ابعد الحدود وتطبيقاً لهذا لا يجوز للشخص ان يتصرف في كامل جسده (١) وتوجد صور عديدة للاتفاقات الواردة على اعضاء من جسد الانسان لا الجسد بأكمله ويمكن ان تتوزع على النحو التالي :

١ - **الاتفاقات المشروعة:** ويقرر الفقه مشروعيتها إما لأنها لا تنطوي على مساس بسلامة الجسد وإما لأنها تستهدف فقط المحافظة على سلامة الجسم كالاتفاق الوارد على شعر الانسان (٢) واجارة الظئر ونقل الدم البشري والاتفاق بين المريض والطبيب على اجراء عملية جراحية ولو ترتب عليها بتر عضو من

اعتراضات ذات قيمة داخل الجهاز الطبي الاسترالي، بل على العكس من ذلك تماماً انهم يشجعوننا على الاستمرار وقد استطعنا تحقيق هدفنا بسرعة كبيرة نسبياً غير انه يعترف بأن هنالك اعتراضاً من جانب الرأي العام الاسترالي على ذلك، والرأي نفسه تقريباً يدور في أروقة الكونغرس الأميركي.

صحيفة الراية القطرية، عددها المرقم ٧١٣ ليوم ١٩٨٢/٤/٥، ص ١٣.

(١) رمضان ابو السعود، ص ٥١١ .

(٢) لقد وقفت الشريعة من الشعر موقفاً حاسماً. روى البخاري ومسلم بسندهما الى ابي هريرة (رضي) عن النبي الاعظم صلى الله عليه وسلم (لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة).

صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣٧٤/١٠، صحيح مسلم ١٠٥/١٤. وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح وقد رواه ابو داود وصاحب سبل السلام. صحيح الترمذي ٢٦٢/٧، سنن ابي داود ٧٧/٤، سبل السلام ١٤٤/٣ ان وجه الدلالة في هذا الحديث أن وصل الشعر بشعر آدمي آخر حرام لا يجوز فعله بدلالة اللعن، والملعون مطرود من رحمة الله تعالى. غير ان للاصحاب من الشافعية موقفاً آخر يبتعد عنه قليلاً. انظره في شرح النووي على صحيح مسلم ١٠٣/١٤ و ١٠٤.

الاعضاء ما دامت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة للمريض^(١).

٢ - **الاتفاقات غير المشروعة:** فإذا كانت الإرادة تنتج أثرها تحقيقاً لمصلحة الغير وإعمالاً لمبدأ التضامن الانساني فانه يعد باطلا التصرف الذي من شأنه ان يؤدي إلى وفاة المتصرف أو جعل موته محتملاً أو يجعل حياته في خطر، فالحياة الانسانية لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق مشروع كالاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص بالتنازل عن قلبه حال الحياة إلى شخص آخر حتى ولو كان يهدف إلى إنقاذ حياة المتنازل إليه^(٢).

٣ - **الاتفاقات التي ثار الجدل حول مشروعيتها :** وقد ثار الخلاف حول مدى مشروعية بعض الاتفاقات التي ليس من شأنها أن يكون لها تأثير على حياة الانسان كالاتفاقات الواردة على النطف الذكورية أو الانثوية التي تفيض عن الحاجة^(٣) واستئصال قرنية العين إذ يظهر في مثل هذه الاتفاقات تعارض بين مبدأ سلامة جسم الانسان وبين مصلحة الغير العلاجية .

(١) رمضان ابو السعود ، ص ٥١٢ . اما فيما يخص الموقف الشرعي من الانتفاع باجزاء الادمي فان الفقهاء المسلمين يفرقون بين حالتى السعة والاضطرار وللتفصيل في هذا الجانب انظر : احمد شرف الدين ، الاحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ص ٩٣ - ١١٩ والمصادر التي يشير إليها.

(٢) مصطفى محمد الجمال وحمدى عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مكتبة مسيرة الحضارة العربية ، بلا سنة طبع ، ص ٤٣ وبعدها .

(٣) من المفيد هنا ان نذكر ان مجلس مجمع الفقه الاسلامي قد اصدر قرارا شرعيا برقم (٥٢) في دورة إجتماعه في جدة للفترة من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار ١٩٩٠ م فيما يلي نصه :

(١- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير ملقحة للسحب منها يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب لتزرع في كل مرة تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة . ٢- اذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية الى ان تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي ٣- يحرم استخدام البويضات الملقحة في امرأة اخرى ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع).

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ص ٢، ٥، ١٤١٠هـ ، ١٩٩٠م ، ص ٢٠٦.

الصورة الثالثة :

حماية جسد الانسان بعد الوفاة، فالحق في سلامة الجسد يمتد أيضاً إلى ما بعد الوفاة في صورة حق الفرد في احترام جثته .

خلصنا من كل ذلك إلى القول ان مبدأ الحرمة المطلقة لجسد الانسان يقتضي امتناع الغير عن المساس بسلامة الجسم ومنع تصرف الانسان بجسمه الا ما كان منها ضرورياً حفاظاً على سلامته وضرورة سير وظائفه بما فيها الجنسية منها سيراً طبيعياً كي يؤدي دوره في الحياة، وقد وجدت هذه المبادئ صدى لها في بعض التشريعات فالمادة الخامسة من القانون المدني الايطالي تمنع كل اتفاق يترتب عليه انتقاص خطير ومستديم بسلامة الجسم والفقرة الاولى من المادة الرابعة من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي تنص على انه (يحرم التصرف الذي بواسطته يتصرف الشخص في جزء او كل جسمه متى كان يجب تنفيذه حال الحياة وذلك متى كان من شأنه ان يؤدي إلى المساس الجسيم والمستديم بسلامة الجسم)^(١)

ولم نجد نصاً مماثلاً لا في القانون المدني العراقي ولا في مشروع القانون المدني الجديد كما اننا لم نعثر على نص مماثل لا في الدستور العراقي ولا في مشروع دستور جمهورية العراق علماً ان هذا المبدأ من المبادئ المهمة التي تحرص الدساتير والقوانين المدنية على تقريرها وايراد الضمانات اللازمة لاحترامها غير ان المشرع العراقي قد نص على حماية اللقب وذلك في المادة ٤١ من القانون المدني باعتباره من حقوق الشخص وأغفل النص على خصائص الشخصية الاخرى كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم والحق في الكيان المعنوي .

ثانياً - الموقف التشريعي :

الأصل أن أي عمل طبي لا يمكن اجراؤه بغير رضا المريض وإذا كانت هذه القاعدة قد استقرت فقها وقضاء فان التشريعات قد عدتها التزاماً يقع على عاتق الطبيب القائم

(١) أشار إليهما حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٧٥، ص ٣٥.

بهذا العمل، وعلى هذا فان الطبيب الذي يجري تلقيحا صناعيا عليه ان يستحصل رضا كل من الزوجين لا احدهما قبل المباشرة باجراء هذا النوع من العمليات .

فقد فرضت المادتان ٢٠٤ لعام ١٩٦٠، ٢٠٣ لعام ١٩٦٢ من مشروع القانون الالماني عقوبة السجن على الطبيب الذي يجري تلقيحا صناعياً دون الحصول على رضا أحد الزوجين وتبنى نفس الموقف مشروع القانون الايطالي^(١) .

وقد أوصى المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي في اب ١٩٦٤ على ضرورة الحصول على رضا كل من الزوجين لاجراء تلقيح صناعي^(٢) .

واذا كان الرضا مشترطاً فإن بعض القوانين قد زادت على ذلك ضرورة الحصول على إذن كتابي من وزير الصحة ففقت المادة السابعة من القانون رقم ٢٤ الصادر في ٣/٣/١٩٧٠ في جمهورية جنوب افريقيا إن التلقيح الصناعي لا يعد مشروعاً الا بعد الحصول على إذن كتابي من وزير الصحة، فالتلقيح الذي يتم دون الحصول على هذا الإذن يعد جريمة طبقاً للمادة ١٥ من نفس القانون^(٣) .

واشترط قانون جمهورية المانيا الديمقراطية (٤) ضرورة تسجيل رغبة الزوجين لا احدهما لانجاب طفل لدى الكاتب العدل ويخبران بأن الطفل المولود بالتلقيح الصناعي يتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها الطفل المتخلق بالطرق الطبيعية وهو بالتالي لا يسمح للأب برفع دعوى في وقت لاحق ينكر فيها ابوته لهذا الطفل كما تنص على ذلك المادة ٦١ من قانون العائلة الالماني في الظروف الطبيعية^(٥) .

كما اشترط الموافقة المسبقة للمريض الذي ستجرى له هذه العملية القانون الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٣/٩/١٩٦٧^(٦) .

(١) اشار اليهما احمد شوقي ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ١٤٢ ، هامش رقم (١) .

(٢) عمر فاروق الفحل ، المصدر السابق ، ص ٢٤٧ .

(٣) اشار اليه ابو خطوة ، ص ١٤١ .

(٤) قبل وحدتها مع المانيا الاتحادية في ٣/١٠/١٩٩٠ .

(٥) LAW AND LEGISLATION IN THE GERMAN DEMOCRATIC REPUBLIC, 1-2 (٥) 1987, BERLIN, P. 42.

(٦) اشار اليه عبد الإله الخاني، المصدر السابق ، ص ٦٠٧ .

ونعتقد أن هذا القانون كان من الأفضل أن يشترط الموافقة المسبقة للزوجين معا قبل المباشرة بالتلقيح الصناعي فتعبير (المريض) فقط الواردة فيه تخالف الاتجاه السائد في التشريعات المنظمة لهذا النوع من الاعمال الطبية التي تشترط موافقة الزوجين معاً، ومع ذلك فقد قدم المجلس الاوروبي التابع لدول السوق الاوروبية المشتركة مشروع قانون لم يستبعد فيه حالة التلقيح الصناعي للمرأة غير المتزوجة الا ان الجمعية البرلمانية للمجلس الاوروبي قد رفضت هذا المشروع في أكتوبر سنة ١٩٨١^(١).

ونعتقد أيضاً أن الزواج بوصفه الوسيلة الطبيعية للنسل هو مقوم مهم من مقومات النظام الاجتماعي والاخلاقي في اي مجتمع وبالتالي فان انجاب الاطفال خارج نطاق الزواج يهدد هذا النظام كلية ، فالطفل يحتاج إلى أب ليس بالمعنى البايولوجي كما في هذا النوع من التلقيح الصناعي ولكن بالمعنى الحقيقي لكلمة (الأب) وبعبارة كان هذا إنذاراً يهدد بالفناء مصير المجتمع البشري^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك فما هو الحكم في العراق ؟

إن هذه القضية من المواضيع الحديثة اذ لا توجد نصوص قانونية تحكم هذا النوع من القضايا فلا مناص لنا الا تطبيق القواعد العامة فقد وجدنا في تعليمات السلوك المهني ان كل عمل طبي يجب أن يكون لمصلحة المريض المطلقة ويجب أن يتم برضاه^(٣) وأن الطبيب يكون مسؤولاً عن عدم الحصول على موافقة المريض في

(١) اشار اليه ابو خطوة ، ص ١٣٨ ، هامش رقم (١).

(٢) لقد اثيرت هذه القضية بالفعل في الاوساط الطبية البريطانية حيث طالبت احدى السيدات البريطانيات بان يكون لها طفل عن طريق التلقيح الصناعي دون وجود اية علاقة جنسية . صحيفة الثورة العراقية في عددها الصادر ليوم ١٦/٣/١٩٩١ ، ص ٨. وقد طرحت مسألة امكانية استخدام المساعدة الطبية في حالة العقم غير الطبي (اي الاجتماعي او السايكولوجي) كما في حالة النساء غير المتزوجات او النساء الشاذات جنسيا وفي غالبية الدول التي طرحت فيها مثل هذه القضية كان الجواب بالرفض مؤكدين (ان حق الحصول على طفل يجب ان يسمح بالمقابل لحق الطفل بالحصول على اسرة طبيعية).

GUY BRIABANT, NEW BIOLOGIES, POPULATION AND HUMAN RIGHTS, PROCEEDINGS OF THE EXPERT GROUP MEETING ON POPULATION AND HUMAN RIGHTS, GENEVA, 3-6 APRIL, 1989-UNITED NATIONS, NEWYORK, 1990 P. 150.

(٣) التعليمات ، ص ٢.

المدخلات الجراحية (١) فلا مناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسع الطبيب ان يتحدى رغبة المريض (٢) وإلا فإن الطبيب يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية عما احدثه من ضرر كما يسأل جنائياً لارتكابه فعلاً محظوراً .

هذا والملاحظ في هذا الصدد ان اتجاهاً برز في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن التلقيح الصناعي يكون مشمولاً بحكم قانون زرع الاعضاء البشرية لأن المنى والبيوض انما هي اعضاء يحتويها جسم الانسان لا غير (٣) ولقد ذهب جانب معين في الفقه العربي إلى مساقرة هذا الاتجاه فقد ذهب رأي إلى القول أن البويضة (٤) هي جزء من جسم المرأة فاذا كان استخراجها لا يضر بصحتها ولا يعرض حياتها للخطر فان العملية تخضع للتشريع الذي يجيز استئصال الاعضاء لغاية طبية أو علاجية (٥) في حين ذهب رأي آخر إلى أن المنى (٦) هو عضو متجدد تلقائياً ولا يترتب على نقله تهديد لحياة المنقول منه (٧) فما مدى صحة هذا الاتجاه ؟

صدر قانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ في العراق لتنظيم زرع الاعضاء البشرية وجاء في الاسباب الموجبة له (لنجاح عمليات زرع الاعضاء وللتطور الحاصل في تلك العمليات ولعدم استيعاب القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ - قانون عمليات زرع الكلى - لتلك التطورات فقد شرع هذا القانون) .

وقد اقر هذا القانون مشروعية زرع الاعضاء البشرية فاجاز للطبيب الجراح الاختصاصي إجراء مثل هذه العمليات متى تحققت مصلحة علاجية راجحة للمرضى والتي تقتضيها ضرورة المحافظة على حياتهم .

(١) التعليمات ، ص٣.

(٢) التعليمات ، ص٥.

(٣) Jacques robert, L'insemination a la Portee de tous, revue du droit Public, 5-1984, p. 1265.

(٤) ويقاس عليها الحيامن الذكرية .

(٥) مصطفى العوجي ، المصدر السابق ، ص ٥١٦ .

(٦) وتقاس عليها البويضات الانثوية .

(٧) عبد الوهاب عمر، التلقيح الصناعي البشري بين الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة البصرة ، مطبوع على الآلة الكاتبة ، غير منشور، ص ٧.

إن هذا الترجيح مقتضاه تفضيل مصلحة المريض على مصلحة المعطي بالمساس بجسمه لاستئصال عضو منه لغرض زرعه في جسم المريض انقاذاً لحياته، فاستبدال عضو مريض أو تالف بعضو جديد سيؤدي إلى انقاذ حياة المريض أو تحسين صحته وهذه المنفعة تفوق الضرر الذي قد يصيب المعطي جراء استئصال عضو منه^(١).

ويشترط القانون لاجل ذلك بعض الشروط التي أجملتها المادة الأولى حيث تقول (يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء للمريض بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم وذلك من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسمياً الذي يعمل فيه شريطة أن يكون المركز معداً لإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية)^(٢).

غير إننا نخالف هذا الاتجاه من ثلاثة أوجه ، أولهما : أن المنى والبيوض لا تعدّان أن عضوين وإنما جزءان يحتويهما جسم الإنسان حالهما في ذلك حال الدم والجلد ولبن المرأة وشعر الإنسان وللدلالة على ذلك نستشهد بما يلي من الأدلة:

١ - جاء في القاموس المحيط أن العضو (بالضم والكسر هو كل لحم وافر بعظمه)^(٣) وليس المنى والبيوض مما ينطبق عليهما تعريف العضو .

٢ - جاء في القاموس الالفبائي والتحليلي لـ (بول روبرت) إن المعنى البايولوجي لمصطلح العضو قد استقر منذ القرن الخامس عشر بمعنى وسيلة العمل الآلية أي أنها مجموعة عناصر خلوية مختلفة ومنسقة قادرة على إملاء عمل محدد علماً أنها مشتقة من كلمة Organon اليونانية^(٤) ومن المفيد أن نذكر أن تعريف العضو قد خلت منه التشريعات المنظمة لزراعة الأعضاء البشرية^(٥).

(١) جابر مهنا شبل، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، ١٩٩١، ص ٩٧، غير منشورة.

(٢) انظر نص المادة (١) من القانون .

(٣) القاموس المحيط - باب الواو والياء - فصل العين ، مادة العضو ، ص ١٦٩٢.

(٤) Terfve (A.) : rapport sur le corps Humain et les actes juridiques en droit belge, in travaux de L'association Henri Capitant, Sur Le Corps Humain et Le droit (journée Belges) Tome XXVI, 1975, p. 191.

(٥) باستثناء قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧، (٢م) التي تعرف العضو بأنه (أي عضو من أعضاء الجسم أو جزء منه). ونرى أن المشرع الأردني ربما لم يكن دقيقاً في تعريفه فهو يعرف العضو بأنه عضو وبالتالي فهو أشبه بمن

٣ - إن المتتبع الدقيق لبعض أقوال الفقهاء المسلمين يدرك أنهم فرقوا بين العضو والجزء وطبقوها على بعض الاجزاء المشار اليها آنفاً، من ذلك مثلاً أنه (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم لا مبتذل، فلا يجوز ان يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً)^(١).

وجاء أيضاً أنه (فاما بيع لبن الادميات فقال احمد اكرهه، واختلف اصحابنا في جوازه فظاهر كلام الخرقى جوازه لقوله - وكل ما فيه منفعة - وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ومذهب جماعة من اصحابنا إلى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه جزء من آدمي فاشبهه سائر أجزائه)^(٢).

ثانيهما: ان التصرف ايا كان الشكل الذي اتخذه في المني او البيوض على غير مقتضى الشرع يؤدي إلى منافاة المقصد الشرعي المتمثل بحفظ الانساب من الاختلاط حيث يؤدي إلى تكوين النسل عن غير طريق الزواج^(٣) وهو ما يتحقق في صورة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب المختص والمتمثل بخلط الانابيب ببعضها^(٤).

ثالثهما: الذي يطلع على الاعمال التحضيرية لقانون زرع الاعضاء البشرية يجدها تنص (إن مسودة مشروع قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية اعدت من قبل وزارة الدفاع وتضمنت ست مواد ومما جاء في الاسباب الموجبة (إن نجاح عمليات زرع الاعضاء وللتطور الحاصل في تلك العمليات ولعدم استيعاب القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ لتلك التطورات فقد شرع هذا القانون). وعرض المشروع من قبل الجهات العليا على وزارة الصحة لبيان الرأي بصدد، وقامت الوزارة بتشكيل لجنة من اطباء

يعرف الماء بالماء ، كما عرفه قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي (رقم ١) بجدة في جلسته الرابعة لعام ١٩٨٨ الذي ذهب في تعريفه اياه بانه (أي جزء من الانسان سواء كان متصلاً به او منفصلاً عنه).

(١) علي بن ابي بكر المرغنياني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مطبعة المصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، ١٣٥٥هـ، ٣/٣٤.

(٢) الامام موفق الدين ابن قدامة على مختصر الامام ابي القاسم الخرقى، المغني ويليهِ الشرح الكبير طبعة جديدة بالافسيت، ١٤٠٣هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ٤/٣٠٤.

(٣) للاستزادة انظر: محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالاعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية ، مجلة الحقوق الكويتية ، ع ٣، س ١٢، ١٩٨٨ ، ص ٥٠ وبعدها .

(٤) سناتي على ذكرها قريباً .

اختصاصيين لهم الخبرة في مجال زرع الاعضاء وتدارست اللجنة مواد المشروع وأوصت باجراء تعديلين اولهما : على الفقرة ج من المادة الثانية. فقد كان نص الفقرة قبل التعديل كالآتي:

(المصاب بالموت الوظيفي - موت الدماغ حسب تخطيط الدماغ - في حالة موافقة أحد اقاربه الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية) فاضيف إليها عبارة (على ان تشكل لجنة من ثلاثة اطباء اختصاصيين بضمنهم طبيب اختصاصي بالامراض العصبية وعلى ان لا يكون من بينهم الاختصاصي المنفذ للعملية) والغرض من هذه الاضافة هو عدم التسرع في عملية اخذ العضو من المصاب بالموت الوظيفي قبل فقدان الامل في شفائه ، ومنع الجهة المستفيدة من اتخاذ القرار قبل اوانه وكل هذا في مصلحة المصاب . ثانيهما : تعديل المادة الثالثة من المشروع حيث نصت على أنه (يمنع بيع وشراء الاعضاء سواء كان البيع والشراء بين المريض المشتري وبين صاحب العضو البائع أو تم البيع والشراء بواسطة شخص ثالث) واصبح النص بعد اجراء التعديل عليه من قبل اللجنة كالآتي (يمنع بيع وشراء الاعضاء باي وسيلة كانت ويمنع الطبيب الاختصاصي من اجراء العملية عند علمه بذلك) ومما جاء في اسباب التعديل والاضافة هي (منع سوء استعمال اعضاء جسم الانسان والمتاجرة بها عن طريق البيع ومنع الطبيب الاختصاصي من اجراء عملية الاستئصال أو الزرع في حالة معرفته بكيفية الحصول على العضو بطريق البيع والشراء وإلا تعرض للمسؤولية بفرض العقوبات المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون)^(١).

ويتضح بعد قراءة الاعمال التحضيرية التي تعد من الوسائل المهمة في إزالة غموض النص القانوني بعد تشريعه، إن المشرع لم يكن يقصد غير الاعضاء لتنظيم مشروعية نقلها من شخص لآخر لا الأجزاء، ومن هنا تبدو الحاجة ماسة لوضع تشريع خاص ينظم عمليات التلقيح الصناعي لعدم انطباق الاحكام التي ينظمها هذا القانون على التلقيح الصناعي .

وإذا كان الرضا لازماً فإنه يجب أن يصدر أيضاً عن ارادة حرة خالية من أي عيب من عيوب الارادة التي نظمها القانون المدني كالاكراه والغلط والتغريير مع الغبن

(١) اشار إليها جابر مهنا شبل ، رسالته للدكتوراه ، ص ٩٦-٩٧.

والاصل أن الرضا الصادر من الزوجين ليس له صورة معينة يفرغ فيها فقد يصدر ضمناً وقد يصدر صريحاً بالقول أو الكتابة وليس للكتابة صورة معينة يفرغ فيها فقد تكون بخط اليد أو مطبوعة على الآلة الكاتبة ولكن يتعين في الكتابة أن تكون بعبارات تدل بذاتها على الرضا. وقد جرى العمل في العراق على اشتراط موافقة المريض الخطية أو تثبيت توقيعه على الأوراق الخاصة بـ (طبله المريض) غير أن هناك بعض الصيغ الشكلية تتبعها بعض المراكز المعنية بالتلقيح الصناعي في العراق^(٢) ويقع على عاتق الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي عبء اثبات وجود الرضا بتقديم الأدلة الكتابية التي تدل على وجود هذا الرضا^(٣).

(١) انظر نص المواد ١١٢ - ١٢٥ من القانون المدني العراقي، ونعتقد انه من الممكن لبعض هذه العيوب كالاكراه ان يكون لها تطبيقات في مجال التلقيح الصناعي غير انه من الصعب تصور تطبيقات بالنسبة للعيوب الأخرى.

(٢) تأكيداً لما نقول نرى من اللازم أن نذكر الصيغة الشكلية المعتمدة في مركز زرع الاجنة في مستشفى بغداد التعليمي التابع لمدينة الطب:

م/ موافقة اجراء عملية طفل الانبوب
 اني السيد (٠٠٠) وزوجتي السيدة (٠٠٠) نوافق كلينا على اجراء عمليات الاخصاب الخارجي ونقل الاجنة كما اننا متفهمان ومطلعان وموافقان على النقاط التالية :
 أ- لا يوجد ضمان لنجاح العملية اذ ان نسبة النجاح لا تتجاوز ١٠ - ١٥٪
 ب - توجد مضاعفات محتملة لعملية تنظير البريتون او استخراج البويضات
 ج - يوجد احتمال حدوث تشوه جنيني .

د - الفحوصات اللازمة لاستكشاف احتمالات التشوه الجنيني تستخدم حسب توفرها .

- التوقيع	- التوقيع
اسم الزوج	اسم الزوج
العنوان	العنوان
التاريخ	التاريخ
- التوقيع	- التوقيع
اسم الشاهد الثاني	اسم الشاهد الاول
العنوان	العنوان
التاريخ	التاريخ

(٣) بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها على انه يقع على المريض عبء اثبات قيام الطبيب باجراء العلاج دون رضاه . اشار اليه احمد شوقي ابو خطوة ، ص ١٠٥ . وانظر: الانتقادات التي وردت عليه في رحاب الفقه الفرنسي ، المصدر ذاته ، الصفحة ذاتها .

ثالثاً - الموقف القضائي :

على الرغم من ندرة الاحكام القضائية الصادرة في موضوع التلقيح الصناعي وعلى الرغم من أن جميعها قد صدر في دول الغرب ويتناول الموضوع بوجه عام غير أننا استطعنا أن نجد بعضاً من هذه الاحكام تتحدث عن الرضا أو بمناسبته ويمكننا تلمس اتجاهين في هذا الجانب وبالشكل الآتي:

الاتجاه الاول :

قالت المحكمة المدنية في بورود وفي حكم قديم لها صدر عام ١٨٨٣ في قضية تتلخص وقائها ان طبيباً رفع دعوى للمطالبة باتعابه مقابل قيامه باجراء عملية تلقيح صناعي عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته وكان الزوجان قد اقاما دعوى تعويض فرعية على أساس ان هذا التدخل لم يسفر عنه اي نتيجة وقد رفضت المحكمة طلب الطبيب وقضت (ان الطبيب الذي قام بهذا التلقيح إنما قام بعمل غير مشروع نظراً لان هذه الطريقة ليس من شأنها معالجة أسباب العقم لدى الرجل او لدى المرأة لكي يكونا صالحين للانجاب وإنما من شأنها أن تعاون في فعل الانجاب نفسه وانجازه في المكان الأكثر حشمة فاصبح الطبيب وسيطاً بين الرجل والمرأة مستخدماً وسائل اصطناعية يستقبحها القانون الطبيعى ...) ^(١).

وفيما يخص رضا الزوج بهذا النوع من التلقيح قالت المحكمة (وانه من كرامة الزوج الا تنقل أمثال هذه الوسائل من نطاق العلم إلى مجال التطبيق) ^(٢) . وقد كان رضا الزوج محلاً لحكم آخر نطقت به محكمة استئناف ليون صدر بتاريخ ٢٨/٥/١٩٥٦ مؤكدة النهج السابق في رفض أمثال هذه الطرق للانجاب فقالت (إن عجز الزوج جنسياً لا يبرر الحاح زوجته عليه اللجوء إلى تلقيحها منه اصطناعياً لاشباع غريزة الأمومة فيها لأن موافقته على ذلك ضعف في طبيعته نشأ عنه قبوله بهذه الوسيلة المينة لكرامته) ^(٣).

(١) PHILIPPE LE tourneau, Les Conditions generales de La responsabilite medicale en droit Prive, 1976, Paris, p. 102-103.

(٢) Philippe Le tourneau, op. Cit. p. 102.

(٣) دالوزدوري لعام ١٩٥٦، نقلاً عن عبد الوهاب حومد، ص ٢٨٤.

ونعتقد أن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في هذا الصدد قد يكون غير متوازن إذ أن الحكمين الفرنسيين بالرغم من طول المسافة الزمنية التي تفصل بينهما فإنهما يدوران في اتجاه واحد، وفيه بعض القسوة، إذ قد يكون السبب فيما ذهب إليه القضاء الفرنسي هو المحافظة على كيان الأسرة ومنع تدهمها وهو أمر لا يعترض عليه أحد ولكن الرغبة في انجاب الولد هو الآخر أمر تحبذه الشرائع والقوانين ومنها الشريعة المسيحية التي تدين بها فرنسا خاصة وأن الطلاق ممنوع لدى الكاثوليك ولهذا فإن الزوجين سيكونان في مأمن منه، فهؤلاء الأطباء المتخصصون في هذا الجانب بما وهبهم الله تعالى من علم قد استغلوا الامكانيات التي خلقها الله تعالى وتصرفوا في حدودها ولم يخرقوا نوااميس الطبيعة كما جاء في حكمي القضاء الفرنسي كما انه لا يعتبر عملا مضادا لقدسية الزواج ولا اخلاقيات مادام الامر يجري في حدود تلقيح المرأة بمني زوجها فما الضرر في ذلك مع ضرورة اتخاذ الاحتياطات اللازمة لاسيما وأن الهدف من ذلك نبيل ألا وهو انجاب الولد؟

الاتجاه الثاني:

يمثل هذا الاتجاه موقف قضاء ولاية نيويورك الاميركية الذي ذهب في حكم له في الخمسينات إلى أن اجراء التلقيح الصناعي لا يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة^(١).

غير اننا استطعنا العثور على بعض الاحكام القضائية الحديثة في فرنسا تخص الأم الحاضنة فقد اصدرت محكمة استئناف باريس في أكتوبر ١٩٨٨ حكما مهما منعت بموجبه مثل هذا (العقد) (٢) لمخالفته قواعد النظام العام غير انها عادت بعد ذلك فاجازت هذا (العقد) في حزيران ١٩٩٠ حيث سمحت بتبني اطفال انجبوا من طرف امهات حوامل بالنيابة إذ سمحت لأم اليز (سنتان) بالنيابة وأم ماري (سنتان) أن تتبنا هاتين الطفلتين بالشروط التالية:

١ - أن يكون الرضا حراً .

٢ - ألا يكون ذلك لاهداف مادية.

(١) وهو ما يفهم منه مشروعية رضا الزوجين على اجراء هذا النوع من التلقيح الصناعي.
roger nerson, Les Progres scientifiques et L'evolution du droit familial melanges ri-
pert. I.P. 403.

(٢) اي اجارة الارحام.

وأعلن القضاة أن هذا يدخل في صلب الممارسة الطبيعية لحقوق الإنسان الذي لا يحده سوى حرية الآخرين الذين لهم الحق بالتمتع بنفس الحقوق^(١).

غير أن المسألة الأكثر إثارة هي تلك الناجمة عن تجميد الأجنة وحصول الفرقة بين الزوج وزوجته بعدئذ سواء اكانت الفرقة طلاقاً أم وفاة.

إن هذه المشاكل أفرزتها التطبيقات العلمية غير المنضبطة وكانت نتيجتها أن وقع القضاء في بعض هذه الدول التي عرضت فيها أمثال هذه القضايا في حيرة لا يدرى ماذا يصنع لوجود ثغرات قانونية ، والقاضي ملزم بالفصل في أمثال هذه الدعاوى .

ومن أبرز القضايا في هذا الصدد ما عرض أمام المحكمة العليا لمدينة كرييتيل الفرنسية^(٢) وقد تركزت المناقشات داخل قاعة المحكمة على بعض المسائل الجوهرية ونعتقد أن من الأهمية بمكان الإشارة إليها مع إجراء مناقشة لها^(٣) وعلى النحو التالي:

١ - الطبيعة القانونية للحيامن :

ففيما يخص هذه المسألة أكد (لومبا رد محامي السيدة كورين) أن الحيامن ليست جزءاً من جسد الإنسان كما أنه ليس له أي وجود مدني إلا خارج الجسم فهو ليس عملية اخراج من الجسد واعطائه من بعد إلى مركز (سيكوس) للاحتفاظ به كشيء وإن المركز لم يقدم خدماته الطبية للحفاظ عليها كأيّة دعيّة مصرفية ولهذا يجب رد هذه

(١) - GUY BRAIBANT, OP. Cit, P. 173.

(٢) للتعرف على ظروف القضية التي وصفت بأنها معقدة ومؤلمة نورد ملخصاً لها: في سنة ١٩٨١ تقابل (الآن) مع (كورين) وتحابا ورغبا في انجاب طفل ولسوء الحظ كان (الآن) مصابا بسرطان في اعضاءه الجنسية وكان العلاج صعبا وثقيلاً مما جعله عقيماً وقد وضع (الآن) حيامن منه في مركز للدراسة والحفاظ على الحيامن يدعى سيكوس Cecos في منطقة (بيسنز) الباريسية غير أن المرض قد عاوده بقوة بعد تحسن طفيف ولهذا فقد قرر الزواج فتزوجا في كانون الثاني ١٩٨٣ غير أن الرجل مات بعد بضعة ايام من الزواج فرغبت (كورين) بانجاب طفل فطالبت المركز بحيامن زوجها المحفوظة والمجمدة لديه غير أن المركز رفض ذلك مما حدا بالسيدة (كورين) أن ترفع دعوى ضد المركز تطالب معها باستعادة حيامن زوجها وقد احدثت هذه القضية ضجة في الاوساط الطبية والقانونية والقضائية لعدم وجود نص في القانون الفرنسي يحكم هذه الحالة .

Jacques Robert, Op. CIT, p. 1271.

(٣) بقدر تطوع الامر بموضوعنا.

الحيامن أو تسليمها إلى الورثة عند موت صاحبها ولهذا لا يحق للمركز الاحتفاظ بهذه الحيامن وإنما يجب عليه اعادتها إلى الورثة لانه مؤسسة ايداع فقط .

غير أن هذا التفسير قد رفضته (بالي فنسنت محامي مركز سيكوس) مستندة في رفضها على أن أجزاء أو ناتج الجسم البشري لا يمكن معاملتها معاملة العقارات والاشياء لان قوانين جسم الانسان من اعضاء ودم وحيامن لا يمكن دمجها مع قانون الاشياء والاموال فالجسد ليس ملكا للشخص كما ان الحيامن التي تمتلك القدرة الخارقة لاعطاء الحياة ليست شيئاً ثم ان الورثة ليسوا شركاء في الجسم حتى يمكن وراثته .

وإذا كنا نشاطر (السيدة فنسنت) رأيها في ان الانسان ليس مالكا للجسد فملكيتها لا تعدو حق المنفعة فقط وان الرقبة لله سبحانه وتعالى فإن اتجاها قويا مثله Guy Braibant في دراسته (٢) يذهب فيه إلى انه من الضروري بمكان التمييز بين الاشخاص والاشياء والسلع فمن جهة على الاشخص الاحتفاظ باعضاء اجسامهم وذلك في الفترة الممتدة بما قبل الولادة وحتى الموت ومن جهة أخرى هناك اشياء تعود إلى جميع الناس كالهواء الذي نتنفسه وتلك السلع التي يعود نفعها لجميع أفراد المجتمع ونسأل ما مدى اتفاق هذا الاتجاه مع الرأي السابق؟

أما فيما يخص العقد الذي وقعه (الآن) مع مركز (سيكوس)، تضيف السيدة فنسنت، فإنه لم يكن عقد وديعة بل انه عقد خاص جدا يشبه العقد الطبي ، وإذا كنا نشاطر (السيدة فنسنت) رأيها انه لا يعتبر هذا التصرف عقد وديعة (٢) الا اننا نتساءل ما هي هذه الخصوصية التي يتسم بها هذا (العقد) كي تسوغ لنا تشبيهه بالعقد الطبي؟ فهذه الآراء تمثل نوعا من المصادرة على المطلوب، فالغربيون يتحدثون عن

OP. CIT, P. 153. (١)

(٢) تنص المادة ٩٥١ من القانون المدني العراقي (الايداع ، عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم الا بالقبض) . فعقد الوديعة يتسم ببعض السمات من بينها ان المودع يسلم للمودع اليه شيئا لا يجوز للأخير أن يستعمله أي أنه لا ينتفع بالعين المودعة حيث يلتزم برد الشيء المودع بالذات حين ينتهي العقد أي أن ملكية الشيء لا تنتقل وجل ما يقوم به المودع لديه هو ان يقوم بعمل هو حفظ هذا الشيء لقاء أجر معلوم .
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الاول العقود الواردة على العمل، ١٩٦٤ ، دار احياء التراث العربي، ص ٦٨١ - ٦٨٤.

رفض تشبيهه هذه التصرفات بعقد الوديعة ، ومن قال أنه كذلك ! (والمهم في هذا إننا قبل أن نتحدث عن تكييفه القانوني علينا أن نجيب عن سؤال مهم وهو هل يجوز التصرف أساساً في الحيامن والبيوض كي نذهب بعد ذلك إلى تشبيهه بالوديعة ؟ هذا ما لم نجده في ثنايا حكم هذه المحكمة وأخال أن عدم الاجابة عن هذا السؤال الجوهرى يجعلنا ندور في متاهات البحث في القوانين النافذة وهي المخصصة اكثرها للاموال واعتقد ان ايا منها لا يستطيع الاجابة عن هذا السؤال .

وتضيف (السيدة فنسنت) في رفضها تكييف هذا (العقد) انه وديعة بأن الاطباء ليسوا بمصرفيين يحفظون الاموال ، انهم معالجون يقبلون الحيامن بهدف علاجي هو معالجة العقم ثم تختم مرافعتها بالقول (كنا ملزمين بمعالجة العقم غير انه بموته توقفت كل واجباتنا تجاهه).

٢ - أين تكمن مصلحة الطفل المولود :

وفيما يخص هذه المسألة حاول محامي (السيدة كورين) أن يوضح أن الطفل المولود سيكون سعيداً لانه سوف يجد المحبة والعطف من قبل أمه وجديه وان الاب لن يكون غائباً غير ان (السيدة فنسنت) ردت بالقول إن إرجاع الحيامن معناه القول بان يولد الطفل دون أب ونحن نعرف مدى ضرورة وجود الوالدين للتربية والنمو العاطفي للطفل ولاخلاقيات الاسرة مركزة على ضرورة تبني المراكز الطبية للمبادئ الاخلاقية اثناء عملها حيث قالت وهو ما تؤيده (الاطباء اليوم مطالبون بجملة مطالب فماذا يقول الاطباء بالاخصاب من نساء سحاقيات - أي شاذات جنسياً - أو رجال تحولوا إلى نساء بعد عملية تحويل للاعضاء الجنسية والتي استحالت ممارسات فظيعة).

٣ - ماذا يقول النائب العام في هذا الموضوع :

أكد النائب العام من جهة ان الحيامن ليست شيئاً عادياً فهي ليست بالعقار حتى يكون ارثاً لانه يحمل الحياة فهو الوسيلة الاساسية للشخص يمارس من خلالها حريته في منح الحياة اولاً ، ولا نسلم بدقة هذا الرأي فالحياة هي من عند الله العزيز

الحكيم غير انه عاد فخفف من حدة اتجاهه بالقول أن استعمال الحيامن بعد الموت مرتبطة بإرادة الشخص المعلنه قبل وفاته وذلك باستعمال حيامنه او لا وذلك بقصد الانجاب ولعله في هذا اراد القول بجواز الوصية في الحيامن وهو ما يجعلنا نعيد السؤال عن مدى جواز التصرف القانوني بالحيامن ابتداء ؟ ولكن هل يجوز استعمال الحيامن من وارثيه عكس رغبته ؟ يقول النائب العام (بدون اي تشدد من قبلي فإنني أطلب أن تكون رغبة الشخص للانجاب بعد وفاته واضحة لا لبس فيها ويجب أن تكون هناك دلائل واضحة على ذلك وليس مجرد مزاعم فقط) .

غير أن المحكمة اصدرت حكمها في ١٩٨٤ / ٨ / ١ بإرجاع الحيامن إلى (السيدة كورين) وبما أن مركز (سيكوس) لم يستأنف الحكم ولم يعارض النائب العام فقد اصبح الحكم باتا وعللت المحكمة حكمها (بأن رغبة الميت في الانجاب بعد وفاته قائمة وادارته واضحة في ان تنجب زوجته طفلا في حياته أو بعد وفاته) غير أن المحكمة أوضحت في حكمها (أن القوانين التي تنظم عقد الايداع كما ينص القانون المدني الفرنسي لا تنطبق هنا لان الشيء المودع ليس ما لا ولا يمكن التعامل به تجاريا إنما هو شيء يعطي الحياة وجعل لإنجاب إنسان والعقد الخاص بمركز سيكوس كان ينطوي على الاحتفاظ بالحيامن المودعة ثم إرجاعها إليه أو إلى زوجته)^(١) .

(١) Jacques Robert, OP. Cit, P. 1270-1272.

وفي الولايات المتحدة الاميركية كانت قضية الشابين المتزوجين (جي آرماري سو) في احدى قرى منطقة (التنسي) الزراعية في شباط عام ١٩٨٩ قد اثارت ضجة قانونية فقد قرر الوالد ان يضع سبعة اجنة في بنك متخصص لحفظها حتى وقت الحاجة اليها نظرا لانشغالها باداء الخدمة العسكرية غير ان الحياة الزوجية بينهما قد ساءت فاتفقا على الطلاق وقررا اقتسام ممتلكات الزوج المنقولة وغير المنقولة ولكن حصل الاختلاف حول مصير الاجنة المجمدة . لقد اعتبرت هذه القضية مشكلة قانونية طلب فيها القاضي المختص التأجيل عدة مرات نظرا لوجود ثغرة في قانون العائلة الاميركي .

اطفال الانابيب وفوضى التلقيح خارج الرحم، هيئة تحرير مجلة اخبار العالم الاسلامي، المملكة العربية السعودية ، ع ١١٥٧ ، ١٢ شباط ، ١٩٩٠ ، ص ١١ غير أن المصدر الذي نقلنا عنه هذه الواقعة لم يعطنا من التفاصيل غير ما ذكرنا مما يتعذر معه ان نجري حوارا معه كما فعلنا مع حكم محكمة كريستيل الفرنسية وبهذا نكتفي. اما بخصوص الموقف الشرعي فاننا سبق ان عالجناه فليراجع.

الفرع الثاني

الخطأ الطبي أثناء إجراء التلقيح الصناعي وبعده

إن المرحلة التي تعاصر وتلي إجراء التلقيح الصناعي مرحلة متعددة، متشعبة الجوانب لا يمكن تناولها بالبحث كلها ولذا سينحصر هذا النوع على بحث خطئين طبيين نرى أنهما الأكثر صلة والأعمق أهمية بموضوعنا وعليه ينقسم هذا الفرع إلى مطلبين وهما ما يلي :

المطلب الأول : خلط الانايب ببعضها .

المطلب الثاني : الخطأ في الرقابة .

المطلب الأول

خلط الانايب ببعضها

قد يرتكب الطبيب القائم بهذه العملية او مساعدوه خطأ طبيا يتمثل بخلط الانايب بعضها ببعض البعض الآخر، كأن يقوم الطبيب بخلط انبوب يحتوي على حيامن ذكرية مع انبوب اخر يحتوي على بويضات انثوية تعود لامرأة اخرى ليست زوجته او بالعكس وذلك عند مباشرته إجراء مثل هذه العملية ^(١) .

إذ أن من أهم الواجبات على الطبيب (٢) اتباع الاصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبياً وبهذا تقضي المادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي أنه (١ - لا جريمة إذا

(١) نظرت محكمة تولوز الفرنسية بتاريخ ١١/١/١٩٦٠ في قضية طبيب نقل دما غير متوافق مع دم المريض المنقول اليه وهذا مخالف لاصول الفن الطبي نتيجة لاختلاط الزجاجات التي تحتوي دما بشريا من مجموعات مختلفة وهذا مخالف لواجبه في الحيلة والتبصر فهنا اختلط الاهمال في اختيار الزجاجاة المناسبة بالاهمال في عدم التحقق من توافق محتوى هذه الزجاجاة مع دم مريض .

اشار اليه احمد شرف الدين، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، ١٩٨٦، مطبعة ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويت، ص ٥١ هامش ٩٧.

(٢) لاسيما في هذا النوع من الاعمال الطبية.

وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر إستعمالاً للحق. ٢ - عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن ...)، لأن المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ حيث لا مسؤولية جنائية دون خطأ كما يلزم وجود صلة سببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية كشرط أساس لقيام المسؤولية الجنائية التي ترتب عقاباً على الفاعل المدرك لفعله (فركن الخطأ من الأركان المهمة في الجرائم غير العمدية الذي يعد أساس المسؤولية الجنائية فيها حيث بانعدامه لا يسأل الفاعل اذ قد يكون فعله رغم نتائجه مباحاً مبرراً قانوناً ، والخطأ هو ان لا يتخذ الفاعل في سلوكه الاحتياط الكافي الذي يجب على الشخص الحريص المتبصر اتخاذه لمنع ما عسى ان يترتب على سلوكه هذا من نتائج ضارة بالغير ...) ^(١).

ويرى الفقه الجنائي ان الخطأ الجنائي اما ان يكون ارادياً او غير ارادى ، فالخطأ الارادى هو ذلك الخطأ الذي يحدث نتيجة لاتجاه ارادة الفاعل نحو ارتكابه وينصهر ضمن مفهوم القصد الجنائي أما الخطأ غير الارادى فهو يحدث نتيجة اهمال او قلة احتراز او عدم مراعاة للقوانين والانظمة ^(٢)، وأن كنا نذهب الى أن الخطأ لا يوصف بأنه ارادى او غير ارادى .

ويترتب على قيام المسؤولية الجنائية قيام المسؤولية المدنية فيمكن للمتضرر رفع دعواه للمطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب أمام المحكمة المدنية أو أمام محكمة الجزاء المختصة كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجزائية ^(٣).

ان الجزاء الجنائي يقوم عند وجود خطأ جنائي ولهذا فهو أخص من الخطأ المدني

(١) من حكم لمحكمة ابو ظبي بدولة الامارات العربية المتحدة ، تاريخ القرار ٢٦ / ٢ / ١٩٨٨ ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد الثالث ، نيسان ، ١٩٨٩ ، ص ٩٩.

(٢) مصطفى العوجي ، المصدر السابق ، ص ٣٩.

وقد تكلم قانون العقوبات العراقي عن القصد الجرمي في المادتين ٣٣-٣٤ وخصص المادة ٣٥ للخطأ التي جاء فيها : (تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالاً او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر).

(٣) انظر نص المواد ٩-٢٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ النافذ .

وأن الفعل الذي يعد خطأ جنائيا قد يعد في الوقت ذاته خطأ مدنيا وقد لا يعد كذلك ^(١)

وما دامت ليست هنالك وحدة بين نوعي الخطأ (الجنائي والمدني) فانه من الممكن تصور قيام مسؤولية مدنية رغم ان الفعل المرتكب قضي فيه بالبراءة ولكن في كل مرة تقوم مسؤولية جنائية تقوم مسؤولية مدنية وتطبيقا لهذا حكمت محكمة التمييز في العراق (وجد أن الحكم المميز غير صحيح ذلك لان المحكمة استندت في حكمها المميز الى نص م ٥٠٤ من القانون المدني ^(٢) في حين ان المادة ٢٠٦ من القانون المدني بفقرتها الثانية نصت على أن المحكمة تثبت في المسؤولية المدنية وفي مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية أو بالحكم الصادر من محكمة الجزاء وعليه فان الحكم الجزائي القاضي بالافراج عن المميز عليه لا يلزم المحكمة المدنية بما قضى فيه من الناحية الجنائية ولها ان تقضي على الفاعل بالتعويض ضعلى اساس الفعل الضار بعد أن تثبتت من وقوعه من قبل الفاعل وتحدد مقدار التعويض على أساس ذلك حسب الاصول) ^(٣).

ويتصور الفعل الضار في هذا النوع من الخطأ بالالام المعنوية التي المت بالزوجة وزوجها نتيجة نسبة من لا ينتسب اليهما صدقا وحقا .

ان البحث في هذه الصورة من الخطأ تثير مشكلتين بارزتين اولهما : ماذا لو تم هذا الخلل برضا الزوجة نفسها فهل يعتبر هذا جريمة زنا الزوجية التي يعاقب عليها قانون العقوبات ؟

(١) محمد مختار القاضي ، اصول الالتزامات في القانون المدني ، القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥١ ، ص ٢٠٨ - طلبه وهبة خطاب ، المسؤولية المدنية لناقل الاشخاص بالمجان ، دراسة قضائية مقارنة ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥٦-٢٥٧ - حميد السعدي، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي في ضوء الاجتهادات القضائية من المحاكم العراقية والفرنسية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٥٨٧-٥٨٨.

(٢) حاليا نص م ١٠٧ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٣) قرار تمييزي رقم ٤٨٧/حقوقية/٦٥/تاريخ ٢٧/٧/١٩٦٥ ، قضاء محكمة التمييز. المجلد الثالث، مطبعة الارشاد، بغداد ١٩٦٩ ، ص ٥٨. قرار آخر ٦٣٢/م/٣٣ بتاريخ ٢٥/٩/١٩٧٣ انظر مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي، ص ٢٧١ (المبدأ ٨٥) ، قرار آخر ٢٠٨١/م/٤/١٩٧٥ بتاريخ ٢/٥/١٩٧٧ ، انظر مجموعة المشاهدي ، ص ٢٩٠ (المبدأ رقم ١٥٤).

ثانيهما : نسب الطفل المولود عن هذه الصورة من الخطأ.

فبالنسبة الى المشكلة الأولى ، نقول ان علاج حالة العقم عن طريق تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل اخر غير زوجها يعد عملاً لا يرضاه الدين والقانون لان الزواج تنظيم اجتماعي وقانوني يهدف الى توجيه الحياة الجنسية الى غرضها الاجتماعي وسيلة للانجاب ورابطة وثيقة بين الزوجين وأساساً للأسرة الشرعية والتي هي بدورها النواة الأولى للمجتمع كما انه يهدف الى تفادي الفوضى في العلاقات الجنسية ومنع اختلاط الانساب .

وبناء على ذلك فقد ادانته اكااديمية العلوم الاخلاقية والسياسية الفرنسية بقرار شهير اتخذته في ٩ آذار ١٩٤٩ جاء فيه (ان هذا النوع من التلقيح يثير في الاسرة عقبات كبرى من النواحي الاخلاقية والقانونية والاجتماعية من شأنها ان تجعلنا نوصي بعدم اللجوء اليه لمحاذيره النفسية العاجلة او الاجلة)^(١).

ويرى الاستاذ (سافاتييه) أن هذا النوع من التلقيح يحمل اخطار تشويه الانسان بالوسائل المختبرية والقانون هو علم الانسان، والانسان مكون من جسم وروح والغلبة فيه للروح على الجسم ولا يحق للبيولوجيا ان توجه القانون ولكن القانون هو الذي يجب ان يوجه البيولوجيا^(٢).

وقد ذهب قانون العقوبات الليبي (٣) في المادة ٤٠٣ مكررة أ إلى معاقبة المرأة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات اذا كان التلقيح برضاها ولم يبين لنا القانون موقف زوجها من هذا التلقيح ، وان كنا نذهب الى استخلاص عدم رضاه او علمه بهذا النوع من التلقيح لانه لو كان كذلك ما خصص المشرع الليبي المادة ٤٠٣ مكررة

(١) Louis Kornprobst, La responsabilites du medecin devant La Loi et La jurisprudence (١) francaises, 1957, Paris, P. 544.

(٢) Savatier, La droit civil de Les Conquetes de La biologie. D. 1948. CHron. p. 33.

(٣) صدر هذا القانون عن مجلس قيادة الثورة الليبي بتاريخ ٢ ذي القعدة ١٣٩٢ هـ الموافق ٧ ديسمبر ١٩٧٢ ، برقم ١٧٥ لسنة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م باضافة مادتين جديدتين الى قانون العقوبات الليبي برقمي ٤٠٣ مكررة ١ - ٤٠٣ مكررة ب ونشر هذا القانون بالجريدة الرسمية الليبية العدد ٦١ من السنة العاشرة الصادرة بتاريخ ١٨ ذي القعدة ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٣ ديسمبر ١٩٧٢ ، ونعتقد انه القانون العربي الوحيد الذي تعرض لهذا الامر .

ب والتي عاقبت الزوج بذات العقوبة التي عاقب بها الزوجة وهي السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات فيما اذا كان راضيا وعالمًا ولم يبين لنا القانون ايضا هل ان التلقيح كان بمنى الزوج نفسه أم بمنى غير الزوج؟

ونعتقد إن ذلك ينطبق على الحالة التي يتم فيها تلقيح الزوجة بغير منى الزوج لان الاسباب الموجبة لهذا القانون نفسها التي تقول (ان التلقيح الصناعي فيه احتمال اختلاط الانساب وتغيير لسنة الله في خلقه كما انه يخول الارث لمن ليس له الحق فيه شرعاً).

ويتساءل (الدكتور ادور غالي الذهبي) بحق وهو يعلق على مادتي هذا القانون الى ان المشرع اللببي استعمل كلمة (امراة) وهو يقصد بها الانثى سواء كانت عذراء ام ثيبا وسواء كانت متزوجة أم غير متزوجة ولكن هل يشترط ان تكون الانثى في مرحلة معينة من العمر اي ان تكون قابلة للحمل ؟ ^(١).

وينتهي (الدكتور الذهبي) إلى الاجابة عن هذا التساؤل بالايجاب حين يقول (نعتقد ان حكمة التشريع يدعوننا الى الاجابة بالايجاب ومن ثم لا تقوم الجريمة بالنسبة لصبية لم تصل سن البلوغ وبالنسبة لامراة استأصلت الرحم او بلغت سن اليأس لان الحمل في جميع هذه الحالات يكون مستحيلاً) ^(٢).

غير اننا وجدنا ان قانون توحيد السلالة الاميركي لعام ١٩٧٣

THE UNIFORM PARENTAGE ACT 1973

قد أجاز في المادة الخامسة منه هذه الصورة ولكن بالشروط التالية :

- ١ - أن تكون المرأة متزوجة .
- ٢ - رضا كل من الزوجين مكتوبا وموقعا من قبلهما .
- ٣ - ان يكون تحت اشراف طبيب مجاز.
- ٤ - تأييد الطبيب على توقيعهما وتاريخ التلقيح .

(١) ادور غالي الذهبي ، المصدر السابق ، ص ٣.

(٢) الذهبي ، ص ٣.

أما عن موقف القضاء المقارن فقد وقف من هذه الصورة موقفين اثنين:

الموقف الأول :

ذهب هذا الاتجاه من القضاء الى اعتبار هذه الصورة جريمة زنا وبالتالي تقضي المحكمة بعقوبة الزنا على المرأة التي تلحق بهذه الطريقة .

لقد علل هذا الاتجاه حكمه بالمصلحة التي يحميها القانون وهي مصلحة الدولة بضمان النظام القانوني للعائلة واكثر من ذلك حماية النظام القانوني للزواج ضد اي خلل او ازعاج. يأتي من زنا الزوجة ذلك بان المصلحة المحمية تتضمن في ذاتها فوق واجب الاخلاص الجنسي واجب الثقة والعفة التناسلية وبالتالي فان هذه الصورة تؤلف اعتداء او جرما او ايذاء لذلك النظام القانوني العائلي^(٢).

لان مقومات جريمة الزنا تتمثل بارادة الخضوع او الاستسلام لرجل اخر له من القابلية والامكانية على الانجاب، اما في التلقيح الصناعي فهو ادخال السائل المنوي

Barry R.furrow-Sandra H. Johnson-Timothy S. Jost-Robert L. Schwart, Health Law, (١) 1987, p. 803.

وهذا هو نص المادة الخامسة من هذا القانون باللغة الانكليزية:

5- (ARTIFICIAL INSEMINATION)

A- If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, A wife is insiminated artificially with semen donated by a man not her husband, The husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband's consent must be in writing and signed by him and his wife. The physician shall certify their signatures and the date of the insemination and file the husband's consent to the (State Department of Health) where it shall be kept confidential, and in a seald file. However , the physician's failure to do so does not affect the father and child relationship. All papers and records pertaining to the insemination, whether part of the permanent record of a court or of a file held by the supervising physician or elsewhere, or subject to inspection only upon an order of the court for good cause shown.

(٢) محكمة استئناف بادوفا الايطالية ، أشار اليه : Ludovici ، ص ١٩٥.

لرجل ما غير الزوج في فرج المرأة بواسطة ابرة وبدون علم الزوج (١) أي أن الحقن شأنه شأن الاتصال الجنسي ولا فرق بين الحالتين لان النتيجة الاجرامية وهي اختلاط الانساب متحققة في الحالتين، وفي ذلك يقول القضاء الايطالي في حكم له (ان التلقيح الصناعي يعد زنا لان بذور الرجل تختلط بالافرازات المهبلية للزوجة فتأتي بولد ليس من زوجها فتنسبه اليه ضد ارادته أي دون رضاه) (٢) .

وفي هذا الاتجاه سار قضاء محكمة شيكاغو الاميركية الذي اعتبره عملاً ضد القانون الاخلاقي والنظام العام وهو بالتالي شكل من اشكال الزنا (٣) .

واذا كنا نتفق مع هذا الاتجاه على ضرورة تجريم هذه الصورة من التلقيح الصناعي حماية للأسرة من الفوضى الا ان الادلة التي استند عليها هذا الاتجاه في اعتبار هذه الصورة زنا بحاجة الى مناقشة . وذلك من زاوية هل ان جريمة الزنا بشكلها الطبيعى تولد حملاً دائماً حتى يمكن اعتبار هذه الصورة من التلقيح زنا ؟ فجريمة الزنا قد يتولد عنها حمل وقد لا يتولد عنها حمل ولما كان الامر دائراً بين احتمالين، فإن المصلحة التي اقام عليها هذا الاتجاه حكمه مصلحة موهومة لا يمكن بالتالي أن تُبنى على مجرد افتراض قد يصح وقد لا يصح .

الموقف الثاني :

ذهب هذا الاتجاه من القضاء الى عدم اعتبار هذه الصورة من التلقيح زنا إذ أن (واجب الاخلاص) المنصوص عليه في قانون العقوبات يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار او يفهم بشكل ضيق ومحدود على انه اخلاص وعفة جنسية وان التلقيح الصناعي هو عمل او فعل بايولوجي وليس جنسيا شهوانيا وان العنصر المؤلف لجريمة الزنا هو ثنائية السلوك او الفعل المشترك المتلاقي ولا يتم إلا باشتراك او اتصال جنسي متبادل

(١) المحكمة الكندية العليا في حكم لها صدر سنة ١٩٢١، اشار اليه Ludovic، ص ١٩٥ .

(٢) اشار اليه : عبد الوهاب عمر، النظرية العامة لجريمة الزنا ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٠٤ ، الهامش رقم (٢) .

(٣) - Louis Kornprobst, Op. Cit, p. 560

من المرأة والرجل وهو لا يوجد في جميع حالات التلقيح الاصطناعي (١) إذ إنه لوجود الزنا لا بد من وطء يقع على المرأة من قبل رجل ما اي لا بد من الاتصال الجنسي المباشر (٢).

ان القانون الوضعي يرى في جريمة زنا الزوجية على انها تتسم بخيانة العلاقة الزوجية فالقانون وهو يقرر المسؤولية الجنائية عن فعل الزنا يشترط وجود عقد زواج صحيح قائم فعلا او حكما (٣) فلم ينظر الى مجرد الوطء كما هو الحال في الشريعة الاسلامية التي تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء أحدث من متزوج أم غير متزوج (٤) وانما نظر الى تدنيس فراش الزوجية فلا بد أن يكون أحد طرفي الجريمة او كلاهما مرتبطا بعقد زواج ومنذ هذه اللحظة يعد الزوجان مقيدين وملتزمين بالامانة

التامة لكل منهما على عرض الآخر وتأسيسا على ما تقدم فان الامر لا يخلو من الفروض التالية كما نعتقد في ظل التشريع العراقي :

الفرض الأول: أن يقع الزنا من غير متزوج مع امرأة غير متزوجة وفي هذه الحالة لا تقع جريمة الزنا كما هي معروفة في قانون العقوبات .

الفرض الثاني: أن يقع الزنا من غير متزوج مع امرأة متزوجة وفي هذه الحالة تقع

(١) المحكمة الجزائية لمدينة بادوفا الايطالية فهي لا تشكل جريمة زنا حسب هذا الاتجاه لان التلقيح الصناعي لا يقاس على الاتصال الجنسي لانعدام اللذة ثم ان المادة ٥٥٩ من قانون تتطلب هذا الاتصال كركن جوهري في الجريمة، Ludovici، ص ١٩٩ .

(٢) حكم القاضي الاسكتلندي (Lord wheatly) في القضية المشهورة: MACLENNAN V. SHORTLAND

نورد منطوق الحكم باللغة الانكليزية تعميماً للفائدة :
(... THAT ARTIFICIAL INSEMINATION DID NOT COME WITHIN THE DEFINITION OF SEXUAL INTERCOURSE AS UNDERSTOOD BY SCOTS LAW. THAT ARTIFICIAL INSEMINATION BY DONOR (A.I.D) WITHOUT HER HUSBAND'S CONSENT WAS NOT ADULTERY ON THE PART OF THE WIFE). STEPHAN J.Hadfield, LAW AND ETHICS FOR DOCTORS, LONDON, 1958, P. 201.

(٣) انظر نص المادة ٣٧٨ ف ٢ من قانون العقوبات العراقي .

(٤) انظر الفصل الثاني من الباب الاول من هذا الكتاب .

جريمة الزنا من الزوجة ويعتبرها القانون هنا زانية ويكون من زنا بها شريكا لها فقط .

الفرض الثالث : أن يقع الزنا من متزوج مع امرأة غير متزوجة وفي هذه الحالة تقع جريمة الزنا من الزوج فيعتبر زانيا بشرط ان يرتكب الجريمة في منزل الزوجية وتكون من زنا بها شريكة له .

الفرض الرابع : أن يقع الزنا من متزوج مع امرأة متزوجة وفي هذه الحالة يكون الرجل زانيا بشرط ان يقع الفعل في منزل الزوجية والمرأة زانية فان وقع الفعل في غير منزل الزوجية كانت المرأة زانية وكان الرجل مجرد شريك لها ^(١) وفيما عدا ذلك لا يعتبر زنا وانما يعتبر وقاعا او اغتصابا او هتك عرض ، فالقانون العراقي لا يعاقب على الوقاع الا في حالة الاغتصاب (٢) فاذا كان بالرضا فلا عقاب عليه ما لم يكن الرضا معيبا ويعتبر القانون العراقي الرضا معيبا اذا لم يبلغ المفعول به الثامنة عشرة من عمره فان بلغها اعتبر رضاء صحيحاً ^(٣) .

وفي ضوء ما تقدم نجد ان الطفل الناتج بهذه الطريقة من التلقيح الصناعي في اطار شرعية الجرائم والعقوبات (٤) داخل نطاق القانون الوضعي لا يعتبر في معناه ومبناه جريمة زنا معاقبا عليها وفقا لاحكام قانون العقوبات نظرا لعدم انطباق النصوص القانونية على هذه الصور من العمليات الطبية رغم انها تعد في حكم الزنا في الشريعة الاسلامية .

أما بالنسبة الى المشكلة الثانية، نسب الطفل الناتج عن خلط الانابيب ببعضها ، نقول انه من المتعذر الوصول الى معرفة الحكم القانوني لهذه المشكلة الا بعد معرفة

(١) انظر : نص المادتين ٣٧٧-٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي .

(٢) الذي يمثل حالة انعدام فعلي للارادة ، انظر : نص م ٣٩٣ ف١ من القانون العراقي .

(٣) انظر : نص المادة ٣٩٤ ف١ من قانون العقوبات العراقي ، بينما سلكت بعض القوانين العربية نهجا مغايراً، انظر نصوص المواد ١٩٤ من قانون الجزاء الكويتي، ٤٠٧ ف٤ من قانون العقوبات الليبي ، ٢١١ من قانون العقوبات القطري .

(٤) انظر نص المادة ٢١ ف ب من الدستور العراقي النافذ ، المادة ١ من قانون العقوبات العراقي .

موقف الفقه الاسلامي منها ، فالخلط عمل مادي قام به الطبيب المختص نتج عنه ان المرأة لقحت بماء غير زوجها خطأ واذا كان الفقه الاسلامي يعرف مثيلا لها كما هو الحال في وطء الشبهة (١) عليه فاننا نقسم الكلام في هذه المشكلة الى نقطتين اثنتين لنعرف ابعادها :

أولاً : موقف الفقه الاسلامي

ثانياً : موقف القانون

أولاً : موقف الفقه الاسلامي:

ان الفقهاء المسلمين قد عرفوا ما يشبه التلقيح الصناعي وسموه (استدخال المنى) وقد وضع له الفقهاء شروطا واحكاما نذكرها حسب المذاهب الاسلامية :

١ - الشافعية (٢) :

اتفق الشافعية على ان استدخال المنى الى فرج المرأة هو بمثابة الوطء . قال بجيرمي علي الخطيب (... كالوطء استدخال المنى المحترم ...) (٣) .

نفهم من هذا ان الشافعية قد اتفقوا على ان استدخال المنى كالوطء واشتروا لذلك ان يكون المنى محترما ، ولكن الذي اختلفوا فيه هو هل ان (شرط الاحترام) حال انزال المنى (٤) او حال استدخاله (٥) على اقوال عديدة نذكرها فيما يلي :

(١) الشبهة اما ان تكون شبهة الفاعل كمن يطأ امرأة يظنها زوجته ، او شبهة المحل كمن يطأ امه مشتركة بينه وبين غيره ، او شبهة الطريق كمن يطأ منكوحته بعقد خلافي بدون تقليده للامام القائل بصحته او حكم الحاكم الذي يراه به . العلامة الشيخ عبد الكريم المدرس، الانوار القدسية في الاحوال الشخصية ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م، مطبعة الجاحظ، بغداد، ص ١٩ . واقرب حالة ينطبق عليها كلامنا هي (شبهة الفاعل) دون الحالتين الاخرين .

(٢) لقد كان الشافعية هم الوحيدين بين مذاهب الفقه الاسلامي الذين فصلوا في استدخال المنى عكس بقية المذاهب الاخرى حيث عالجه في مواضع متفرقة ومختصرة ولهذا فاننا سنقف طويلا عند كلام الشافعية عكس بقية المذاهب وسنجري حينئذ موازنة لهذه الاقوال جميعا .

(٣) بجيرمي علي الخطيب، حاشية الشيخ سليمان البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، الطبعة الاخيرة ، ١٤٠١ هـ، دار الفكر، ٣٨/٤ .

(٤) من الرجل.

(٥) الى المرأة.

القول الأول : قال بجيرمي علي الخطيب (... كالوطة استدخال المنى المحترم حال خروجه ولو باعتبار الواقع فيما يظهر كما لو خرج بوطء زوجته ظاناً انها اجنبية فاستدخلته زوجة أخرى أو اجنبية اعتباراً بالواقع دون اعتقاده وان عكسنا في العكس ...)^(١).

القول الثاني : اشترط ابن حجر (أن يكون المنى محترماً حال الانزال وحال الادخال . حكى الماوردي عن الاصحاب ان شرط وجوب العدة بالاستدخال ان يوجد الانزال والاستدخال معا في الزوجة)^(٢).

القول الثالث : (وليس من الذي خرج على وجه الحل منيه الذي اخرجه بيده لخوف الزنا لان عدم الاثم فيه لعارض فلا نظر اليه فلا يلزم بسبب استدخاله العدة ولا يثبت به النسب)^(٣).

القول الرابع : (المراد بالمنى المحترم بأن يكون خال خروجه محترماً لذاته في ظنه او في الواقع فيشمل الخارج بوطء زوجته في الحيض مثلاً او باستمنائه بيدها او بوطء اجنبية يظنها حليلته او عكسه)^(٤).

القول الخامس : (الحق به شيخنا الخارج بالنظر او الفكر المحرم فلا عبرة باستدخاله ولو من زوجته وان ظنه غير محرم لكن تقدم عن الزركشي ان الولد الحاصل من زوجته لاحقٌ به منسوب إليه)^(٥).

نتبين من قراءة هذه الاقوال ان اصحابها لم يبينوا لنا سبباً لها ولهذا فاننا سنلجأ الى مناقشة هذه الاقوال قولاً قولاً لنرجح منها ما نراه ملائماً .

فصاحب القول الأول يذهب الى ان المنى يكون محترماً حال خروجه فقط ولو باعتبار الواقع فيما يظهر، فمن يظاً امرأة معتقدا انها اجنبية فيظهر انها زوجته،

(١) بجيرمي علي الخطيب ، ٣٨ / ٤ .

(٢) حواشي التحفة ، مصدر سابق ذكره ، ٢٣١ / ٨ .

(٣) بجيرمي علي الخطيب ، ٣٩ / ٤ .

(٤) بجيرمي علي الخطيب ، ٣٩ / ٤ .

(٥) بجيرمي علي الخطيب ، ٣٩ / ٤ .

فالمني الخارج منه يكون منيا محترما وذلك باعتبار الواقع (اي واقع انها زوجته) دون اعتقاده هو (اعتقاده بانه يطاء امرأة اجنبية) وان كان غير محترم حال الادخال .

ان هذا القول يتفق مع القاعدة عند الشافعية وهي ان كل وطء لا يوجب الحد على الواطيء هو شبهة (١). ولكن السؤال هو هل يشمل هذا الظن الظاهر ؟ الجواب كلا ، والامثلة تدلنا على ذلك فمن يطاء زوجته ظانا انها اجنبية ، فان الواقع ينفي هذا لانها زوجته حقيقة وكذلك الاحتلام اذ ليس فيه ظن.

أما صاحب القول الثاني الذي يشترط الاحترام حال الانزال وحال الادخال، نعتقد ان السبب الذي دعا صاحبه الى ايراده هو منع المرأة ان تستدخل منيا لا يعلم هل هو حلال ام حرام، فلا بد ان تسبق عملية الاستدخال التأكد والاحتياط والانتباه (٢) . ولكن السؤال ماذا عن الاستدخال المنفرد؟ ونعيد صياغة السؤال ثانية ماذا لو استدخلت امرأة منيا بشكل منفرد؟ أنى لها ان تعلم وجه الحل او وجه الحرمة في كيفية استخراج الماء المستدخل لديها، أهو من حلال ام من حرام ؟ هي مسائل يصعب على المرأة ان تستفسر عنها . ونعتقد ان المرأة معها تفضل السكوت على الكلام ثم الا يخالف هذا ما قال به الشافعية من ان استدخال مني كالوطء؟

بينما صاحب القول الثالث يذهب الى ان استخراج مني مادام محرما فلا يحل عندئذ الا لضرورة شرعية ، وهي هنا خوف الوقوع في الزنا، فالضرورات تقدر بقدرها فالمني المستخرج بيد الشخص نفسه حرام ولكنه أحل اذا كان الشخص يخاف الوقوع في الزنا اذ ان (عدم الاثم فيه لعارض) .

هذه الضرورة يجب أن تنتهي الى هذا الحد وهي عدم الاثم فقط، ولا ينبغي التوسع فيها بابتناء حل الاستدخال الذي هو أمر زائد ولا ثبوت النسب بهذا المنى المستدخل فهذا لا يصح من باب أولى.

في حين يذهب صاحب القول الرابع، الى أن المنى المستدخل يكون محترما حال

(١) تفصيل القاعدة ، حواشي التحفة ، ٢٣٠ / ٨ .

(٢) وهذا هو ما نتمناه فعلا لاسيما في المراكز المعنية بالتلقيح الصناعي.

خروجه لذاته في ظنه او في الواقع ، كما لو ظن الشخص انه يظاً زوجته وهي اجنبية عنه او ظن انه يظاً زوجته وهي في غير فترة الحيض ، اي انه يظن غير الحلال حلالاً ثبت به النسب، ويلحق به النسب ايضاً اذا كان المنى المستخرج محترماً في الواقع كوطء الشبهة ومنه النكاح الفاسد او بوطء الاب امة ولده مع علمه بها فاذا استدخلته امرأة ولو اجنبية عالمة بحاله وجب فيه العدة ولحق به الولد الحاصل منه .

بينما ذهب صاحب القول الخامس ، الذي يراه الزركشي فهو ان الخارج بالنظر أو الفكر المحرم ان حصل بسببه انزال فاستدخلته زوجته فالولد الحاصل منه لا حق بالزوج منسوب اليه ، وهذا مبناه ان الولد للفراش (... اذ معنى الفراش ان تتعين المرأة للولادة لشخص واحد .. والفراش يلزم النسب) ^(١) .

هذا ما ذهب إليه البعض إلا أن البعض الآخر ^(٢) ذهب الى عدم اللحق اذ (لا عبرة باستدخاله ولو من زوجته وان ظنه غير محرم)، لان هذا الماء المستدخل كان عن نظر حرام وفكر حرام فهو غير محترم لا في الواقع ولا في ظن من اخرجه فكان لهذا عدم لحق النسب بمن اخرج الماء.

وبعد هذه المناقشة فاننا نرجح القول الرابع من بين هذه الاقوال وهو ان المنى المستدخل يكون محترماً حال خروجه لذاته في الظن او في الواقع لما بينا من تعليل في موضعه .

٢ - الحنفية :

قال ابن عابدين في الدر المختار - (اذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فانزل فأخذت الجارية ماءه في شيء فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية ام ولد له) ^(٣) .

وكان هذا تعليقا على سؤال له بالشكل التالي:

(١) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية بالافسيت دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ٤٣/٣ .

(٢) في القول الخامس نفسه .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ط ٢، ١٣٨٦ هـ، دار الفكر، ٥٢٨/٣ .

(فرع - ادخلت منية في فرجها هل تعتقد في البحر بحثاً ؟ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم ... وفي النهر بحثاً - ان ظهر حمل - نعم والا فلا) ^(١) .

وعاد مرة اخرى في وطء الشبهة ليقول (التي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه اذا ادعى الاشتباه : ومنه ما في كتب الشافعية اذا ادخلت منياً فرجها ظنته مني زوج او سيد عليها لعدة كالموطوءة بشبهة) ^(٢) . قال في البحر : ولم أره (لأصحابنا) . والقواعد لا تأباه لان وجوبها لتعرف براءة الرحم) ^(٣) . وعلى الرغم من ان الحنفية لم يفصلوا في شروط هذا الاستدخال الا انه يمكننا الاستنتاج ما يلي :

أ - انهم اعتبروا استدخال المنى كالوطء لانهم قالوا (اذا ادخلت منية فرجها ظنته مني زوج او سيد عليها لعدة كالموطوءة بشبهة)، يؤيد هذا قولهم (ما في كتب الشافعية) وقد علمنا ان الشافعية اعتبروا استدخال المنى كالوطء الذي يعني هو الآخر ان هذا الاتجاه مستقر لدى الحنفية أيضاً .

ب - انهم قالوا (والقواعد لا تأباه) أي لا ترفضه، ولهذا يمكن القول ان الحنفية مستقرون ايضاً على ان استدخال المنى بشبهة كالوطء بشبهة .

٣ - الحنبلة :

وجدنا ان للحنبلة هنا رأيين وعلى الشكل التالي:

أ - الرأي الأول : وهو مذهب جمهور الحنبلة ، فقد جاء لديهم :

(فان قال: وطئت بشبهة ، او مكرهه : فللعان بينهما) اذ قال لها : وطئت بشبهة. فقدم المصنف هنا : انه لا لعان بينهما مطلقاً. ونص عليه الامام احمد رحمه الله . قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب ^(٤) .

(١) حاشية ابن عابدين ، ٥٢٨/٣ .

(٢) وهذا هو القول السادس للشافعية في هذا الموضوع نضيفه الى الاقوال الخمسة المتقدمة فقيه النسب ، وتعليل ذلك ان هذا المنى محترم حال خروجه في ظنها لانها تظن انه من زوجها، وهو يتفق مع ما ذهبنا اليه من ترجيح للقول الرابع ، ولان الولد لا حق بالزوج لان الولد للفراش .

(٣) حاشية ابن عابدين ، ٥١٧/٣ .

(٤) الشيخ علاء الدين المرداوي، الانصاف، حققه محمد حامد الفقي، ط١، ١٣٧٧ هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، ٢٤٥/٩ .

وإذا كان هذا هو الاصل لدى الحنابلة فانهم يقولون (ووطؤها حية في فرج ولو دبرا وخلوة بها عن مميز وبالغ مطلقا - مع علمه ولم تمنعه : ان كان يطاء مثله ويوطأ مثلها ولا تقبل دعواه عدم علمه بها ولو نائما او به عمى اوبهما او احدهما مانع حسي : كجب ورتق او شرعي : كحيض واحرام ... ولمس ونظر الى فرجها لشهوة وتقبيلها بحضرة الناس . لا ان تحملت بمائه ويثبت به نسب وعدة ومصاهرة - ولو من أجنبي -) ^(١) .

الرأي الثاني : وهو مذهب ابن قدامة الذي ذهب الى القول انه :

(ولا معنى لقول من قال يجوز ان تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل) ^(٢) . ويعلل ابن قدامة رأيه بالقول (لان الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما جميعاً ... وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها ، فلا يختلط منيهما ، ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمرأة اذا تصادقا انها استدخلت منيه . وان الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه ، وما قال ذلك احد) ^(٣) .

ومع احترامنا لرأي ابن قدامة رحمه الله الا اننا نثبت الملاحظات التالية :

الملاحظة الأول : قوله (لان الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما) هو قول صحيح يؤيده قول الباري عز وجل : ﴿ انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج ﴾ ^(٤) اي باختلاط ماء الرجل وماء المرأة .

الملاحظة الثانية : قوله (وإذا استدخلت المين بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها، فلا يختلط منيهما...)، فكأنني بابن قدامة رحمه الله يريد ان يقول ان المرأة كالرجل في الاخصاب اذ انها لا تحمل الا اذا احست بالشبق الذي ينزل عنده ماء المرأة فيختلط بماء الرجل ويتخلق منه الولد . من قال بهذا ؟

(١) تقي الدين المصري المشهور بابن النجار ، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، حققه عبد الغني عبد الخالق ، عالم الكتب ، بلا سنة طبع ، ٢ / ٢١١ .
(٢) المغني والشرح الكبير ، مصدر سابق ذكره ، ٩ / ٥٥ .
(٣) المغني والشرح الكبير ، ٩ / ٥٥ .
(٤) سورة الانسان / الآية ٢ .

اذ ان المعلوم طبيا ان ماء الرجل يخرج منه عقب الجماع او بارادته اما ماء المرأة فانه يخرج منها في دورة شهرية منتظمة (١) وتتحدث الموسوعة الطبية الحديثة انه (ويحدث الاخصاب والحمل سواء أحست المرأة بالشبق او لم تحس به) (٢) بل ان هذا الكلام لا يجد له سنداً في الوقت الحاضر فيما يخص طفل الانبوب الذي يتخلق من ماء الرجل والمرأة بغير جماع بينهما أصلاً .

الملاحظة الثالثة : (ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمرأة اذا تصادقا انها استدخلت منه . وان الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه . وما قال ذلك احد) .

هو قول صحيح لكن العلة هنا ليست في الاستدخال كي نقول بعدم جوازه ولكن العلة هي ان هذه الصور هي في حكم الزنا فمن الطبيعي ألا يعترف الشارع بثمرة الاستدخال هذه ومن الطبيعي أيضاً أن يكون هذا محل اتفاق بين جميع المذاهب .

وبناء على ذلك نعتقد أن الحجج التي ساقها ابن قدامة رحمه الله لا تصمد امام الحقائق الطبية والاقوال الفقهية ولهذا جاز لنا القول ان الحنابلة يتفقون مع الرأي القائل ان استدخال المنى كالوطء يثبت به النسب .

٤ - الملكية :

قال المالكية (... او وخشا او بkra الوخش (يسكون الخاء) الحقير من كل شيء ... والمعنى ان من ملك جارية من وخش الرقيق وهو الذي لا يراد للوطء غالباً وانما يراد للخدمة فانه يجب عليه واستبرأؤها على المشهور وكذلك من ملك امة بكرأ بوجه من وجوه الملك فانه يجب عليه استبرأؤها يريد إذا كانت تطيق الوطء كما مر لاحتمال اصابتها خارج الفرج وحملها مع بقاء البكارة) (٣) .

نقول انه اذا اعتبر الملكية وجود المنى على فرج امرأة مع بقاء بكارتها يمكن معه الحمل فان استدخال المنى بالطرق الطبية الحديثة يؤدي الى الحمل من باب اولى ومعه

(١) راجع التمهيد من هذا الكتاب .

(٢) ١١٦٦/٨ اشار اليها ، علي المحمدي ، ص ٣٤٨ .

(٣) ابو عبد الله محمد الخرشى شرح مختصر خليل ، ط ٢ ، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية ، ١٣١٧ هـ القاهرة ٦٤/٤ ، وانظر ايضا : ١٢٧/٤ من نفس الكتاب .

نستطيع ان نقول ان المالكية مع الاتجاه الفقهي العام القائل بان استدخال المني كالوطء يثبت به النسب.

٥ - الظاهرية :

طرح الظاهرية مسألة للمناقشة نستطيع معها ان نتبين موقفهم من هذا الموضوع ملخصها :

(مسألة : قال ابو محمد : كانت هذه المطلقة بنت يحيى بن الجزار . ومن طريق ابي عبيد معاذ وهو ابن معاذ العنبري - عن عبد الله بن عوف عن محمد بن سيدين انه كان لا يرى اغلاق الباب ولا ارخاء الستر شيئاً . ومن طريق وكيع عن زكريا - هو ابن ابي زائدة - عن الشعبي انه قال : لها نصف الصداق - يعني التي دخل بها - ولم يقل انه مسها ومن طريق عبد الرزاق عن ابي جريح عن ابي طاوس عن ابيه قال : لا يجب الصداق واقياً حتى يجامعها وإن أغلق عليها الباب قلت له : فاذا وجب الصداق وجبت العدة قال : ويقول أحد غير ذلك ؟ ومن طريق حماد بن سلمة عن محمد بن اسحق عن مكحول قال : لا يجب الصداق والعدة الا بالملامسة البينة : تزوج رجل جارية فاراد سفرأ فأتاها في بيتها مخلية ليس عندها أحد من أهلها فآخذها فعالجها فمئنت نفسها فصب الماء ولم يغتر عنها فساغ الماء فيها فإستمر بها الحمل فثقلت بغلام فرفع ذلك الى عمر بين الخطاب فبعث الى زوجها فسأله ؟ فصدقها فعند ذلك قال عمر : من اغلق الباب أو أرخى الستر فقد وجب الصداق وكملت العدة . قال ابو محمد : وهو قول الشافعي وأبي ثور وأبي سليمان واصحابهم) ^(١).

فإذا كان الامر كذلك فما بالك بالطرق العلمية التي يمكن ايصال ماء الرجل بها الى مواقع عميقة في الجسم ومعه نتبين ان الظاهرية مع الاتجاه الفقهي الذي يذهب الى القول ان استدخال المني كالوطء يثبت به النسب ويجب به الصداق وتكمل به العدة .

وبعد استعراض هذه الاقوال وتحليلها نتبين من خلاله ان استدخال المني كالوطء وبالتالي فان التلقيح الصناعي بصوره الجائزة كالوطء تماماً فحلالهما حلال

وحرامهما حرام وشبهتهما شبهة واحدة يثبت به نسب الطفل المولود عن هذا الخطأ الى أمه وأبيه (١) والله تعالى اعلم .

ثانياً - موقف القانون :

ان المشاكل القانونية التي يثيرها هذا الخطأ غير مقننة عندنا وسنرى انها مقننة جزئيا في تشريعات بعض الدول الأخرى وبما أن ثمة مسائل ملحة يجب نظمها فاننا مضطرون الى إتمام حلول هذه المسائل مستنجرين بقواعد المنطق القانوني فنشير الى تشريعات بعض الدول الاجنبية ثم نشير الى التشريع العراقي .

ففي الفقه الايطالي تساءل الفقهاء هل ان التصريح او الاخبار عن ولادة طفل بعد الحمل به بتلقيح صناعي وطلب تسجيله ابنا شرعيا للام التي حملت به ووضعت به وللاب زوجها يشكل جرم التحريف في سجلات الاحوال الشخصية المنصوص عليه في المادة ٥٦٧ من قانون العقوبات الايطالي ؟

ويضيف فقهاء القانون الايطالي الى أن هذا التساؤل يجد له محلا في اجتهادات محكمة النقض الايطالية وذلك باعتبار أن هذا الجرم يكون أو يحصل عندما تبدل الهوية او الشخصية البيولوجية للمولود اي عندما يذكر أو يعطي في اخبار الولادة ابا وأما مختلفين عن اللذين أوجدها او أتيا به لعالم الوجود^(٢) .

ويرى Ludovici أن هذا الجرم يحصل في حالة الاخبار عن واقعة الولادة وان المولود هو ابن شرعي لتلك الزوجة الذي هو ليس في الحقيقة ابنا لزوجها في الوقت الذي تقرر فيه المادة ٢٣١ من القانون المدني الايطالي بان الولد للفراش وبالتالي لا يسمى ولدا طبيعيا المولود الذي ولد من امرأة متزوجة حتى ولو كان الاب البايولوجي ليس هو الزوج الحقيقي^(٣) .

(١) وان كان هذا الخطأ من قبل شخص هو الطبيب القائم بالتلقيح الصناعي وهو اجنبي عن العلاقة الزوجية بين الرجل وزوجته .

(٢) Ludovici، ص ١٩٦ .

(١) Ludovici، الصفحة ذاتها ، ويرى ايضا ان هناك بعض الدول قد حلت المشكلة التي نحن الآن بصدها كما حلت في ايطاليا ويضرب امثلة لذلك المواد ٢٣٦ من قانون العقوبات الهولندي المتعلقة بالجرائم الواقعة على السجل المدني ، ١٥٥ من قانون العقوبات البولوني ، ١٩٥ من قانون العقوبات اليوغسلافي ، ٣٥٤ ، من قانون العقوبات اليوناني باعتبار ان نصوص هذه القوانين تشابه نص قانون العقوبات الايطالي .

أما في الفقه الاميركي فان بعضا منه يشير الى ان قانون :

THE UNIFORM PARENTAGE ACT 1973

له اثار عكسية حيث سيؤدي الى اعلان زوج الام ابا قانونيا ويحرم في نفس الوقت مانح النطفة من تثبيت حقوقه على هذا الطفل باعتباره ابا بايولوجيا غير ان القضاء الاميركي قد خفف من حدة هذه الانتقادات اذ فسر رضا الزوج بتلقيح زوجته بنطفة مانح اجنبي كما لو انها تعادل التبني^(١).

ومن الطبيعي هنا ان نفهم انه اذا حصل مثل هذا الخطأ في تخلق هذا الطفل عن طريق خلط هذه الانابيب ببعضها فان الطفل سينسب الى والديه اذ ان المادة الأولى من نفس القانون تتحدث عن علاقة الطفل بابيه بلغة يستشف منها ان هذا الرأي يفرض نفسه فقد جاء في المادة الأولى منه :

1- PARENT AND CHILD RELATIONSHIP DEFINED

As used in this act "parent and child relationship" means the legal relationship existing between a child and his natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties and obligations. It includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

في حين أن المادة الثانية من نفس القانون عبرت عن نفسها بلغة صريحة حينما قالت :

2- Relationship not dependent on marriage

The parent and child relationship extends equally to every child and to every parent, regardless of the marital status of the parents.

في حين نصت المادة ٢٣ من هذا القانون على مجموعة من القواعد الاجرائية لتسجيل هذا الطفل المتكون من مني غير الزوج في سجلات الولادة منها ان مسجل

BARRY R. FURROW-SANDRA H. JOHNSON-TIMOTILY S. JOST-ROBERT L. (١)
SCHWART, HEALTH LAW , OP. Cit., p. 799.

الولادات يهيء شهادة ولادة معدلة طبقا لامر من محكمة نفس الولاية أو بطلب من محكمة ولاية أخرى (١) وإلى أن السجل يعتبر هذا دليلاً قوياً في الإثبات (٢).

أما في الفقه الفرنسي فإن اتجاهها يذهب إلى أن إخصاب امرأة بمني شخص أجنبي عنها يعتبر عملية تزوير في شهادة الولادة وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية (٣)، وإذا كان هناك من يقول أنه إذا عرف الزوج ووافق على تلقيح زوجته اصطناعياً من شخص آخر فلا أحد يستطيع أن يقول أن هذا الطفل الذي ولد ليس ابن الزوج وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة Rennes الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٨/٧/١٩٤٥ قالت فيه (أن القضاة ليس لهم أن يحكموا على الكيفية أو الظروف التي ولد فيها الطفل وإذا علموا أن الطفل له أم متزوجة فالابن هو إذن ابن لذلك الزوج) (٤).

ولعل هناك اتجاهها آخر يحاول أن يشق له طريقاً بين الاتجاهين السابقين ويذهب إلى أن القانون الفرنسي قد أقر شرعية التبني لزوجين عقيمين وبالتالي لهما أن يدخلوا إلى بيتها ولداً محاطاً بكل ما يتمتع به الطفل الشرعي من ضمانات رغم أنه ثمة

(١) انظر المادة ٢٣ الفقرة أ من نفس القانون حيث تقول:

A- Upon order of a court of this state or upon request of a court of another state, the registrar of births shall prepare an amended birth registration (a new certificate of birth) consistent with the findings of the court and shall substitute the new certificate for the original certificate of birth.

وانظر نص الفقرة ب من نفس المادة حيث تقول :

B- The fact that the father and child relationship was declared after the child's birth shall not be ascertainable from the amended birth registration (new certificate) but the actual place and date of birth shall be shown,

(٢) انظر نص المادة ٢٣ الفقرة جـ من نفس القانون حيث تقول:

C- The evidence upon which the amended birth registration (new certificate) was made and the original birth certificate shall be kept in a sealed and confidential file and be subject to inspection only upon consent of the court and all interested persons, or in exceptional cases only upon an order of the court for good cause shown.

Louis Kornprobst, Op. Cit., p. 561.

(٣)

Louis Kornprobst, Op. Cit., p. 560.

(٤)

علاقة بين شخصين آخرين فاذا كان بالامكان أن يأخذ الزوجان طفلا من شخصين آخرين فلماذا لا يكون ممكنا للمرأة وبموافقة زوجها ان تخصب اصطناعيا بحيامن شخص آخر وهكذا تعادل هذه الموافقة شرعية التبني^(١).

ومن هذا نستنتج انه اذا حصل مثل هذا الخطأ الذي نتصدى ببحثه الان فان الطفل لابييه وأمه غير ان نفس هذا الاتجاه يعترف بوجود فروق جوهرية وعميقة بين التبني الذي نظمه القانون المدني الفرنسي وبين سكوت الزوج واقاراره لفعل زوجته التي انجبت ولدا من شخص آخر^(٢).

ويبدو ان للزوج الان الحق في انكار البتوة قضائيا اذا كانت لديه من الادلة بما يثبت انه ليس ابا للطفل اذ ان المادة ٣١٢ من القانون المدني الفرنسي تقرر (ان الطفل الذي يولد أثناء الزواج يكون ابنا للزوج)^(٣) فالزوج له ان ينفي هذه القرينة القانونية باثبات عكس ذلك ، فاصبح بالامكان ومنذ تشريع قانون ١٩٧٢ / ١ / ٣ قبول دعوى الانكار من طرف الزوج الذي سمح لزوجته ان تخصب اصطناعيا من شخص ثالث وهذا هو ما قضت به المحكمة العليا لمدينة نيس الفرنسية في حكم لها بتاريخ ٣٠ حزيران ١٩٧٦^(٤).

ويبقى أن نعرف ما هو حكم هذه المشكلة في التشريع العراقي ؟

ولتحديد معالم هذه المشكلة نذكر انه سيصبح لدينا هنا :

الأم التي انجبت هذا الطفل، زوج الأم، الأب البيولوجي (صاحب الحيامن). لقد

(١) Louis Kornprobst, Op. Cit., p. 559.

ومن المناسب هنا ان نذكر ان المشرع الفرنسي قد ساوى بين الاولاد الطبيعيين المعترف بهم وبين الاولاد الشرعيين وذلك في (المادة ٥٣) من القانون الصادر بتاريخ ٣٠ اكتوبر ١٩٤٦ بشأن حوادث العمل وفي (المادة ٥٦) من القانون الصادر بتاريخ ٢٣ مايو ١٩٥١ بشأن المعاشات المدنية والعسكرية . اشار اليهما : ادور غالي الذهبي، التعويض عن الاخلال بمصلحة مشروعة. مجلة مصر المعاصرة، ع ٣٢٠، س ٥٦، ابريل ١٩٦٥، ص ١٠٧.

(٢) -Louis Kornprobst, Op. Cit., p. 561.

(٣) تفصيل الحكم انظر : -Louis Kornprobst, Op. Cit., p. 562.

(٤) وهذا هو نص المادة ٣١٢ من القانون المدني الفرنسي :

(L'enfant concupendant Le mariage a pour pere Le mari)

نص قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧١ على انه (على الطبيب المولد او الممرضة او القابلة المجازتين بالتوليد عند اجرائه عملية ولادة في المؤسسات الصحية الحكومية وغير الحكومية تنظيم الشهادة وتوقيعها وتقديمها خلال سبعة ايام الى رئيس المؤسسة او من يخوله للتصديق عليها وتسجيلها في سجل خاص واعطاء النسخة الثانية الى ذوي العلاقة والاحتفاظ بالثالثة وإرسال النسخة الأولى خلال سبعة ايام الى السلطة الصحية المختصة لتسجيلها في سجل الولادات وارسالها الى دائرة الاحوال المدنية المختصة)^(١).

فالطبيب المولد أو الممرضة أو القابلة المجازة امام الزام قانوني بضرورة استصدار شهادة ولادة لهذا الطفل ويجب تدوين المعلومات على شهادة الولادة بالاستناد الى دفاتر نفوس الابوين أو هوية الاحوال المدنية لهما أن وجدت ويشار الى رقم الصحيفة والسجل والمحافظة واذا تعذر الحصول على الوثيقتين المذكورتين فتدون المعلومات استنادا الى ما يقدمه الابوان (٢) وحينئذ تقوم دائرة الاحوال المدنية بتسجيل الولادة المستوفية الشروط القانونية استنادا الى الشهادة خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها^(٣) إذن هنا سوف تبرز المشكلة، مشكلة تحديد نسب هذا الطفل ونعتقد ان المشكلة تحتمل أمرين اثنين:

الاحتمال الأول:

أن حقيقة تكون هذا الطفل عن طريق هذا الخطأ تعرف بشكل واضح امام الجميع سواء عرفت بعد إجراء التلقيح الصناعي مباشرة بحيث لم يعد من الممكن للطبيب ان يتلافى هذا الخطأ او عند ولادة هذا الطفل فليس امام زوج الام الا طريقتان:

الطريق الأول: أن يقر الزوج بالبنوة فقد جاء في قانون الاحوال الشخصية العراقي انه (القرار بالبنوة ولو في مرض الموت لجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله)^(٤).

(١) انظر نص المادة ٣ الفقرتان ١ , ٢ من هذا القانون.

(٢) انظر نص المادة ٦ من نفس القانون .

(٣) انظر نص المادة ١٨ من نفس القانون .

(٤) انظر نص المادة ٥٢ ف١ من القانون .

وإذا كنا نذهب الى جواز تطبيق هذه المادة على ما نتصدى له من حل لهذه المشكلة فاننا نعتقد ان مصطلح (مجهول النسب) يثير إشكالا هو الآخر فهذا الطفل ليس مجهول النسب تماما فأمه معروفة، وأبوه بايولوجيا معروف أيضاً ويبدو انها عقبة تقف في طريق تطبيق النص تماما غير أننا إزاء فقدان النصوص القانونية نرى انه لابد من التسليم بهذا التفسير على الرغم من تحفظنا عليه .

كما أنه يمكن للزوج ان يسلك الطرق التي قررها قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ النافذ فقد اعتبر هذا القانون في مادته الثالثة . انه (يعتبر صغيرا من لم يتم التاسعة من عمره) ^(١).

وقد قرر القانون بعدئذ انه يجوز للزوجين ان يتقدما بطلب مشترك الى محكمة الاحداث لضم صغير يتيم الابوين او مجهول النسب اليهما وعلى محكمة الاحداث قبل ان تصدر قرارها بالضم ان تتحقق من ان طالبي الضم عراقيان ومعروفان بحسن السيرة وعاقلان وسالمان من الامراض المعدية وقادران على اعادة الصغير وتربيته وأن يتوفر فيهما حسن النية ^(٢).

غير أن الملاحظ على نص المادة ٣٩ من قانون رعاية الاحداث انه اجاز الضم ولكن للزوجين معا لا للزوج فقط في حين ان المادة ٤٤ من القانون نفسه قررت انه (يتم الاقرار بنسب مجهول النسب امام محكمة الاحداث وفق قانون الاحوال الشخصية) ، وبالرجوع الى نص المادة ٥٢ من قانون الاحوال الشخصية نجد ان الفقرة الثانية منها تقرر (إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبيينة) .

ونستطيع تثبيت الملاحظات التالية:

١ - من خلال قراءة نصوص المواد ٣٩-٤٤ من قانون رعاية الاحداث، ٥٢ من قانون الاحوال الشخصية نجد ان الطريق الذي رسمه القانون لتحقيق هدفه ليس سالكا تماما اذ تعتروه بعض العقبات كما لو لم يتفق الزوجان على ما يهمان بعمله .

(١) انظر نص المادة ٣ ف١ من القانون .

(٢) انظر نص المادة ٣٩ من قانون رعاية الاحداث.

٢ - أن قانون رعاية الاحداث تحدث عن ضم (يتيم الابوين) وهو ما نستبعده من دائرة بحثنا لان الطفل الناتج عن هذه الصورة من التلقيح الصناعي ليس يتيم الابوين. وقد رتب قانون رعاية الاحداث بعد ذلك التزامات مالية على طالبي الضم (١)، وقد ألزم القانون محكمة الاحداث ارسال نسخة من قرارها .بالضم او بالاقرار بالنسب الى مديرية الجنسية والاحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها^(٢)

الطريق الثاني: أن ينكر الزوج ابوته لهذا الطفل علما ان الانكار لم ينظمه قانون الاحوال الشخصية العراقي فلا مناص لنا ازاء ذلك الا بالرجوع الى الفقه الاسلامي .

وقد عالج الحنابلة هذا الموضوع باستفاضة وبحثوها تحت عنوان (مسألة انكار الولد الذي ولدته امرأته لا يوجب الحد) (٣)، مستهلين بالحكم التالي (ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها).

يقول ابن قدامة (وجملة ذلك ان المرأة اذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد مني او قال ليس هذا ولدي فلا حد عليه لان هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال انه يريد انه من زوج اخر او من وطء بشبهة او غير ذلك ولكنه يسأل فان قالت زنت فولدها هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان)^(٤).

إذن المقصود هنا صورتان أولهما : ان المرأة تلد طفلا ينكره الزوج بقوله ليس هذا

(١) انظر نص المادة ٤٣ بفقرتيها الاولى والثانية.

(٢) بينما ألزمت المادة ١٩ في 1 من قانون تسجيل الولادات والوفيات محكمة الاحداث ان ترسل الى الوزارة نسخة من القرارات التي تصدرها بتسمية اللقيط او مجهول النسب ومنحه لقباً عائلياً وتثبيت تاريخ ومحل ولادته والمؤسسة التي أوتته . وقد اعتبر قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ المعدل في المادة الرابعة منه ان اللقيط (هو من يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك) ، ويثبت نسبه لكل من يدعيه بمجرد ادعائه ما دام غير معروف النسب من غير توقف على بينة فاذا ثبت نسبه تثبت له كافة الحقوق الاخرى . مصطفى الزلمي ، شرح قانون الاحوال الشخصية (احكام الميراث والوصية) ١٩٨٨ ، مطابع التعليم العالي ، ص ١٠٦ .

ومن الطبيعى لنا ان نستبعد البحث عن اللقيط لان الطفل المتكون بالتلقيح الصناعي عن طريق هذا الخطأ ليس لقيطاً .

(٣) المغني والشرح الكبير ، مصدر سابق ذكره ، ٥٣/٩ .

(٤) المغني والشرح الكبير ، ٥١/٩ .

الولد مني، أو يقول ليس هذا ولدي ويعلل قوله هذا بأنه (ليس بقذف) وذلك لاحتمال انه يريد انه من زوج اخر او وطء بشبهة او غير ذلك (١)، وثانيهما : أن المرأة تلد طفلا من الزنا (فهذا قذف يثبت به اللعان) .

ويضيف ابن قدامة قائلًا أنه (لا لعان في هذه المواضع (٢) لانه لم يقذفها (٣) ومن شرط اللعان القذف ... وبهذا قال ابو حنيفة) (٤) .

نستنتج من كل هذا أمرين :

أولهما: جواز انكار الزوج للطفل المولود دون ان يعني ذلك اتهام زوجته بالزنا اذ لا تلازم بينهما فانكار الزوج للطفل الناتج عن هذا الخطأ الطبي ليس قذفا وقد علمنا ان القذف يسبق اللعان .

ثانيهما : ان اللعان انما يكون بعد القذف اذ (ولنا من اللعان انما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى : ﴿والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم﴾ (٥) الآية الكريمة.

علما ان الامثلة على ذلك كثيرة اذ (لما لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بين هلال وامراته كان بعد قذفه اياها وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامراته كان بعد قذفه اياها) (٦)، وينتهي ابن قدامة الى القول (ولا يثبت الحكم الا في مثله) (٧) .

وقد استطعنا العثور على حكم للقضاء العراقي تحدث فيه عن الانكار دون ان يقرن ذلك بالزنا (فلدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد ان الحكم المميز غير صحيح قانونا ذلك ان البيئة الشخصية المستمعة والمكونة من

(١) وهذا هو بالضبط ما ينطبق على ما تتصدى له من بحث الحكم القانوني المترتب على هذا الخطأ ولنلاحظ انه استخدام تعبير (أو غير ذلك) .

(٢) أي الصورة الاولى .

(٣) أي لم يقل لها انت زانية كما في الصورة الثانية .

(٤) المغني والشرح الكبير، ٩/ ٥١-٥٢.

(٥) المغني والشرح الكبير، ٩/ ٥١-٥٢.

(٦) المغني والشرح الكبير، ٩/ ٥١-٥٢.

(٧) المغني والشرح الكبير ، ٩/ ٥١-٥٢.

شهادة كل من الشهود (....) و (....) جاءت مستندة على السماع من والدة المميز عليه (....) بأن المميز عليه (....) هو ولدها من زوجها المميز (....) وكونها كانت يهودية واسلمت وقد ولدت ولدها المذكور (بدار محلة) بعد التجائها اليه جراء طردها من دار الزوجية وبما ان إقرار الام الواقع امام الشهود على الوجه المذكور خارج المحكمة غير كاف بمفرده لابتناء الحكم عليه بموجب المادة ٦٧ من قانون الاثبات الذي انكر الزوجية وابوته للمميز عليه في كافة مراحل الدعوى والمرافعة وقد اجمع الشهود المستمعة شهاداتهم على عدم معرفتهم بالمميز وعدم مشاهدتهم له او حتى سماعهم رعايته للمميز عليه هو قبوله التهاني لولادته أو قيامه بالصرف عليه في حياة والدته او بعد وفاتها فكان على المحكمة عدم الاكتفاء بالبيئة الشخصية المستمعة وعدم اعتبارها دليلاً كاملاً للاثبات وانما تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته متى رأت فائدة للوصول الى الحقيقة بمقتضى سلطتها بموجب احكام المادة ٨١ من قانون الاثبات وكذلك تقرر أي إجراء من إجراءات الاثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة عملاً بأحكام المادة ١٧ من قانون الاثبات لان دعاوى النسب من القضايا الحسبية التي يتعلق بها حق الشرع ولا تقبل الحصر وكان على المحكمة استماع الشهادات على انشاء عقد النكاح أو الاعتراف به عن المميز وذلك من جيران المميز وابناء محلته وزملائه والتحقق من هل ان النسب المدعى به معروف ومشهور بين الناس شهرة مستفيضة وشائعة وهل ان المميز كان يعاشر والدة المميز عليه في حال حياتها معاشرة الأزواج لان عقد النكاح وان كان أمراً قولياً لكنه لا يتم الا بحضور الشهود الذي هو أمر فعلي فكان قولاً ملحقاً بالفعل ...^(١).

الاحتمال الثاني:

إن الحقيقة لا تعلن كما هي ويتم كتمانها على الزوج ويكتشفها فيما بعد فأمام الزوج هنا طريقان ايضاً :

(١) قرار تمييزي ١ - ٤٩/هيئة موسعة/١٩٨١، تاريخ القرار ١٩٨١/٦/٢٧ أشار إليه فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط٢، منقحة وموسعة، ١٩٨٦، طبع الدار العربية، بغداد، ص ١٨٤ - ١٨٥ .

الطريق الأول: أن ينكر الزوج ابوته له (١) كدفع موضوعي بمناسبة دعوى أخرى كاستصدار القسام الشرعي عند وفاة الأم .

الطريق الثاني: هناك سبيلان يكمل أحدهما الآخر وعلى الوجه التالي :

السبيل الأول :

إن الزوج يطلب من المحكمة المختصة (٢) أن تعين خبراء للتأكد من تطابق فصيلتي الدم بينه وبين هذا الشخص فهي انجح وسيلة للتأكد من صحة زعمه فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز انه (إذا كان الثابت من تقرير مستشفى الكرامة التعليمي الخاص بنتيجة فحص تطابق الانسجة لاطراف الدعوى ان الصفات الوراثية للطفل (ز) لا تمت باية صلة للصفات الوراثية العائدة للزوج (م) وزوجته المدعى عليها (ك) وان الصفات الوراثية للطفل المذكور تشابه الصفات الوراثية العائدة للزوج (ن) وزوجته المدعية (س) وان الطفل (ز) لا يمكن ان يكون بحال من الاحوال ابنا للزوجين (م) و (ك) فيتعين القضاء باعتبار الطفل (ز) ابنا للمدعية (س) وزوجها (ن) وتسليمه اليها ومنع معارضة المدعى عليها لها في ذلك (٣).

السبيل الثاني: ان الزوج يطعن بصحة سجلات الولادة بالتزوير.

وتعرف المادة ٢٨٦ من قانون العقوبات التزوير بانه (تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند او وثيقة او أي محرر آخر باحدى الطرق المادية والمعنوية التي يبينها القانون تغييرا من شأنه احداث ضرر بالمصلحة العامة او بشخص من الاشخاص) . ويعد هذا التحريف الذي نتصدى ببحثه الان من قبيل التزوير المعنوي الذي نصت عليه المادة ٢٨٧ ف٢ من قانون العقوبات العراقي التي نصت على انه (٢ - يقع التزوير المعنوي باحدى الطرق التالية.

ب - جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع العلم بتزويرها).

وقد جاء في المادة ٣٥ من القانون المدني العراقي انه (تثبت الولادة والوفيات

(١) سبق توضيح ذلك قبل قليل .

(٢) أنظر نص المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٣) قرار تمييزي ٢٤٨، موسعة أولى، ١٩٨٦ - ١٩٨٧، تاريخ القرار ٣١/٣/١٩٨٧، غير منشور .

بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فاذا انعدم هذا الدليل او تبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات فيجوز الاثبات باية طريقة أخرى).

ودعوى التزوير هذه قد تكون دعوى فرعية تارة وقد تكون اصلية تارة أخرى^(١)، فاذا ثبت صحة ما يدعيه الزوج فتعتبر هذه الوثيقة عديمة الأثر نهائيا ويحال المسؤولون الى محكمة الجزاء ليحالوا حسب قواعد قانون العقوبات الخاصة بالتزوير^(٢) ويمكن الاستناد الى حكم هذه المحكمة بعد اكتسابه الدرجة القطعية وذلك لتعديل وتبديل المعلومات الواردة في السجلات الرسمية الخاصة بالولادة^(٣) .

اما اذا ثبت عدم صحة ادعاء الزوج فتعتبر الوثيقة صحيحة نهائية ولا يجوز الطعن به بالتزوير مرة أخرى ولو كان الطعن بالتزوير في المرة التالية منصبا على مواقع أخرى من هذه الوثيقة خلاف المواضع التي طعن بتزويرها في ادعاء التزوير واذا انتهت المحكمة الى ثبوت صحة هذه الوثيقة ورفضت الادعاء بالتزوير حكم على الزوج بغرامة لا تقل عن خمسين دينارا تستحصل تنفيذا ولا يخل ذلك بحق المتضرر في طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به اما اذا ثبت بعض ما ادعاه فلا يحكم عليه بشيء^(٤) .

(١) آدم النداوي، شرح قانون الإثبات، ط ٢، ١٩٨٦، بغداد، مطبعة دار القادسية، ص ١٣، هامش رقم ٦٥ والمصادر التي يشير إليها .

(٢) آدم النداوي، ص ١٤١، وانظر المواد ٢٨٨ - ٢٩٤ من قانون العقوبات العراقي .

(٣) انظر نص المادة ٢١ ف٢ من قانون تسجيل الولادات والوفيات .

(٤) آدم النداوي ، ص ١٤٢ .

المطلب الثاني

الخطأ في الرقابة

يلتزم الطبيب المختص الذي أجرى تلقيحاً صناعياً للزوجة بمتابعة حالتها^(١) وذلك للتأكد من مدى نجاح ما قام به واتخاذ ما يراه مناسباً لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل يتعين عليه أن يعطي المريض كافة البيانات والنصائح الواجب اتباعها لمفاداة النتائج السيئة خاصة إذا ما كان منها متوقعا أو على الأقل التخفيف من حدة هذه النتائج^(٢).

ويقصد بالنتائج السيئة في مجال التلقيح الصناعي حالة التشوهات الجينية التي من المحتمل حدوثها في الطفل المنتظر قدومه، تلك الحالة التي لم ينفها الاطباء أنفسهم وفي هذا الشأن قال أحد كبار الاطباء المتخصصين وهو (لوي في ماستريوني) من كلية طب جامعة بنسلفانيا الاميركية (أن التجارب التي تمت على الحيوانات حتى الآن لم تصل بعد الى اثبات واضح احصائي حول ما إذا كان النسل الناشئ عن مثل هذه

(١) وذلك عن طريق الاشراف والرقابة. هذا وقد فسرت محكمة التمييز في العراق الاشراف والرقابة بأنه (لا يعني وجوب ملازمة المريض حصرا طيلة الوقت بل يكفي تيسر الاشراف قريبا وبعدا فالمسلم به فقها ان ترك الطبيب مريضه يعد اخلالا من جانب الطبيب فاذا أدى الترك دون غيره مباشرة الى النتيجة فيصبح توجيه المسؤولية الى الطبيب والا وجب البحث عن السبب المباشر).

قرار محكمة التمييز المرقم ٥٣٥/تمييزية/١٩٦٨/تاريخه ٣٠/١١/١٩٦٨ أشار إليه عباس الحسني، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز المدنية والعسكرية وأمن الدولة، المجلد الثاني جرائم الاعتداء على الاشخاص، ١٩٦٩، مطبعة الارشاد، بغداد، ص ٢١٩-٢٢٠ في حين فسرت محكمة النقض الفرنسية الاشراف بأن (رقابة الطبيب ... يجب ان تستمر بعد استفاقة المريض لغاية استعادته لكامل وظائفه الحيوية وعلى الخصوص وظيفة الامعاء ... وان المريض حينما أجريت له عملية الحقن التي سببت الضرر رغم انه كان مستيقظا لم يكن قد تم انعاشه بالمعنى التقني للكلمة ما دامت امعاؤه لم تستعد بعد وظيفتها).

محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الاولى، ١١/٤/١٩٨٤، نشرته المجلة العربية للفقهاء والقضاء، ٦ تشرين اول ١٩٨٧، ص ٥٣٢.

ونعتقد أن الاتجاه الثاني هو الأرجح إذ أن ما ذهب إليه القضاء العراقي يقل كثيراً عن المتطلبات التي ينبغي من الطبيب القيام بها وان أجرى عملا جراحيا ناجحا فمعنى الاشراف الذي ذهب اليه هذا القضاء يعني القبول بالاشراف الشكلي وهذا ما لا نرضاه.

(٢) قرب ذلك : أحمد شوقي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٣٧.

العمليات نسلًا سويًا وأوصى بضرورة إجراء مزيد من التجارب على الحيوانات وعلى البويضات الانسانية قبل تطبيقه علاجيا على الناس^(١).

ونرى أن هذا الطبيب يستطيع ان يدفع مسؤوليته عن تشوه الطفل بان يثبت السبب الأجنبي الذي نصت عليه المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي والتي تقرر (إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك).

وبناءً عليه يستطيع الطبيب أن يدفع مسؤوليته باثبات إن هذا التشوه قد حدث نتيجة لتماس كهربائي في الصفائح الكهربائية الحافظة للجنين^(٢)، أو أن يدفع مسؤوليته بأن يثبت أن هذا التشوه نتيجة خطأ طبيب آخر لجأت اليه المريضة نتيجة حدوث مضاعفات شعرت بها بعد إجراء عملية تلقيح صناعي لها أو ان يدفع مسؤوليته باثبات خطأ المريضة نفسها كما لو امرها الطبيب بان تراجع بانتظام لمراقبة حالتها غير انها لم تلتزم بذلك.

ان هذه العملية (التلقيح الصناعي) قد تفشل برمتها وذلك بعدم تخلق الولد المنتظر قدومه كما لو حصلت عملية اجهاض للزوجة الحامل وعلينا أن نتبين سبب الاجهاض ان قد يكون السبب هو أن الطبيب قد اعطى الزوجة بعض الادوية والمستحضرات الطبية دون أن تستلزمها الضرورة مما أحدث مفعولاً عكسياً على المرأة نتيجة اصابتها بمرض معين لا ينسجم وطبيعة الدواء الذي وصفه لها الطبيب المختص^(٣). أو أن هذا

(١) نقلاً عن بحث مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص ٦.

(٢) تستخدم هذه الصفائح فعلاً لاغراض التدفئة.

(٣) وتطبيقاً لذلك فقد أدانت إحدى المحاكم الفرنسية أحد الاطباء المختصين بامراض النساء بتهمة القتل الخطأ وذلك بسبب اهماله عندما كان يشرف على علاج سيدة بعد الوضع (أي جانب الرقابة) وبالرغم من ان حالتها كانت خطيرة فان الطبيب لم يتخذ اي اجراء منتج لانقاذها بل اشارة خرابا لعلاج اللازم لها وبالإضافة الى ذلك (وهذا هو الأهم) انه قد حقنها بعدد أكثر من الحد المقرر مما سبب وفاتها .

نقض جنائي فرنسي ١٤ تموز ١٩٥٧ ، سيرى ١٩٥٧ ، ص ٣٣٩ ، أشار إليه منير رياض حنا ، المصدر السابق، ص ٦٦. ومن الطبيعى اننا قد لجأنا الى الاحكام القضائية التي صدرت في عموم المسؤولية الطبية فيما يخص هذه المرحلة من العمل الطبي (أي جانب الرقابة) نظراً لعدم وجود احكام قضائية تخص هذه المرحلة في نطاق التلقيح الصناعي .

الاجهاض قد حصل نتيجة للفاعلية غير العادية التي قد تحدثها بعض هذه الادوية والتي تقتضي اشرافاً دقيقاً وواعياً في استعمالها كما لو انتهت مدة صلاحية هذه الادوية والمستحضرات، او ثبت ان هناك خطأ في تركيبها الكيميائي .

إن الحالة الأخيرة غير منظمة في التشريع العراقي وتخص قواعد مسؤولية المنتج^(١) ونرى أنه في وفي ظل غياب الاحكام الخاصة بهذا النوع من المسؤولية فلا مناص لنا الا اللجوء إلى القواعد العامة التي تعد الملاذ الاخير لحل هذا الاشكال حيث يمكن للقضاء العراقي وإلى حين تشريع الاحكام الخاصة بمسؤولية المنتج أن يطبق الاحكام الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع المقررة لدينا بنص المادة ٢١٩ مدني عراقي والتي تقرر (الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم)^(٢) .

إن شركات الادوية التي تقوم بإنتاج الادوية والمستحضرات المستخدمة في عمليات التلقيح الصناعي أما أن تكون من بين (المؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة) او تكون من بين (المؤسسات الصناعية والتجارية) وفي كلا الحالتين فانها تكون مشمولة بحكم المادة ٢١٩ سالفه الذكر .

(١) ونفس المشكلة في القانون المصري والفرنسي اذ ليس فيهما ما يواجه مسؤولية المنتج بنصوص مستقلة.

محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، ط ١، ١٩٨٣، ص ٤. وفي تحديد معني مسؤولية المنتج في الفقه والقضاء المقارن انظر : سالم محمد رديعان، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، رسالة لدكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون، ١٩٩١، ص ١٥-٢٠، غير منشورة.

(٢) علما اننا لم نعر على تطبيق للمادة ٢١٩ من القانون المدني في ميدان المسؤولية الطبية باستثناء حكم واحد حيث اقام المدعي الدعوى على وزارة الصحة طالبا التعويض عن وفاة ابنه الذي ولد حديثاً وترك في غرفة مبردة دون عناية بالطفل فقررت المحكمة الادارية في بغداد /الكرخ الحكم على وزارة الصحة بالتعويض لان الخطأ وقع من التابع أثناء الخدمة الطبية في المستشفى حسب المادة ٢١٩ /١ مدني.

رقم الاضبارة /٢٧٢١/ادارية/١٩٨٤-١٩٨٥ في ١٤/٤/١٩٨٥ - قرار غير منشور.

هذا ويقصد بكلمة (تعد) الواردة في نص المادة ٢١٩ مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة أي بمعنى أن يقوم الشخص بالخروج عن حدود الحق والرخصة التي رخص بها القانون أو العرف أو العادة بحيث يكون مسؤولاً عن خروجه عن الحد المألوف أو المتعارف عليه، فالتعدي معناه إلا يكون للفاعل حق في اجراء الفعل الذي حصل منه الضرر^(١).

وبالاضافة الى ذلك نرى أيضاً أنه يمكن للقضاء العراقي وهو يتلمس الحل فيما يخص مسؤولية المنتج ان يطبق نص المادة ٥٥٨ ف٢ مدني عراقي بشأن ضمان العيوب الخفية والتي تقرر (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه . ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

وذهب اتجاه فقهي إلى القول ان بعض شروط العيب الموجب للضمان ستأخذ في خصوص مسؤولية المنتج مفهوماً مختلفاً وبالذات فيما يتعلق بقدّم العيب حيث إن المنتج لا يكون مسؤولاً عن العيوب التي تلحق المنتج بعد تسليمها للمستهلك او المستعمل إلا إذا كان هذا العيب الذي طرأ على المنتج تحت يد الأخير يرجع الى عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة والمتمثلة بواجب الاخبار او التحذير التي من شأنها أن تقيها من التلف وفي هذه الحالة فقط يكون بالامكان الرجوع الى المنتج لا وفقاً لقواعد الضمان في عقد البيع وإنما بموجب القواعد العامة في المسؤولية^(٢).

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجناثية في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢، ص١٩٨. هذا وقد حصل الخلاف في الفقه العراقي حول تفسير معنى كلمة (تعد)، فذهب رأي الى انه لا يشترط لقيام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع صدور فعل ممتنع من التابع بل يكفي اهمال هذا التابع .
حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الصمدر السابق ، ص ٢٩٥. في حين ذهب رأي ثان الى أنها تعني الخطأ بركنيه المادي والمعنوي استناداً لقضاء محكمة التمييز والقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

غازي عبد الرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، مجلة العدالة العراقية، ع٣، ص١، تموز - آب - ايلول، ١٩٧٥، ص ٦٣٧.

(٢) محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص ٤٥.

الفصل الثاني

الضرر

إن إصابة الشخص الذي أجريت له عملية تلقيح صناعي بضرر اثناء هذه العملية او من جرائها تعد الشرارة الاولى التي تنقذ عنها المسؤولية الطبية سواء بالنسبة للطبيب القائم بهذه العملية ام بالنسبة لمركز زرع الاجنة فالضرر يزال (١) اذ لا ضرر ولا ضرار (٢) فالضرر إذن روح المسؤولية المدنية عموماً .

Lessence de La responsabilite civile (٣)

إن الاضرار التي تنتج عن هذه العملية تتمثل بالاضرار الجسدية التي تقع على المريض كالأذى الذي يصيب رحم أو مبيضي الزوجة او قناة المنى لدى الزوج او تتمثل بالاضرار المعنوية نتيجة افشاء الطبيب او مركز زرع الاجنة السر الطبي الذي ينبغي عليهما المحافظة عليه، تلك الاضرار التي لا يمكن وصفها بالبساطة والسهولة بل انها اضرار ذات طبيعة خاصة لاسيما اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار انها عمليات لازالت في مستقبل نشوئها ولعدم توفر الامكانيات الكافية لمعالجة المضاعفات والآثار الناشئة عنها .

مما لا شك فيه أن القواعد العامة في الضرر هي التي تنطبق هنا أيضاً لان الضرر الطبي صورة من صور الضرر بوجه عام (٤) .

وعليه نرى تقسيم هذا الفصل وفق الخطة التالية :

المبحث الأول : الاضرار الجسدية.

المبحث الثاني: الاضرار المعنوية .

(١) م ٢٠ من مجلة الاحكام العدلية.

(٢) م ٢١٦ من القانون المدني العراقي وهي مأخوذة عن م ١٩ من المجلة .

(٣) نقلاً عن حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الاول في الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ١٥٥ .

(٤) في بيان شروط الضرر القابل للتعويض انظر:

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، الجزء الاول ، ٨٥٥-٨٥٨. سليمان مرقس، الوافي ، ص ١٣٦ وبعدها.

المبحث الأول

الاضرار الجسدية

إن الضرر الجسدي انما يعبر عن النتائج المادية (أي المالية) والادبية (أي غير المالية) التي تترتب على الاعتداء على الجسم البشري ومؤدى ذلك ان النتيجة المباشرة للاعتداء على الجسم هي المساس بالمزايا التي يخولها الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الحياة (١)، وإلى هذا النوع من الاضرار اشارت المادة ٤٢٦ ف٤ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد (٢).

ونرى ان الاضرار الجسدية تتمثل هنا بشكل بارز في حالة التشوهات التي تحدث في الطفل المتكون بطريق التلقيح الصناعي ، فهذا الطفل سيصاب حتما هو ووالداه بالام مادية ومعنوية وان كنا نعتقد أن الآلام المعنوية هنا تفوق الآلام المادية في حدتها ودرجة ترتب الآثار عليها (٣).

وتتمثل الاضرار المادية هنا بمصاريف الدواء والعلاج التي ينفقها المتضرر او ذويه لاجل تحسين حالته الصحية او للاسراع في شفائه او لاجراء عملية جراحة تجميلية لتحسين مظهره امام الناس وتتمثل بالعجز المؤقت والعجز الجزئي الدائم اذ ان

(١) احمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص اخر غير المضرور، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول ، س٢٢ ١٩٧٨، ص٤٤.

(٢) حيث قالت (الضرر الجسمي هو الذي يقع على جسم الانسان فيسبب له ضررا ماليا او معنويا).

(٣) وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية انه (اذا كان الطفل قد خرج الى الحياة وقد بدت عليه علامات الموت ولكن بعد انعاشه ظهر انه اصيب بعاهة سببها نزيف مخي وكانت محكمة الموضوع قد استبان لها من الاطلاع على الاوراق ان هذه العاهة ترجع الى خطأ كان يمكن تجنبه وقت الولادة باستعمال الوسائل الطبية الملائمة لو ان المتاعب الجنينية كشفت في الوقت المناسب الا ان طبيب التوليد امتنع عن ان يفحص الام بنفسه بالرغم من علمه بتعرضها لتقلص رحمي ومن ان المستشفى التي ولدت الام فيها ليس بها اطباء متخصصون ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع ان هي قررت ان طبيب التوليد قد اسهم بامتناعه في احداث العاهة).

محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الاولى، يونيو ١٩٧٦، نشرته مجلة العدالة، دولة الامارات العربية المتحدة، ع١٥، س٤، يوليو، ١٩٧٧.

المتضرر غالباً ما يمارس مهنة يدوية أو فكرية يجد نفسه مضطراً الى الانقطاع عن عمله لمدة تطل أو تقصر بحسب الاحوال^(١).

غير أن الاضرار المادية في حالتنا التي نتحدث عنها تتجسد بمصاريف الدواء والعلاج فقط، فالطفل سيولد ومعه هذه التشوهات حيث لا يتسنى له الوقت والظروف الصحية من العمل عندما يبلغ اشدّه كي ينقطع عنه وبالتالي لا تسبب له اضراراً مادية .

غير ان المحاكم الفرنسية قد قررت منح التعويض حتى عن هذا النوع من الاضرار الذي يصيب الاحداث الذين لم يمارسوا مهنة معينة بعد حيث اعتبرته ضرراً مستقلاً متميزاً عن الاضرار الادبية الاخرى لانه يؤدي الى حرمان الحدث من اختيار بعض المهن التي تحتاج الى لياقة بدنية كما يحرمه من ممارسة بعض الالعاب الرياضية^(٢).

أما الاضرار المعنوية فتتمثل بالالام الجسمية التي تنشأ عن التدخل الجراحي المستمر لتحسين مظهره ووضع الصحي وبالضرر الجمالي الذي يصيب جمال جسم الطفل وهو ضرر نعتقد ان له اهمية بارزة إذ سيمنع الحدث من العمل ومن الاختلاط بغيره من اقرانه وحرمانه من مباهج الحياة أي عدم التمتع بملذات الحياة ومسراتها^(٣).

ان أزمة الاضرار الناجمة عن الجراحة عموماً وفي التلقيح الصناعي خصوصاً قد اخذت بالازدياد وهو ما حدا بـ Gosset الى القول انها تسير (اي الاضرار الطبية) في خط متواز مع التقدم العلمي^(٤).

إن البحث في هذا الموضوع يثير جملة مشكلات لكننا سوف نركز على مشكلة نراها ذات صلة كبيرة بالموضوع وهي الاضرار المباشرة وغير المباشرة في المجال الطبي، ففي عملية مثيرة كالتلقيح الصناعي ارتكب فيها الطبيب خطأ نتج عنه ضرر

(١) سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١ ص ١٠٢.

(٢) سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١١٥.

(٣) سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١١١ وبعدها .

(٤) نقلاً عن عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية

بلا سنة طبع، ص ٥٠، هامش رقم (١)

جسدي (١) وهو أمر جعل الحدث يعاني من وزره (٢) مما جعل حياته عبئا عليه دفعه للتخلص منها عن طريق الانتحار (٣) فهذه السلسلة من الاضرار الجسدية هل يسأل الطبيب عنها جميعا ام تقف مساءلته عند حد معين؟

ونعيد صياغة السؤال من جديد هل يسأل الطبيب الذي قام بهذه العملية عن جميع الاضرار التي خلفتها هذه العملية من مباشرة وغير مباشرة ام يسأل فقط عن الاضرار المباشرة؟

ان من الثابت قانونا ان المسؤولية لا تقع الا على الاضرار المباشرة فقط فلا يسزل عن الاضرار غير المباشرة المترتبة على خطئه سواء اكان ذلك في المسؤولية العقدية ام في المسؤولية التقصيرية (٤).

غير ان هذه القاعدة كانت محل خلاف في بعض القوانين كالقانون المدني الفرنسي اذ ذهب اتجاه من الفقه الفرنسي الى أن المادة ١١٥١ (٥) منه والتي تلزم المدين بالضرر المباشر دون الضرر غير المباشر خاصة بالمسؤولية العقدية فقط وعليه فانهم قالوا بان مرتكب الخطأ يسزل قبل المضرور عن جميع ما لحق به من اضرار سواء كانت اضرارا مباشرة ام كانت اضرارا غير مباشرة (٦).

الا ان فريقا آخر عارض ذلك فاعتبر الاجتهاد الفرنسي ان الاشتراط الوارد في مجال المسؤولية العقدية يعرض بالطابع العام الذي يخرج به عن هذا المجال ليمتد منه الى

(١) كالتشوهات مثلا.

(٢) سواء اكان ذلك في هذا المستوى من العمر ام بعد ذلك.

(٣) وهو ار شائع في دول الغرب والعياذ بالله .

(٤) سمير تناغو، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف المصرية ، بلا سنة طبع ، ص ٣١٣

(٥) حيث تقول:

(Dans Le Cas memeou Linexécution de La convention resulte du dol du debiteur, Les dommages et interets ne doivent comprendre a L'egard do La perte eprouvee par La creancier et du gain dont il a ete prive, que ce que est une suite immediate et directe de L'inexécution de La convention).

(٦) مأون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ج ١، مصادر الالتزامات ، ط ٣، ١٩٧٤، ص ٤٠٩.

اطار المسؤولية الناشئة عن الجرم وشبه الجرم (أي المسؤولية التقصيرية) (١) وهو الاتجاه الذي تؤيده في ضوء ما استقر عليه التشريع والفقه والقضاء المقارن .

غير ان قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ قد خرج في هذا الشأن على تقاليد القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري (٢) اذ نص في م ٢٣٤ ف ٤ على ان (الاضرار غير المباشرة ينظر اليها بعين الاعتبار كالاضرار المباشرة ولكن بشرط ان تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب) (٣) .

ويتساءل (الدكتور محمود سعد الدين الشريف) الى ان القانون اللبناني لم يعرفنا ماذا يعني بالصلة الواضحة وينتهي الى القول ان اتجاه الاخير يخالف مسلك معظم التقنينات الحديثة (٤) .

ونرى ان (الصلة الواضحة) تعني ضرورة وجود رابطة سببية بين الفعل والضرر المترتب عليه فمتى تحققت رابطة السببية هذه تحققت مسؤولية الفاعل وألزمته المحكمة المختصة بدفع التعويض للمضرور اذ ان كل رابطة سببية يجب ان تكون واضحة بما فيه الكفاية بين الخطأ والضرر والا استبعدتها القاضي المختص . ان هذه المسألة رغم كونها أمراً محسوماً (٥)، الا ان المشكلة التي تواجهنا فعلا هي كيف نحدد الضرر الذي يواجهنا أهو مباشر ام غير مباشر؟

(١) عاطف النقيب ، المصدر السابق ، ص ٢٩٩ .

(٢) ومعهما القانون المدني العراقي .

(٣) كذلك قانون الالتزامات السويسري م ٩٩ . وقد حاول الفقه الاميركي توسيع مفهوم الاضرار المباشرة ليشمل لتلك الاضرار المترتبة اما مباشرة او (بصورة تقريبية) من الاخلال وتبني هذا الاتجاه التقنين التجاري الاميركي الموحد الصادر عام ١٩٧٨ ، الفقرة ب من المادة ٢/٧١٥ من التقنين وتقول:

(INJURY TO PERSON OR PROPERTY (PROXIMATELY) RESULTING FROM ANY BREACH OF WARRANTY).

(٤) محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٤٠٠ ، هامش (١) .

(٥) ومنها كذلك في القانون المدني العراقي حيث يتم التعويض عن الضرر المباشر فقط . انظر نص المادتين ١٦٩ ف ٢ بخصوص المسؤولية العقدية ، ٢٠٧ ف ١ بخصوص المسؤولية التقصيرية ، وانظر أيضاً المادتين ٢٢١ مدني مصري ٢٢٢ مدني سوري .

إن الأمر ليس بالسهولة المتصورة بل إن الأمر حدث دقته وصعوبة وضع معيار للتفرقة بين الضررين المحاكم إلى اعتبارها مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع تبعاً لما يراه من ظروف كل مسألة على حدة ويكون فيها غير خاضع لرقابة محكمة النقض^(١). هذه الصعوبة هي التي حدثت بـ (اسمان) إلى القول إن المحاكم الفرنسية تكيف الضرر بأنه مباشر أو غير مباشر حسب أهوائها دون أن تستند إلى أي معيار محدد وهو بهذا يرى أن الفكرة الوحيدة التي يمكن الاعتماد عليها للتفريق بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر هي درجة احتمال وقوع الضرر أو كما يعبر عنها (سافاتييه) بأنها درجة التوقع الطبيعي *previsibilite normale* للضرر انطلاقاً من الخطأ^(٢).

غير أن اتجاهها قد برز حديثاً في الفقه الفرنسي يرمي إلى التفرقة بين الضرر العادي والضرر غير العادي حيث لا يتم الأخذ بنظر الاعتبار الشيء الذي سبب الضرر العادي أو الضرر غير العادي أي سواء حدث ذلك الأمر نتيجة لخطأ الطبيب أم نتيجة لعيب في المواد المستعملة أو الأجهزة المساعدة^(٣).

إلا أن (سافاتييه) قد تصدى لفكرة الضرر غير العادي وهاجمها مؤكداً أن القول بأن الضرر الطبي يعتبر في كثير من الحالات ضرراً عادياً يمكن للمريض أن يتحملة هو قول غير مقبول لأن الشيء الأكثر احتمالاً هو أن تعتبر الأضرار التي تلحق المريض أضراراً غير عادية^(٤).

وتعزيزاً للنقد الذي وجهه (سافاتييه) فقد ضرب أمثلة توضح صعوبة التفرقة بين الضرر العادي والضرر غير العادي فهل تعتبر السدة الشريانية المميتة الناتجة عن تدخل الطبيب عادية أو غير عادية؟ ثم ما هو الموقف بالنسبة للشلل الذي يقع للمريض نتيجة وضع الجبس حول العضو المكسور؟ ثم ما هو الموقف بالنسبة للحساسية

(١) سليمان مرقس ، الوافي ، المصدر السابق ، ص ٤٦٨ .

(٢) وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج (في التصرف القانوني ، ١٩٧٥ ، ص

٢٧٥ - سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .

(٣) عبد الرشيد مأمون ، المصدر السابق ، ص ٦٣ .

(٤) عبد الرشيد مأمون ، المصدر السابق ، ص ٦٤ .

ضد البنسلين ؟ وما هو الموقف بالنسبة للتشريح الشاذ ؟ ثم ما هو الموقف بالنسبة لعدم كفاية منشط القلب والاستعداد للنزيف^(١) .

ولم يلاق هذا الاتجاه حظه من التأييد من قبل (تارك) الذي ذهب هو الآخر الى صعوبة التفرقة بين الاضرار العادية والاضرار غير العادية الذي سيفتح الباب امام الجدل والتنازع اللذين يهدد ان النظام الاجتماعي^(٢) .

ونعتقد ان التفرقة بين الاضرار العادية والاضرار غير العادية أمر منتقد اذ سيؤدي الى المساواة بين الطبيب الذي يقوم بعمله على خير وجه والطبيب الذي يهمل في عمله اذ حينها يستطيع الطبيب المهمل ان يدفع مسؤوليته عن خطئه الطبي بتفاهته او عدم جسامه الاضرار المتحققة للمريض، هذا من جهة كما انه سيجعل القاضي المختص بالنظر في هذه القضية هو المتحكم^(٣) في الاضرار المتحققة فيدفع مسؤولية الأول على اعتبار ان الضرر انما هو ضرر عادي ويقيم مسؤولية الثاني على اعتبار ان الضرر غير عادي .

وبعد هذا لا نستطيع مقابلة هذا النظام مع فكرة الاضرار المباشرة وغير المباشرة التي وجدنا أن القضاء ومعه الفقه قد وقعا في صعوبات جمة لتحديد نوع الضرر المتحقق، تلك الصعوبات التي جعلت بعضاً من الفقه العربي يقترح بعض المعايير للتمييز بينهما فذهب اتجاه إلى انه يمكن وضع إطار للضرر غير المباشر يتمثل بمعرض الفعل الضار الاصلي من غير ان يتصل به مباشرة فيكون اتصاله به عن طريق سبب آخر بمعنى ان الفعل الاصلي يبقى عاملاً لازماً لحصول ذاك الضرر وإنما لا يكون العامل الكافي لحدائه اذ ان سبباً أو أسباباً أخرى قائمة بذاتها هي التي بانضمامها الى الفعل الاصلي او بتسلسلها بعده وفي ظرف قد وفرت للضرر فرصة حدوثه^(٤) .

وذهب اتجاه ثان الى انه لتحديد الضرر المباشر وتمييزه عن الضرر غير المباشر

(١) نقلاً عن عبد الرشيد مأمون ، المصدر السابق ، ص ٦٤ .

(٢) نقلاً عن عبد الرشيد مأمون ، ص ٦٥ .

(٣) بعد احوالها الى خير طبي ، ولو ان رأي الخير لا يقيد المحكمة .

(٤) عاطف النقيب ، المصدر السابق ، ص ٢٩٨ .

ينبغي الرجوع الى علاقة السببية بين الخطأ والضرر والقول بان الضرر المباشر هو الذي يعد نتيجة ضرورية او محققة للواقعة التي لحقها نعت الخطأ^(١).

ولعلنا نجد قريبا من ذلك في موقف القانون الانكلو اميركي الذي لا يكتفي في موضوع السببية بـ (السببية المادية) وانما يعمل قواعد السببية القانونية (٢) والتي بمقتضاها ان المدعى عليه لا يسأل عن الاضرار التي تحدث بطريقة غير متوقعة او بطريقة غير عادية حتى ولو ثبت بوضوح ان نشاط المدعى عليه كان سببا ماديا للضرر فليس من العدالة ان يسأل الشخص عن اضرار اكثر من تلك التي يجب ان يتوقعها خاصة وان المسؤولية تجد اساسها واصلها في فكرة التوقع ذاتها^(٣).

فالمدعى عليه طبقا لنظرية السببية القانونية لا يسأل إلا عن الأضرار او النتائج القريبة وليست البعيدة عن فعله او اهماله وتكون الاضرار قريبة اذا كانت نتيجة متوقعة لفعله وبالتالي فهذه النظرية تستبعد مسؤولية المدعى عليه في حالتين :

أولاهما : خاصة بالاضرار البعيدة غير المباشرة وهي تلك التي تبعد المدعي عن نشاط عليه سواء من حيث الزمان او من حيث المكان .

ثانيهما : خاصة بالاضرار غير المتوقعة التي تحدث بطريقة غير معتادة والتي يمكن القول انها لم تكن في الحسبان (٤) وهذا ما اتبعه القضاء الفرنسي^(٥).

(١) محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٥٨٣.

(٢) وتعني السببية القانونية هي ما يعتبره القانون سببا للضرر من بين جملة الاسباب اذا اجتمعت في احداث الضرر عدة اسباب فتتوصل لمعرفة السبب المنتج من بينها والمؤدي لاحداث الضرر وفق معيار اعتمدته الفقه الانكلوسكسوني وهو السبب المعتاد الذي يحدث الضرر في العادة .

فريد عقل ، النظرية القضائية في المسؤولية الشئئية ، مجلة المحامون السورية ، ع ١٠٤ ، تشرين أول، ١٩٨٦ ، ص ١١٠٠ .

(٣) محمد شتا ابو السعد، اصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الاسلامي السوداني ، الكتب الاول ، ط ١ ، ١٩٨٤ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص ١٢١ .

(٤) محمد شتا ابو السعد ، المصدر السابق ، ص ١٢١ .

(٥) وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ط ٢ ، ١٩٧٨ ، ص ٢٩ .

المبحث الثاني

الاضرار المعنوية

الضرر المعنوي (أو الادبي) هو الذي لا يمس المال وانما يصيب الشخص في ناحية غير مالية كالشعور او العاطفة او الكرامة او الشرف (١)، فهذا النوع من الضرر يلحق ما يسمى الجانب الاجتماعي او المعنوي للشخصية الانسانية ليكون في العادة مقترناً بأضرار مادية او يلحق بالعاطفة او الشعور بالآلام والاحزان التي يحدثها في النفس ليقوم وحده غير مصحوب باضرار مادية يكون فيها قد لحق أموراً أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية أو الافكار الخلقية (٢).

وقد عرفه واضعو مشروع القانون الفرنسي - الايطالي للالتزامات والعقود في المذكرة الايضاحية لهذا المشروع بأنه (الضرر الذي لا يمس الذمة المالية وانما يسبب فقط ألماً معنوياً للمتضرر) (٣).

والقاعدة العامة في هذا الصدد تقضي بان التعويض كما يشمل الضرر المادي فانه يشمل الضرر الادبي أيضاً (٤).

ويتصور الضرر المعنوي في عمليات التلقيح الصناعي بقيام الطبيب بافشاء السر الطبي الذي يتعين عليه عدم إفشاؤه حتى بعد انتهاء هذه العملية ، كما لو افشى اسماء الاشخاص الخاضعين للتلقيح الصناعي او نوع المرض المسبب للعقم بل قد يتعرض مركز زرع الاجنة نفسه للمسؤولية المدنية عن افشاء الاسرار الخاصة بالخاضعين للتلقيح الصناعي .

إن الاسس التي تقوم عليها العلاقة بين الطبيب ومريضه هي الثقة المطلقة

(١) عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٤، ص ٥١٧.

(٢) مقدم السيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، ط ١، ١٩٨٥، ص ٥٢.

(٣) سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٦٩.

(٤) انظر على سبيل المثال المواد : ١/٢٠٥ مدني عراقي - ٣/٤٢٦ مشروع القانون المدني العراقي الجديد - ١/٢٢٢ مدني مصري - ١/٢٢٣ مدني سوري - ١/٢٢٥ مدني ليبي - ٢٦٣ موجبات وعقود لبناني .

والاحترام المتبادل فالمريض لا ينتظر من طبيب ان يمنحه مقدرته الفنية فقط بل ينتظر منه أيضاً ان يحرص على احترام سرية ما يتحصل عليه من معلومات نتيجة لفحصه وعلاجه بوصفه مريضاً والثقة المهنية تقتضي على الطبيب الا يفشي متطوعاً وبدون موافقة المريض لاي طرف ثالث اية معلومات يكون قد تحصل عليها اثناء علاقته المهنية بالمريض^(١).

وعلى هذا يرتبط السر عموماً والسر الطبي خصوصاً بالجانب الاخلاقي الذي اقام عليه فلاسفة الاخلاق الاسلاميون واجب الكتمان وفي هذا يقول الامام الزبيدي رحمه الله (ومن ذلك ان يسكت عن افشاء سره الذي استودعه اياه وله ان ينكره من اصله وان كان كاذباً فليس الصدق واجباً في كل مقام بل في بعض المواضع يستحسن الكذب شرعاً فانه كما يجوز للرجل ان يخفي عيوب نفسه وأن يخفي اسراره وإن إحتاج الى الكذب فله ان يفعل ذلك في حق أخيه فان أخاه نازل منزلته وهما كشيء واحد لا يختلفان الا بالبدن فهذه حقيقة الاخوة والصداقة)^(٢).

(١) ادوارد رياض، الحصانة القانونية لاسرار المهنة في القانون المقارن، مجلة الحق، س٣، ع١، ١٩٧٢، ص ٩٤. هذا وان هناك الزاماً قانونياً بعدم افشاء السر نصت عليه المادة ٨٩ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ وسنشير إليه بالتفصيل لاحقاً. وتقتضي تعليمات السلوك المهني العراقية انه (على الطبيب ان لا يفشي بدون رضا مريضه معلومات حصل عليها اثناء علاقته المهنية الا في الاحوال التي يتطلبها القانون). ونعتقد ان هذا النص جاء مضطرباً اذ ان واجب عدم الافشاء لا ينحصر في المعلومات بل يمتد الى الوقائع ايضا اصف الى ذلك ان هذا الالتزام لا ينحصر بما حصل عليه اثناء علاقته المهنية بل قد يكون ذلك ناتجاً بسبب هذه العلاقة واخيراً نجد ان مصطلح (العلاقة المهنية) تعبير غامض ولا يفي بالغرض ونقترح مثلاً الصيغة التالية (لا يجوز للطبيب افشاء الاسرار التي اؤتمن عليها بحكم مهنته إلا في حدود ما يقتضيه القانون).

(٢) الامام محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، اتحاف السادة المتقين بشرح اسرار احياء علوم الدين، باب الصحبة والاخوة، الجزء السادس، دار الفكر اللبنانية، بلا سنة طبع، ص ٢١٦. راجع في تاريخ السر الطبي : جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، ١٩٨٤، ص ١٥-٢٤. وقد قيل في معنى السر (انه ما يكتفي في النفس من حديث وما يظهر لانه من الاضداد). السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٣، ج١٢، مادة سرور، ص ٥.

(٣) عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، ع٢، س٥، ١٩٨١، ص ٤٠.

فالسر الطبي شرع لمصلحة الطبيب والمريض معا ، فالمريض يجب ان يثق بطبيبه ولا يخفي عنه ما ينبغي ان يفضي اليه كي يتعرف على اسباب مرضه ويمكن من معالجته ، والطبيب يجب ان يلقي في نفس مريضه الثقة به والطمأنينة بانه سيكتم ما يسره إليه فاذا لم يشعر المريض بهذه الثقة فانه قد يتردد في الافضاء بكل التفاصيل التي قد تكون ضرورية لتشخيص المرض ووصف الدواء الناجح^(١).

غير أن السؤال الأول الذي يثار بحق هنا هو هل ان جميع المعلومات والبيانات المتصلة بالتلقيح الصناعي تدخل في نطاق الاسرار الطبية ؟ ومن هم الاشخاص الملزمون بحفظ هذا السر ؟

ذهب رأي فقهي الى القول بأن العرف هو المرجح في تحديد بعض الامراض التي لا يجوز افشاء سرها ومن امثلة ذلك البرص والجذام والزهري والسلان وهي التي يطلق عليها الامراض المعدية والسرية ولا يقدح في ذلك كون بعض هذه الامراض لها مظاهر خارجية^(٢).

وذهب اتجاه آخر الى انه يدخل في نطاق السر كل ما يضر افشاؤه بسمعة مودعه او كرامته او هو كل ما يعرفه الامين اثناء او بمناسبة ممارسته مهنته وكان في افشائه ضرر لشخص او لعائلة اما لطبيعته او بحكم الظروف التي تحيط به^(٣).

وذهب اتجاه آخر الى القول ان سر المهنة الطبية قد يرجع الى طبيعة المرض كما لو كان وراثيا وقد يرجع الى جسامته واخيرا قد يتحدد السر بالوقائع والملابسات كما اذا افضى المريض الى الطبيب بأن الجرح الذي يعالجه انما نشأ عن عراك او عرف الطبيب هذه الحقيقة من نفسه .

(١) اسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن افشاء سر المهنة ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٣٣.

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ، افشاء الاسرار ، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية ، ج٢ ، بلا سنة طبع ، ص ٥٢.

(٣) حسن زكي الابراشي ، المصدر السابق ، ص ٤١٧-٤١٨ ، وللتفصيل انظر المراجع التالية وهي تتحدث عن مفهوم السر الطبي فللموضوع صلة وهي : احمد سلامة ، الحماية الجنائية لاسرار المهنة ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٤٠ . سمير اورفلي ، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب اذا افشى سراً من اسرار مهنته ، مجلة المحامون السورية ، ع ١١ ، تشرين الثاني ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٣٧-١٣٣٩ . محمد فائق الجوهري ، المصدر السابق ، ص ٤٧١ وبعدها .

ان من المستقر عليه ان السر الطبي لا يقتصر على المعلومات الخاصة بنوع المرض او الاصابة التي يعاني منها المريض وانما يشتمل على كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحوص او تحاليل او اعمال تشخيصية غير ان المعلومات والبيانات التي لا تتعلق بالعمل الطبي نفسه فانها لا تدخل ضمن السر الطبي كأسعار الخدمات المقدمة للمريض او اوقات العلاج^(١).

إن هذا الأمر تتنازعه مصلحتان، المصلحة الأولى : ترتكن الى حرية النشر والتعبير بمختلف وسائل الأيضاح ، والمصلحة الثانية : تتلخص في حق كل شخص في حياته الخاصة ومنع الناس من التعرض لها^(٢).

ولهذا يجوز في رأينا للطبيب الذي يجري تلقيحاً صناعياً ان ينشر بحثاً طبياً عنه متى لم يكن فيه انتهاك لحق الناس في اسرارهم، اذ ان ذلك جائز لكن دون حاجة الى ذكر اسماء من أجرى عليهم الفحوص او نشر صورهم او اذاعة اسرارهم وما الى ذلك ، فتقدير ما يدخل في نطاق السر الطبي مرجعه المريض نفسه بوصفه صاحب الشأن وليس الطبيب فوصف السر يتوقف اذن على الأول دون الطبيب وبغض النظر عما يراه الاخير فالامر يقاس بمعيار شخصي لا بمعيار موضوعي.

اما من حيث الاشخاص الملزمون بحفظ السر الطبي فقد عدت المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي هؤلاء الاشخاص وهم الاطباء والجراحون وموظفو الصحة والصيادلة والقابلات وغيرهم ممن يستودعون سراً بحسب وضعهم او بحكم مهنتهم سواء كان عملهم مؤقتاً أم مستمراً .

والملاحظ في هذا الصدد ان المشرع الجنائي في بعض الاقطار العربية قد اتبع خطة مماثلة فالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري قالت (كل من كان من الاطباء او

(١) وتطبيقاً لذلك قضت تعليمات السلوك المهني العراقية انه (يدخل في نطاق السر الطبي ما يطلع عليه الطبيب من احوال مريضه الصحية وما قد يراه او يسمعه او يفهمه من مريضه اثناء اتصاله المهني به من اموره وامور غيره) .

(٢) ممدوح خليل البحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات، ج ١٧٠، ١٩٨٣، ص ٦٣.

الجراحين او الصيادلة او القوابل او غيرهم مودعا اليه بمقتضى صناعته او وظيفته سر خصوصي أو تمن عليه فأفشاه في غير الاحوال التي يلزمه القانون فيها ...). وفي تفسير هذه المادة اختلف الفقه العربي فذهب بعضهم الى ان الشارع المصري عندما وضع المادة المذكورة من قانون العقوبات لم يعمم حكمها بل انه خص بالنص طائفة معينة وعين الاحوال التي منع فيها افشاء الاسرار التي يضطر اصحابها ان يأتمنهم عليها باعتبار ان طبيعة عملهم تقتضي هذا الاطلاع^(١).

وهو تفسير يفهم منه انه لا يصح التوسع في هذا الاستثناء بتعدية حكمه الى غير المذكورين في هذا النص ، في حين ذهب اتجاه آخر الى القول ان المشرع الجنائي العربي جريا على ما استقر عليه تقاليد العمل في التشريع الفرنسي قد نص على طائفة معينة من الامناء على الاسرار وهم الامناء بحكم الضرورة *Confident necessaires* أو من تقضي صناعتهم بتلقي اسرار الغير ولم يشأ الشارع حصرهم حيث قالت المادة المذكورة (أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته او وظيفته سر خصوصي أو تمن عليه)^(٢).

وهو أمر يفهم منه أيضاً ان المشرع قد ترك للقضاء مهمة تعيين من يشملهم النص المتقدم وحسب ظروف القضية .

ويلاحظ بان المتتبع الدقيق لبعض القوانين العربية التي تناولت هذا الموضوع يجد انها اتبعت مسلكاً مماثلاً^(٣).

أما فيما يخص قانون العقوبات العراقي فقد جاء في المادة ٤٣٧ منه أنه (كل من علم بحكم وظيفته او مهنته او صناعته او فنه او طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الاحوال المصرح بها قانوناً ...) وهو نص نراه عاما على عكس ما جاء في المادة ٣١٠

(١) حسن المرصفاوي، قانون العقوبات المصري معلقا عليه ، طبعة ١٩٦٢، القاهرة ، ص ٢٣٨.

(٢) الهادي المدني، سر المهنة ومدى القصد الجنائي في افشائه، مجلة القضاء والتشريع التونسية، ع ٣، س ٣، آذار، ١٩٦١، ص ١٠٤١.

(٣) فعلى سبيل المثال لا الحصر - الفصل ٢٥٤ من المجلة الجنائية التونسية تقرر (ان الاطباء والجراحين وغيرهم من ضباط الصحة وكذلك الصيدليين والقوابل وغيرهم ...) المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري (الاطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقع او المهنة او الوظيفة الدائمة او المؤقتة).

من قانون العقوبات المصري، إلا أنه بمقارنة نص المادة ٤٣٧ من القانون العراقي مع نص المادة ٢٥٧ من قانون العقوبات البغدادي (الملغي) نرى أن الأخيرة كانت أكثر وضوحاً من الأولى حيث ذكرت (الاطباء والصيادلة) بنص صريح وبعد ذلك أردفت قائلة (أو غيرهم)^(١).

ويبدو أن خلافاً فقهيّاً آخر قد ثار حول التزام من يعاونون الاطباء بالسر الطبي فذهب البعض الى عدم تقييدهم بالكتمان رغبة في عدم التوسع في احوال المنع من الشهادة وأخذاً بقاعدة (التفسير الضيق في المواد الجنائية) (٢) غير أننا لا نرحب بهذا الاتجاه إذ أنه يخالف الاساس الاخلاقي للعمل الطبي (٣) حيث يعتبر أحد أهم مرتكزاته التي يقوم عليها .

وقد ذهب البعض الآخر الى أن ذلك (أي الرأي السابق) يجعل الحظر المقرر على رؤسائهم حبراً على ورق إذ أن افشاء الاسرار غالباً ما يكون عن طريق هؤلاء المساعدين فضلاً عن أن النص عام يسمح بذلك وبالتالي يرى هذا الفريق من الشراح تقييد هؤلاء المساعدين اسوة برؤسائهم وهو ما سلكته بعض القوانين صراحة كما هو الحال في المادة ٣٠٠ من القانون الالماني والقانون الهنغاري^(٤)، والانكليزي^(٥).

إن هذا هو ما نراه ملائماً في عمليات التلقيح الصناعي إذ يكون بمقتضى ذلك أن جميع اعضاء الفريق الطبي من اطباء ومساعدين (٦) وصيادلة وموظفين بل وحتى طلبة كلية الطب الذين يحضرون لمعاينة بعض من هذه العمليات فانهم جميعاً ملزمون

(١) في تفصيل هذا الجانب انظر : عادل عبد ابراهيم، حق الطبيب في ممارسة الاعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، ١٩٧٧، غير منشورة ، ص ٣٧٧.

(٢) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، ١٩٧٤، القاهرة ص ٢٩١.

(٣) لاسيما فيما تتصدى اليه من موضوع.

(٤) رؤوف عبيد ، المصدر السابق ، الصفحة ذاتها .

(٥) يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، س٥، ع٢، ١٩٨١، ص٧١ وانظر حكماً للقضاء الانكليزي في هذا الصدد مشار إليه في :

Clerk and Lindsell, on Torts, Eleventh Edition , London, 1956, p. 619.

(٦) ان وجدوا.

بالحفاظ على السر الطبي ويبرر هذا بأهمية هذه العمليات بالنسبة للإنسان وما يترتب عليها من كشف الزوجين لاسرار حياتهما الخاصة للطباء والتي قد تتصل بأدق تفاصيلها وخطرها مما ينعكس بالتالي على سمعة الزوجين وعائليتهما .

ويثور السؤال ثانياً عن مدى التزام الطبيب هنا بالسر أهو التزام مطلق أم هو التزام نسبي؟^(١)

للإجابة عن هذا السؤال نقول ، لقد وجدت هنا نظريتان ، تعرف الأولى بنظرية (السر المطلق) وتذهب ان واجب احترام السر مطلق وبالتالي لا يجوز افشاؤه الا اذا وجد نص قانوني يجيز هذا الافشاء وذلك لتعلقه بالنظام العام ، اما الثانية فتعرف بنظرية (السر النسبي) وتذهب ان السر لا يمكن الا ان يكون نسبياً بدليل ان التشريعات بدأت تخفف من شدة التقيد بكتمان الاسرار بدوافع اجتماعية او بهدف تحقيق العدالة^(٢) .

ان الالتزام بالسر الطبي ليس مطلقاً فأمامنا مصلحتان، مصلحة عامة ومصلحة خاصة فحيثما ترجح احدهما على الأخرى كان افشاء السر أمراً مطلوباً بل واجب^(٣) أي أنه ترد على هذا الالتزام بعض الاستثناءات منها ما هو جوازي ومنها ما هو وجوبي .

(١) إن للموضوع صلة بمصدر الالتزام بالسر الطبي وقد وجدت هنا نظريتان ، تذهب الأولى الى ان مصدر التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي هو العقد ومنهم من ذهب الى انه عقد وديعة ومنهم من ذهب الى انه عقد اجارة اشخاص او عقد وكالة وآخرون ذهبوا الى انه عقد غير مسمى . ونعتقد ان من أضفى هذه الاوصاف على العقد كان يقصد بها التخفيف او التشديد في مسؤولية هذا الشخص اذ ان عقود المعاوضات (كعقد اجارة الاشخاص) تتشدد فيها مسؤولية الشخص على عكس عقود التبرعات (كعقد الوديعة) . فيما ذهبت النظرية الثانية الى ان مصدر التزام الطبيب هو تعلقه بالنظام العام الذي يحدد مصدره في المصلحة الاجتماعية بمعنى تحقيق المصلحة العامة وينبني على الاخذ بهذه النظرية ان الالتزام بالسر الطبي التزام عام مطلق لتعلقه بالنظام العام حيث تربو المصلحة الاجتماعية على المصلحة الخاصة. انظر في تفصيل النظريتين : اسامة قايد، المصدر السابق، ص ١٤ .

(٢) في تفصيل ذلك انظر : سمير اورفلي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤٠ وبعدها .

(٣) ومن المفيد هنا ان نذكر ان الفقه الاسلامي يقرر قاعدة شبيهة في هذا الصدد فقد قيل (ان) الامام اذا رأى المصلحة في ان يسترعي رعيته بعض ما يهم به ويقصره عن العدو ويورى به عنه استحباب له ذلك او يتعين بحسب المصلحة ومنها : ان الستر والكتمان اذا تضمن مفسدة : لم يجز). ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الجزء الثالث ، ص ٣٧ .

وتتمثل الحالات الجوازية التي يجوز فيها للطبيب القائم بالتلقيح الصناعي ان يفشي فيها السر الطبي (١) بما يلي :

الحالة الأولى : افشاء السر بطلب من المريض نفسه

فإذا أحل المريض طبيبه من سر استودعه اياه اثناء معالجته كما لو طلب اليه اعطاه تقريراً يتضمن المعلومات التي أسرها اليه فللطبيب ان يستجيب على ان يذكر ان التقرير بما تضمنه من معلومات قد اعطي للمريض شخصياً وبناء على طلبه (٢).

وقد جاء في تعليمات السلوك المهني العراقية انه من مبررات افشاء السر الطبي (الشهادات الطبية المنظمة بحسب طلب المريض).

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية انه (لا عقاب بمقتضى المادة ٣١٠ ق. ع على افشاء السر اذا كان لم يحصل الا بناء على طلب مستودع السر فاذا كان المريض هو الذي طلب بواسطة زوجه شهادة عن مرضه من الطبيب المعالج فلا يكون في اعطاء هذه الشهادة إفشاء سر معاقب عليه) (٣).

ويشترط في هذا الاذن ان يكون صادراً عن ارادة حرة وادراك سليم وأن يكون صريحاً (٤).

الحالة الثانية : افشاء السر بطلب من احد الزوجين

فيجوز للطبيب المختص ان يفشي لاحدهما او لكليهما ما عاينه من اعراض على الآخر على ان يكون هذا مقيداً بشرط تجنب الضرر كما لو تبين ان الزوج عقيم او مصاب بعنة او ان الزوجة عاقر او مصابة بما يمنع مباشرتها غير انه لا يجوز لاحد الزوجين ان يفشي بغير رضا الآخر ما أبلغه اليه اثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها (٥).

(١) هذه الحالات من مجموع القوانين والتعليمات النافذة في العراق .

(٢) عبد السلام الرمانيني ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية ، طعن رقم ١٨٣٢ ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية ، ١٩٨١ ، ج٢ ، ص ١٠١١ .

(٤) الترماني، ص ٤٥ .

(٥) انظر نص المادة ٨٧ من قانون الاثبات العراقي النافذ .

وتتمثل هذه الحالة في رأينا فيما لو رفعت امرأة دعوى نسب على الزوج العقيم حينئذ لا يستطيع هذا الزوج تفنيد ادعاء المرأة بأثبات عقمه بغير رضا زوجته ولو بعد انتهاء العلاقة الزوجية بينهما .

الحالة الثالثة: افشاء السر منعا لوقوع جريمة

للطبيب ان يفشي السر اذا كان من شأن ذلك منع وقوع جريمة كما لو طلب منه تلقيح امرأة (متزوجة او غير متزوجة) بمني رجل أجنبي، فاذا كانت المرأة غير متزوجة فللطبيب ان يخبر عنها إلى الجهات المختصة .

وتقر المادة ٤٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية انه (كل مكلف بخدمة عامة اثناء تأدية عمله او بسبب تأديته بوقوع جريمة او إشتبه في وقوع جريمة تحرك الدعوى فيها بلا شكوى وكل من قدم مساعدة بحكم مهنته الطبية في حالة يشتبه معها بوقوع جريمة وكل شخص كان حاضراً ارتكاب جناية عليهم أن يخبروا فوراً احدا ممن ذكروا في المادة ٤٧).

وكانت المادة ٤٧ من نفس القانون قد قررت (لمن وقعت عليه جريمة ولكل من علم بوقوع جريمة تحرك الدعوى فيها بلا شكوى او علم بوقوع موت مشتبه به ان يخبر حاكم التحقيق او المحقق او الادعاء العام أو أحد مراكز الشرطة).

ويشير (الاستاذ عبد الامير العكيلي) أن نص المادة ٤٨ من نفس القانون لم يلزم ذوي المهن الطبية بالاطلاع الا في حالة الاشتباه الامر الذي يعرضهم الى المساءلة فيما اذا كانوا قد افشوا سرا من اسرار المهنة في حالة لم يكن مشتبه بها^(١).

أما إذا كانت المرأة متزوجة فلا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً^(٢).

(١) عبد الامير العكيلي، اصول الاجراءات الجنائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٧٢.

(٢) انظر نص المادتين ٣ ف ١/بند ٤-١ ف د من قانون اصول المحاكمات الجزائية وانظر نص المادة ٢- أولاً من قانون الادعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩.

وقد يثور التساؤل هنا عن اننا قد انتهينا الى ان تلقيح المرأة برضاها وبمضي غير الزوج لا يعتبر جرعة زنا الزوجية التي يعاقب عليها قانون العقوبات ، فكيف يمكن التوفيق بين الأمرين؟

نعتقد ان الحكمة التي اقام المشرع الجزائي هذا النص على أساس منها والمتمثلة برأب الصدع في العلاقات الاسرية متحققة هي الأخرى هنا، وبالتالي فان امثال هذه الجرائم لا يتم تحريك الدعوى فيها الا بناء على شكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً.

اما الحالات الاجبارية فيكون فيها هذا الطبيب ملزماً بالاغشاء وذلك لاعتبارات تتعلق بالصحة العامة كما لو تبين ان الزوجين او احدهما مصابا بمرض الايدز او احد الامراض التناسلية المعدية وهذا ما اشارت اليه المادة ٥٠ من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ . النافذ والتي تقضي (على الطبيب المعالج او المشرح وكل مواطن يشتبه بوجود حالة مرضية من الامراض الخاصة للوائح الصحة الدولية او حدوث وفاة بسببها اخبار اقرب مؤسسة صحية تابعة للدولة فوراً بذلك وعلى هذه المؤسسة اتخاذ الاجراءات الفورية اللازمة بما في ذلك اخبار الجهة الصحية المختصة في الوزارة).

وقد جاء في قانون الاثبات العراقي في المادة ٨٩ منه انه (لا يجوز لمن علم من المحامين او الاطباء او الوكلاء او غيرهم عن طريق مهنته بواقعة او معلومات ان يفشيها ولو بعد انتهاء مهمته الا انه يجب عليه الادلاء بالشهادة اذا استشهد به من افضى اليه بها او كان ذلك يؤدي الى منع ارتكاب جريمة). فالطبيب الذي يدعى للشهادة اما ان يكون طبيباً معالجا واما ان يكون خبيراً، أما إذا كان طبيباً معالجا فإن استدعاه للشهادة امام القضاء لا يجعله يتحلل من التزامه الحفاظ على السر الطبي الا في الاحوال التي نص عليها القانون صراحة او اذا اذن له المريض بافشاء السر فلا قيمة لهذا السر اذن بعد ان اذن المريض لطبيبه بافشاءه^(١).

غير ان المسألة التي تثار هنا هي حول جواز استتشاف امرأة بطبيب فحص زوجها

(١) انظر نص م ٤٣٧ من قانون العقوبات العراقي النافذ .

العقيم ثم رفعت بعدئذ دعوى امام المحكمة المختصة تطلب فيها التفريق بينهما ؟ فهل يجوز لهذا الطبيب ان يشهد عن طريق افشائه سرّاً طبياً ؟

لا نعتقد ذلك ، فالطبيب ملزم بكتمان هذا السر واذا حكمت المحكمة بناء على سر افشائه هذا الطبيب في غير الحالات التي استثنائها القانون فحكمها باطل لانه بني على أمر ممنوع قانوناً سواء في النطاق المدني والجزائي (١) غير أن هذا الطبيب يتحلل من الالتزام بكتمان السر اذا ما نسب الزوجان واحدهما له خطأ طبياً لانه سيكون حينئذ في معرض الدفاع عن نفسه .

اما اذا كان الطبيب خبيراً (٢) فالأمر يختلف فهو ملزم بقول الحقيقة بكاملها امام الجهة التي انتدبته للقيام بهذه المهمة غير انه اذا كلفت المحكمة الطبيب المداوى نفسه لاجراء خبرة على مريضه فعليه ان يعتذر ولا يجوز له ان يقبل هذا التكليف إذا كان فيه ما يدعو الى افشاء سر طبي (٣) .

ويثور السؤال أخيراً عن حكم الاخلال بالسر الطبي وماهية الجزاء المفروض على الطبيب اذا فعل ذلك ؟

لقد رتب المشرع عدة جزاءات : جزاء جنائي (عقوبة)، جزاء مدني (تعويض) جزاء انضباطي (او تأديبي).

اما بالنسبة للجزاء الجنائي فانه يتمثل بالعقوبة فهي الاثر المترتب عليه من الناحية الجنائية ، وقد تفاوتت التشريعات الجنائية في مدى النص على هذه الجريمة وعقوبتها ويمكننا ملاحظة ثلاثة اتجاهات وعلى النحو التالي :

الاتجاه الأول: إن هذه المجموعة من التشريعات العقابية لا تعاقب الطبيب على افشائه سر المهنة بأية عقوبة جنائية، ويمثل هذا الاتجاه قوانين العقوبات في اسبانيا

(١) الترماني ، ص ٥٥ . وانظر في هذا الصدد حكمن للقضاء الفرنسي اشار اليهما في ص ٥٦ من نفس المصدر .

(٢) انظر في هذا الصدد المواد ٦٩-١٦٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية، ١٣٣ من قانون الاثبات.

(٣) الترماني، ص ٥٦ .

والنرويج والهند وانكلترا (١) فالتشريع الانكليزي يقصر الحصانة لاسرار المهنة على المحامين ومن يتصل بمهنتهم من التابعين لهم كالكثبة الذين يعملون معهم ولا تشمل لديهم الاطباء والقساوسة والوكلاء والمحاسبين ويؤسس التشريع الانكليزي اضعاف الحماية على اسرار المهنة للمستشارين القانونيين على أساس ان توزيع العدالة لا يكون إلا بتوافر الصراحة والطمأنينة بين المتقاضين ومستشاريهم القانونيين (٢).

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الوسط الذي يضيف حماية محدودة على السر الطبي إذ يجوز للطبيب افشاء السر في أحوال معينة ويمثل هذا الاتجاه قوانين العقوبات الفرنسي والمصري والسوري والبلجيكي والسويدي والهنغاري والالمانى (٣).

الاتجاه الثالث: وهو الأكثر تشدداً في الحفاظ على السر الطبي ويرى المنع المطلق لافشاء السر الطبي إلا في الحالات التي نص عليها القانون صراحة ويمثل هذا الاتجاه قانون العقوبات النمساوي والروماني (٤).

أما في ظل القانون العراقي فإنه يلزم لقيام جريمة إفشاء السر توافر الاركان التالية :

الركن الأول - فعل الافشاء :

وذلك بقيام الطبيب بكشف السر واطلاع الغير عليه فجوهر الافشاء هو الافشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير ويتحقق الافشاء اذا أعلن السر بأية وسيلة كانت سواء تم ذلك بطريق مباشر أم غير مباشر شفويًا أم كتابيًا (٥) وقد حكم القضاء الانكليزي

(١) اسامة قايد، المصدر السابق، ص ٢٨. غير ان القضاء الانكليزي يعاقب اذا كون الافشاء جريمة قذف.

(٢) PHIPSON ON EVIDENCE, THIRTEEN DEITION, LONDON, SWEET AND MAXWELL, 1982, P. 295.

(٣) اسامة قايد ، ص ٢٩.

(٤) اسامة قايد ، ص ٣٠.

(٥) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٤٢٠.

انه إذا أفشى الطبيب معلومات عن مريضه في محادثة عابرة أو كلام مقصود وكانت تلك المعلومات مضرّة بالمريض أو تشوه سمعته فالطبيب يكون مسؤولاً^(١).

الركن الثاني : ان يكون ما تم افشاؤه سرا.

الركن الثالث : ان يقع ذلك من طبيب ومن في حكمه .

الركن الرابع: القصد الجنائي:

فهذه الجريمة عمدية ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد والنتيجة التي تترتب على ذلك والمراد بالقصد هنا القصد الجنائي العام وهو أن يأتي الشخص فعلاً وهو يعلم انه مخالف للقانون فلا يتعرض المشرع للدافع الذي حدا بالمتهم الى الجريمة او للغاية البعيدة كنية الاضرار (٢) غير أن القانون يعتد بالبواعث لتخفيف العقاب او تشديده فقط .

ومتى تحققت هذه الاركان تكاملت الجريمة واصبح فاعلها مستحقاً للعقاب الذي تقرره المادة ٤٣٧ من قانون العقوبات العراقي ، كما ويسأل المركز الطبي الاهلي او المستشفى الاهلي نفسه عن افشاء الاسرار^(٣).

وأما بالنسبة للجزاء المدني (التعويض) ذلك ان الاثار المترتبة على المسؤولية عموماً تتمثل في استحقاق المتضرر (الزوج او الزوجة او كليهما معا) تعويضاً عن الضرر الادبي الذي اصابهما اذ لا يقتصر الامر على العقوبة فقط، وهما يصبحان بالتالي دائنين بهذا التعويض بينما يصبح مرتكب الفعل الضار وهو الطبيب هنا مدينا به .

(٥) RICHARD BINGHAM, ALL THE MODERN CASES ON NEGLIGENCE SECOND EDITION, LONDON, 1971, P. 476.

(١) مصطفى القلي ، تعليق على حكم في المواد الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، ص ٢، ع ١٤، ١٩٣٢، ص ٣٢٠. فالرأي القائل بلزوم وجود نية اضرار في جريمة افشاء السر قد عدل عنه منذ اواخر القرن الماضي الى الرأي القائل بعدم لزوم قصد خاص فيها وان هذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري والعراقي. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، ١٩٦٩-١٩٧٠، مطبعة الازهر ، بغداد ، ص ١٦٢-١٦٤.

(٢) انظر نص المادة الاولى من قانون المستشفيات الاهلية في العراق رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٤، هذا وان العقوبات التي يعاقب بها الشخص المعنوي ذكرتها المادتان ٨٠، ١٢٣ من قانون العقوبات .

ان المقصود بالتعويض هو جبر الضرر الذي لحق المصاب وهو يختلف بالتالي عن العقوبة لان الاخيرة يقصد بها مجازاة الجاني على فعلته وردع غيره كما ان تقدير التعويض يكون بقدر الضرر في حين ان العقوبة تقدر بقدر خطأ الجاني ودرجة خطورته على المجتمع^(١).

وأما بالنسبة للجزاء الانضباطي (أو التأديبي) فقد تولت بيانه القوانين الخاصة في العراق^(٢).

ان المتتبع الدقيق لقضايا المسؤولية الطبية في العراق يجد ان الاحكام القضائية الصادرة فيها نادرة غير ان الجزاءات الانضباطية (أو التأديبية) فيها الصادرة عن اللجان الانضباطية في دوائر وزارة الصحة تستغرق جميع الجزاءات الأخرى مع ان الصحيح هو ان هذه الجزاءات تكون مكملّة للجزاءات الأخرى (مدنية او جنائية) وليست بديلاً عنها وهو بلاشك نقص كبير من لدن القضاء العراقي نرى ان عليه ان يحث الخطى نحو سلوك طريق آخر لتحقيق العدالة التي ينشدها الجميع بل ان مما يؤكد وجهة نظرنا هذه هي ان المحاكم قد ردت بعض الدعاوى التي كان محلها بعض الاخطاء الطبية معتبرة اياها اجتهاداً ولا ندري ما السبب الذي جعل هذه المحاكم تسلك هذا المسلك ؟

واذا كان البعض يرى في ذلك تخفيفاً عن كاهل القضاء العادي (٣) الا اننا لا نؤيد ذلك اذ انها تجعل من الادارة الصحية حكماً وخصماً في الوقت نفسه وهذا مما لا يجوز مع احتمال محاباة أعضاء هذه اللجان الطبية جانب الطبيب المسؤول وبذلك

(١) سليمان مرقس، الوافي، ص ٥٥٧. وانظر في هذا الصدد نص المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي وهي تبين طرق التعويض.

(٢) انظر المدة ٤ ف ٧ من قانون النضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ النافذ وهي تعدد واجبات الموظف ومن بينها كتمان المعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته او اثناءها - المادة ٨ الفقرات اولا - ثامناً من القانون نفسه.

انظر المادتين ٢٢ ف ٢٥-١ من قانون نقابة الاطباء.

انظر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٦٢٠ في ٢٣/٦/١٩٨٨ بخصوص الاخطاء الوظيفية الجسيمة، وهو قرار له قوة القانون.

(٣) عبد القادر الشيكلي، المحاكمة النيابية في الدعوى التأديبية، مجلة العدالة العراقية، ع ١، س ٦، ١٩٨٠، ص ١٣٦.

تنتفي العدالة من قرارات هذه اللجان ابتداء، فالظاهر على اعمال هذه اللجان هو مسايرتهم جانب زملائهم من منتسبي مهنتهم كما انه ليس هناك شخص قانوني في عضوية هذه اللجان مما يحق لنا ان نتساءل فيما لو ارتكب المحامي او المهندس خطأ مهنيا الا يمكن معاقبتهما عن ذلك امام المحاكم اذا كان هذا مما يجرمه القانون ؟

بلى إنهما يعاقبان، مع اتخاذ عقوبات انضباطية مكاملة من قبل نقابة المحامين او من قبل نقابة المهندسين فما الداعي الى استثناء الاطباء ؟ ^(١)

اننا لا نعارض هنا فيما اذا اخذت هذه اللجان الانضباطية دورها في معاقبة الاطباء عن الاخطاء التي يرتكبونها غير ان الذي لا نرضى به هو ان تكون هذه اللجان بديلا عن دور القضاء ، والملاحظ اخيرا على عقوبات هذه اللجان انها تخص مخالفات ذات طابع مسلكي فمجمل هذه العقوبات تخص المخالفات التالية :

مخالفات ذات طابع مهني محض كالتأخر عن الحضور للعمل او الاهمال في اداء الواجبات بحسن نية او بسوئها ، مخالفات تأديبية ذات طابع اخلاقي وهي ذنوب تتمثل في خروج الموظف على اخلاق المجتمع على نحو صارخ وبشكل يمس سمعة الوظيفة العامة ^(٢).

(١) او هكذا يبدو لنا من استقراء الواقع الراهن . وفي القانون الانكليزي مثلا يوجد مثال لوجود مثل هذه اللجان تعمل وفق طرق نظمها هذا القانون . انظر اللورد ديننج ، طريق نحو العدالة ، ترجمة محمد عبد الله مشاري، مأمون كنون ، ط١، دار الجيل البيروتية ، ١٩٨٢، ص ١٣٤.

(٢) عبد القادر الشخيلي ، المخالفة التأديبية ذات الطابع الاخلاقي ، مجلة العدالة العراقية ، ع ٢٤، ص ٦، ١٩٨٠، ص ٢٧٧.

الفصل الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن علاقة السببية هي الرابطة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر وهي الركن الثالث في المسؤولية فلا يكفي لقيام المسؤولية الطبية ان يكون هناك خطأ وضرر بل لابد ان يكون الخطأ هو السبب الذي ادى الى وقوع الضرر فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد بينهما رابطة سببية فلا تقوم المسؤولية^(١).

ان تحديد رابطة السببية يكون امرا دقيقا بوجه خاص عند تعدد الاسباب التي اجتمعت على احداث ضرر واحد وكذلك عند تعدد النتائج المتسلسلة عن سبب اصلي واحد^(٢).

ففي عملية طبية كالتلقيح الصناعي تتعدد الاسباب المفضية الى احداث ضرر معين مما يصعب معه القول بدقة ايها كانت السبب في احداث الضرر وكذا الحال بالنسبة لعموم المسؤولية الطبية^(٣).

ففي تقرير كتبه كبير اطباء الشرعيين في مصر وقدمه لمحكمة استئناف مصر في دعوى مرفوعة على طبيب لخطئه في العلاج بالاشعة قال (ان الحالة الموجودة هي نتيجة عدة عوامل متجمعة مع بعضها وهي الندبة السميكة وطبيعتها والعدوى الجلدية المصاحبة لها بدليل وجود دمامل اقر بوجودها الطبيب المعالج والاشعة فوق البنفسجية التي استعملت مع الادوية الكاوية بمعرفة الطبيب ... وأشعة رنتجن التي عملت بمعرفة الطبيب ... (طبيب آخر) ولا يمكن نسبة الحالة لعامل واحد بالنسبة لعدة هذه العوامل كما لا يمكن تحديد التأثير الذي نتج من هذه العوامل على حدة ولو

(١) عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام : دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧١ ، ص ٥٩٥.

(٢) سليمان مرقس ، الوافي ، ص ٤٥٩.

(٣) هذه هي حال المسؤولية الطبية نظرا للمخاطر المحيطة بها ولكثرة النتائج المحتملة المترتبة عليها

انها من سوء حظ طبيب الاشعة ان عامل الاشعة كان العامل الاخير من هذه العوامل مما دعا المريض الى نسبة حالته الى هذا العامل فقط^(١).

ولاجل تحديد رابطة السببية بدقة فقد وجد في فقه القانون نظريتان مهمتان اولاهما، تعرف بنظرية تعادل الاسباب والاخرى تعرف بنظرية السبب المنتج . أما النظرية الاولى (تعادل الاسباب) فانها تقرر المساواة بين جميع العوامل التي اسهمت في احداث النتيجة فكل منها تقوم بينه وبين النتيجة علاقة سببية، وتطبيق هذه النظرية في نطاق القانون يقتضي القول ان كل حادث له دخل في احداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الاسباب التي احدثت الضرر.

بينما ترى النظرية الثانية (السبب المنتج) انه يكفي لاعتبار الحادث سببا للضرر لمجرد انه شرط ضروري أي لولاه لما حدث الضرر فلا تؤخذ جميع هذه الشروط بنظر الاعتبار وانما تحذف من هذه الشروط تلك التي لا تعتبر شروطا للضرر او تلك التي هي ظروف غير اعتيادية^(٢).

غير ان الفقه الحديث يرى ان كلا من النظريتين المذكورتين لها مزاياها وعيوبها وان المحاكم لا تعتنق ايا منهما بصفة مبدئية بل تلجأ حسب الاحوال إلى أيهما التي توصلها الى الحل العادل في القضية المطروحة امامها^(٣).

(١) نقلا عن وديع فرج ، المصدر السابق ، ص ٤٠٩.

(٢) في نشأة النظريتين ومدلولهما وتطبيقاتهما وخصائصهما والامثلة التي تنطبق عليهما : انظر: علي الجيلاوي ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، ١٩٧٧، غير منشورة ، ص ١٨٤ وبعدها لنظرية تعادل الاسباب، ص ٢٠١ وبعدها لنظرية السبب المنتج .

وفي هذا الصدد ايضاً قيلت اربع نظريات هي نظرية السبب الاقوى (نظرية بركماير) ، نظرية اختلال التوازن (نظرية بندنج) ، نظرية السبب الاخير (نظرية اورتمان) ، نظرية القوى المتحركة والحالات الساكنة (نظرية ماكس أورنست ماير).

انظر: علي الجيلاوي، المصدر نفسه ، ص ٢٢٩-٢٣٣.

ويأخذ القضاء الفرنسي في جناية القتل العمد بنظرية السببية المباشرة والتي ترى لزوم عزو السبب الجنائي الى الفعل الذي تعقبه النتيجة الجنائية مباشرة وان عروض أي أمر خارجي آخر بين النتيجة والفعل الجنائي يقطع العلاقة السببية.

نظام الدين عبد الحميد، جناية القتل العمد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مطبعة اليرموك ، بغداد ، ١٩٧٥، ص ١٢٤.

(٣) سليمان مرقس ، الوافي ، ص ٤٦٧.

هذا في مجال القانون الوضعي اما في رحاب الفقه الاسلامي فان الفقهاء المسلمين لم يبحثوا رابطة السببية كما فعل شراح القانون لان الضمان في الفقه الاسلامي يناط بالضرر وحده دون اي اعتبار آخر ويعمل (الدكتور محمد فوزي فيض الله) ذلك بان الفقهاء المسلمين استغنوا عنها (أي رابطة السببية) باصطلاح التسبب والمباشرة فالفعل المتعدى فيه هو سبب او علة للضرر الناشئ عنه وهذا الضرر هو المسبب المعلوم لذلك، والصلة بين السبب والمسبب والعلة والمعلوم صلة حتمية في الفقه الاسلامي والتلازم قائم بين العلة والمعلوم والسبب والمسبب وقد عبر الفقهاء المسلمون عن هذا التلازم بالافضاء^(١).

اذن فحيثما وجدت المباشرة او التسبب توجد العلاقة المتصلة بين الضرر وبين الفعل غير المشروع ومن ثم تترتب المسؤولية^(٢).

ومن المفضل ان نركز في البحث على المباشرة والتسبب بدلا من التركيز على رابطة السببية للاسباب التالية:

١- ان علاقة السببية بحد ذاتها فكرة غامضة وربما تكون عديمة الفائدة من الناحية العملية ، فهذا هو (الاستاذ السنهوري) في معرض حديثه عن علاقة السببية يقول (انه يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركنا مستقلا عن الضرر وعن الخطأ وقد رأينا - يضيف الاستاذ السنهوري - في مثل انها حيث تنعدم ينعدم معها الضرر وفي مثل اخر انها حيث تنعدم ينعدم معها الخطأ ، فلا تنتفي المسؤولية اذن لانعدام السببية وحدها بل تارة لانعدامها مع الضرر وطورا لانعدامها مع الخطأ ، وكان يكفي ان يقال ان الضرر او الخطأ قد انعدم ومن ثم انتفت المسؤولية، ولا تبدو السببية ركنا متميزا الا حين الكلام في السبب المنتج والسبب المباشر)^(٣).

(١) محمد فوزي فيض الله ، فصول من الفقه الاسلامي العام ، منشورات جامعة دمشق، ١٩٦٨، ص ٦٨-٦٩.

(٢) صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية بيروت، ط٢، ١٩٧٢، ص ١٨٢.

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١، ص ٩٩٢، هامش رقم (١).

٢ - يترتب على كون علاقة السببية فكرة غامضة انسحاب هذا الغموض الى عموم النظام القانوني مدنيا كان ام جنائيا ام اداريا حيث (ان التمييز بين الخطأ او الاهمال او بعدم توافره قد يتوقف في صور كثيرة على ملكة التقدير عند القائل قبل كل شيء. وقد يتفاوت فيه الرأي من ثم تفاوتا واضحا ، كما ان السببية ... رابطة ذهنية قد يتفاوت تقديرها ايضا بحسب التفاوت الطبيعي في ملكة التقدير من انسان الى آخر . فلا غرابة اذا وجدنا بعض الاحكام يعمد احيانا الى نفي الخطأ وهو بصدد نفي السببية بين فعل الجاني والنتيجة والعكس قد يحصل في احيان أخرى) ^(١) .

٣ - إن الفقه القانوني نفسه لم يتفق على عدها ركنا مستقلا للمسؤولية المدنية فها هي المؤلفات القانونية تتراوح بين اعتبارها ركنا ام لا . فـ (الاستاذ السنهوري) مثلا يتساءل عن القيمة العملية لاعتبارها ركنا مستقلاً ^(٢) بينما يذهب (الدكتور سعد واصف) الى ان عد رابطة السببية ركنا مستقلا من اركان المسؤولية هونوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركنا مستقلا باعتبار ان السببية وصف يلحق الخطأ بمعنى ان الخطأ موصوف بأنه السبب للضرر وعلى ذلك فان السببية يمكن ادماجها في الخطأ باعتبارها وصفا له والوصف يتبع الموصوف وجوداً وعدمأ ^(٣) غير ان (الدكتور محمد لبيب شنب) يذهب الى عدها ركنا مستقلا من اركان المسؤولية المدنية بصفة عامة ^(٤) فالتقشير والسببية ركنان مستقلان ^(٥) .

٤ - ان المشرع العراقي نفسه قد استخدم مصطلحي (المباشر والمتسبب) على الرغم من

(١) رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، ط٤، مزيذة ومنقحة، ١٩٨٤، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، ص ١٦٨.

(٢) السنهوري، المصدر السابق، الصفحة ذاتها.

(٣) سعد واصف، التأمين من المسؤولية - دراسة في عقد النقل البري، جامعة القاهرة، ١٩٥٨، ص ٩٩.

(٤) محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الاشياء، مكتبة النهضة العربية، ١٩٥٧، ص ١٣٩.

(٥) حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص ٤٣٤.

انه قد اجرى عليهما تحويرا عميقا وهذا ما ذهبت اليه المادة 186 من القانون المدني العراقي^(١).

٥ - ربما ان الاوان لابرار شخصيتنا القانونية (سواء في العراق ام في البلاد العربية الاخرى) اعتمادا على ما تركه لنا الفقه الاسلامي من ثروة لا تقدر بثمن في مناحي الحياة كافة ومن بينها الموضوع الذي نتصدى ببحثه الان.

ولما كانت المباشرة والتسبب هما مناط الضمان عند الفقهاء المسلمين فسنحاول بحثهما تباعا وفق الخطة التالية :

المبحث الاول : مفهوم المباشر والمتسبب في الفقه الاسلامي .

المبحث الثاني : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الوضعي .

المبحث الثالث : المباشر والمتسبب في نطاق التلقيح الصناعي .

(١) سنأتي على تفصيل ذلك قريبا .

المبحث الاول

مفهوم المباشر والمتسبب في الفقه الاسلامي

لم نر في كتب الفقه الاسلامي تعريفاً أو تحديداً منفرداً للمباشر دون أن يعرف تبعاً له المتسبب ولقد أورد الفقهاء المسلمون تعريفات متعددة للمباشر تتركز جميعها حول اظهار الصلة بين الفعل والنتيجة فمتى ترتب الضرر على الفعل كنتيجة حتمية أو على حسب المجرى المألوف والعادة اعتبر الفعل مباشرة ومرتكبه مباشراً. إن مباشر الضرر يضمن بالضرر الحاصل سواء كان محدث الضرر مدركاً أم غير مدرك متعمداً أم غير متعمد فإذا أتلّف المجنون ما لا لزمه ضمانه في ماله وإذا أتلّف الصغير ما لا لزمه ضمانه في ماله وإذا انقلب نائم على مال فأتلّفه لزمه ضمانه في ماله وهكذا، ذلك لان الإلزام بالضمان في الفقه الاسلامي ليس من قبيل خطاب التكليف وهو ما يوجه من الشارع الى المكلف بطلب فعل أو بتركه إذ أنه يتطلب الفعل والتكليف لاشتراط الاستطاعة فيه ولا تكون إلا مع فهمه وإدراكه وإنما هو من قبيل خطأ بـ الوضع الذي يصدر من الشارع بترتيب معلول على علته أو مسبب على سبب فإذا وجدت العلة أو السبب وجد المعلول أو المسبب ولزم دون نظر الى ادراك أو تكليف لانه لا طلب فيه من المكلف وإنما الإلزام أثر لوجوده بوجود علته (١). فالاحناف عرفوا المباشر بأنه من يلي الأمر بنفسه (٢). والمالكية يعرفونه بأنه ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط (٣) أما الحنابلة فانهم يعطون امثلة للمباشرة دون ان يعرفوها (كالجرح بما له نفوذ كسكين وشوكة او قتله بمثقل ... أو يلقيه في النار ... أو يسد نفسه) (٤) وقد عرفت مجلة الاحكام العدلية الاتلاف مباشرة بأنه (اتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ويقال لمن فعله فاعل مباشر) (٥).

(١) علي الخفيف ، المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الاسلامي ، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ، ع ٣ ، آذار ، ١٩٧٢ ، ص ٩٩-١٠٠ . علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧١ ، ص ٧٤ .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ٢ / ٦٥ .

(٣) شهاب الدين القرافي ، الفروق ، ط ١ ، ١٣٤٤ هـ ، مطابع دار احياء الكتب العربية ، ٢٧ / ٤ .

(٤) المغني ٧ / ٦٤٢ .

(٥) المادة ٨٨٧ من مجلة الاحكام العدلية .

نفهم من هذا ان المباشر هو من يأتي فعلا يكون سببا للضرر دون توسط امر اخر بينهما .

أما المتسبب فقد عرفه الاحناف بأنه الفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة ^(١) ويعرفه المالكية بأنه ما يحصل الهلاك عنده بصلة اخرى اذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة ^(٢) . ويوجز البعض تعريف التسبب بأنه ايجاد علة المباشرة ^(٣) وقال الامام الغزالي رحمه الله (اعلم ان اسم السبب مشترك في اصطلاح الفقهاء واصل اشتقاقه من الطريق ومن الحبل الذي به ينزح الماء من البئر وحده ما يحصل الشيء عنده لا به ... فاستعار الفقهاء لفظ السبب في هذا الموضع واطلقوه على اربعة اوجه ، الوجه الاول وهو اقربها الى المستعار منه ما يطلق في مقابلة المباشرة اذ يقال ان حافر البئر مع المردى فيه صاحب سبب والمردى صاحب علة فان الهلاك بالتردية لكن عند وجود البئر فما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سبباً) ^(٤) .

وقد عرفت مجلة الاحكام العدلية الاتلاف تسببا (التسبب في تلف شيء يعني ان يحدث في شيء ما يفضي عادة الى تلف شيء اخر ويقال لفاعله متسبب) ^(٥) .
ومن هذا نفهم ان المتسبب هو ما يحدث الضرر لا بذاته بل بواسطته وكان علة للضرر .

هذا واتبعت مجلة الاحكام العدلية في تعريفها للمتسبب مثالا اوضحت فيه معنى المباشر والمتسبب فقالت ان من قطع حبل قنديل معلق يكون متسببا مفضيا لسقوطه على الارض وانكساره ويكون حينئذ قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . اما حكم كل منهما فقد استقر الفقه الاسلامي على ان المباشر ضامن وان لم يتعد وأن المتسبب لا يضمن الا بالتعدي ^(٦) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٦٦/٢ .

(٢) شهاب الدين القرافي ، الفروق ، ٢٧/٤ .

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الانام ١٣٢/٢ .

(٤) المستصفى ٩٤/١ .

(٥) المادة ٨٨٨ من مجلة الاحكام العدلية .

(٦) سيكون لنا وقفة مع هاتين القاعدتين قريبا ونحن نبحث الجانب القانوني .

اما اذا اجتمع المباشر والمتسبب فان الفقه الاسلامي يلقي عبء المسؤولية على المباشر وحده دون المتسبب اذ انه (اذا استند ائتلاف اموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ...) ^(١) .

وتأسيساً على ذلك فقد قننت مجلة الاحكام العدلية قاعدة هامة في المادة ٩٠ مفادها انه (اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر)، غير ان اضافة الحكم الى المباشر دون المتسبب اذا اجتماعا ليست قاعدة مطلقة فمن الممكن ان يضاف الحكم الى المتسبب لوحدته دون المباشر على الرغم من اجتماعهما وذلك في حالة كون المباشر غير مسؤول فلو ان شخصا اعطى صبيا سكيناً ليمسكه له وقعت عليه فجرحته كان الضمان على المعطي المتسبب لا على الصبي المباشر ^(٢) .

ويضاف الحكم الى المتسبب لوحدته دون المباشر اذا كان الاخير غير معروف فلو عثر شخص بحجر فوق في حفرة وأدى ذلك الى اذيائه فيكون حافر الحفرة ضامناً لتعذر معرفة المباشر على الرغم من انه متسبب ^(٣) .

وقد يضاف الحكم الى المباشر والمتسبب حتى مع اجتماعهما وذلك خلافاً للقاعدة العامة وذلك اذا كان فعل المتسبب من الممكن لوحدته ان يكون ذا تأثير في حدوث الضرر اي بمعنى ان يكون فعل المتسبب كافياً لاحداث الضرر بمفرده لو انفصل عن فعل المباشر ^(٤) .

وقد وجدنا ان الفقهاء المسلمين قد بلغ اهتمامهم بالعمل الطبي مبلغاً ان خرج بعضهم على قاعدتي (ان المباشر ضامن وان لم يتعد والمتسبب لا يضمن الا بالتعدي) فذهب الى ان الطبيب الحاذق الماهر بصناعته ^(٥) المأذون له ولم يجاوز الحد فيما اذن

(١) الحافظ ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الاسلامي ، ط١ ، مطبعة الصدق الخيرية بمصر القاهرة ، ١٣٥٢ هـ ، قاعدة رقم ١٢٧ ، ص ٢٨٥ .

(٢) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، مصححة مزينة ، بيروت ، المطبعة الادبية ، ١٩٢٣ ، ص ٥٩ .

(٣) ابي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان، ط١ ، المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية ، ١٣٠٨ هـ ص ١٤٦ .

(٤) وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ١٩١-١٩٣ .

(٥) ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع ص ١١١ .

له فيه أو يقصر فيه أو يقصر فيه عن المقدار المطلوب (١) أن اجتهد فوصف للمريض دواء فإخطأ في اجتهاده فقتل المريض فلا يتحمل الطبيب هنا الضمان فهذا (٢) يخرج على روايتين أحدهما: أن دية المريض في بيت المال. والثانية أنها على عاقلة الطبيب (٣). غير (أن طبيباً حاذقاً مآذوناً له أعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأ يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه مثل : أن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة. فهذا يضمن) (٤).

ويعمل الفقيه ابن قيم الجوزية ذلك بانها جناية خطأ فالطبيب يكون مسؤولاً في ثلث الدية (فما زاد : فهو على عاقلته . فإن لم يكن له عاقلة : فهل تكون الدية في ماله؟ أو من بيت المال ؟ على قولين هما روايتان عن أحمد . وقيل : أن كان الطبيب ذمياً : ففي ماله ، وإن كان مسلماً : ففيه الروايتان . فإن لم يكن بيت المال، تعذر تحميله : فهل تسقط الدية ؟ أو تجب في مال الجاني ؟ فيه وجهان ، أشهرهما : سقطوها (٥).

وذهب رأي آخر إلى أن الطبيب لا يكون مسؤولاً (قال اللخمي إذا قطع الطبيب في الموضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء) (٦) فاشتراط التعدي هنا واضح ومعنى هذا أن الطبيب المباشر إذا كان متعدياً يلزمه الضمان (وإن زاد على ذلك يسيراً ووقع القطع فيما قارب كان خطأً) (٧) أما إذا لم يكن متعدياً فإن مباشرته للقطع لا توجب الضمان عليه.

إن هذه الأحكام تشكل خروجاً على القواعد العامة التي قننها الفقه الإسلامي في هذا الصدد ومقتضاها أن المباشر ضامن وإن لم يتعد وأن المتسبب لا يضمن إلا

(١) ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ ، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة ، ٣٤٣/٢ حيث يقول : (وإذا اذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو البيطار في دابة ، فتولد عن ذلك الفعل ذهب نفس أو عضو أو تلف الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لاجل الاذن ... أما إذا كان جاهلاً أو فعل غير ما اذن له خطأً أو يجاوز الحد فيما اذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ، ضمن ما تولد عن ذلك) .

(٢) أي الضمان.

(٣) ابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، ص ١١١ .

(٤) ابن قيم الجوزية ، ص ١١١ .

(٥) ابن قيم الجوزية ، ص ١١١ .

(٦) أبو عبد الله محمد الخرشي ، شرح مختصر خليل ، مصدر سابق ذكره ، ١٥/٨ .

(٧) الخرشي شرح مختصر خليل ، المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

بالتعدي، فقد رأينا ان الطبيب في الحالة الاولى (١) وقد كان متسببا لا يسأل ورأينا أن الطبيب في الحالة الثانية (٢) وقد كان مباشرا لا يسأل إلا في حدود ثلث الدية فهي مسؤولية مخففة إذن أو لا يسأل نهائيا لعدم تعديه (٣).

واذا كان السبب في ذلك يرجع الى اهتمام الفقهاء المسلمين بالعمل الطبي وإلى ادراكهم لطبيعة هذا العمل واحتمالات الاخطار المحيطة به ومن ثم رعايتهم له في حدود معقولة تتفق مع استهداف الاطباء تحقيق مصالح راجحة تعلو على مخاطره المحتملة (٤) الا ان هذا الاهتمام سيصطدم بعقبة في حالة توزيع الدية بين الطبيب المباشر وبين بيت المال (٥) الا وهي صعوبة تحديد الدور السببي (٦) لفعل بيت المال ان كان لها فعل حقيقي ويؤدي في جميع الاحوال التي تحمّل الطبيب بوصفه المباشر العبء الاكبر في الدية واذا كنا نشاطر هذا الرأي وجود هذه الصعوبة لاسيما في عصرنا الحاضر لكننا لا نرى لبيت المال اي خطأ ارتكبه كي يتم تبرير اشتراكه في تحمل بقية الدية بالنسبة للمباشرة ولجميعها بالنسبة للتسبب (٧) وانما مبنى ذلك وهذا ما نؤيده ان نظرة الشريعة الى الطب تختلف عن نظرة القانون فالاولى تنظر اليه على انه واجب بينما نظرة القانون اليه انه حق وفرق كبير بين الاثنين، اذ ان التطبيب من قبيل فروض الكفاية التي اذا قام بها البعض سقط التكليف عن الآخرين فعمله واجب لا مفر من ادائه والنتيجة المترتبة على ان عمل الطبيب انما يندرج تحت هذا الوصف انه لا يتقيد بشرط السلامة لانه اصبح من قبيل الواجب ولاشك ان نظرة الشريعة افضل لانها تلزم الطبيب بان يضع مواهبه في خدمة الجماعة كما انها اكثر

(١) اي الذي اجتهد في وصف الدواء للمريض فقتله .

(٢) اي التعدي الى عضو صحيح واتلافه .

(٣) الخرشى شرح مختصر خليل ، الصفحة ذاتها .

(٤) احم دشرف الدين ، الاحكام الشرعية للاعمال الطبية ، ص ٦٠ .

(٥) الدولة حاليا .

(٦) وذلك ان كان لكل منهما دور سببي مساو لفعل الاخر في احداث الضرر ويتحقق للتسبب دوره

السببي في احداث الضرر اذا كان مما يعمل بمفرده اي يمكن بمفرده الى احداث الضرر .

احمد شرف الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة ، ص ١٩٢ .

(٧) يرى (الدكتور احمد شرف الدين) ان هذا الخطأ يتمثل اما بان الطبيب معين من قبلها فهو تابع

لها واما ان الدولة هي التي سمحت له بمزاولة المهنة . انظر مؤلفه : الاحكام الشرعية للاعمال

الطبية ، ص ٥٩ .

انسجاما مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى
لخدمة الجماعة^(١).

المبحث الثاني

مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الوضعي

اناطت بعض القوانين المدنية العربية الضمان بالمباشرة والتسبب في بعض الاحوال
كما هو الحال في نص المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٥٧ من القانون
المدني الاردني وعلى هذا نقسم الكلام هنا وفقا للخطة التالية

الفرع الاول : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون العراقي

الفرع الثاني : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الاردني

الفرع الاول

مفهوم المباشر والمتسبب في القانون العراقي

لم يرد في القانون المدني العراقي ذكر للمباشر وللمتسبب سوى ما أشارت اليه
المادة ١٨٦ منه حينما قالت (١- اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او
تسببا يكون ضامنا اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى).

ان هذا قد حدا بشراح القانون العراقي الى الرجوع الى الفقه الاسلامي وهم
يتصدون لببحث مفهوم المباشر والمتسبب اذ ان هذا القانون قد استمد احكام الضمان
من الفقه الاسلامي^(٢).

(١) عبد القادر عودة ، المصدر السابق ١/ ٥٢٤.

خليل جريح ، الخطأ المهني ، النشرة القضائية اللبنانية ، ١٩٥٦ ، ص ٨١ ، ٨٢.

(٢) عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص ٤٩٨.

حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص ٢٣٤.

ويبدو ان مضمون المادة ١٨٦ ف ١ من هذا القانون مستمد من المادتين ٩٢ ، ٩٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وبالرجوع الى نص المادتين المذكورتين وجدنا ان المادة ٩٢ تقرر ان (المباشر ضامن وان لم يتعمد)، ويقول (الاستاذ منير القاضي) في شرحه لهذه المادة ان المباشر للفعل الذي يترتب عليه الضمان يضمن مطلقا سواء كان متعمدا ايقاع الضرر ام لم يكن وسواء كان متعمدا ام غير متعمد وذلك لان المباشرة علة مستقلة للاتلاف فعدم التعمد لا يصلح له عذرا للتخلص من اتلاف مال الغير^(١).

أما المادة ٩٣ من المجلة فتقرر ان (المتسبب لا يضمن الا بالتعمد)، ويقول (الاستاذ علي حيدر) في شرحه لهذه المادة انه يشترط في ضمان المتسبب شيئان :

أ - ان يكون متعمداً.

ب - ان يكون متعمداً، فعليه لو زعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذي فر منه الحيوان ما لم يكن متعمداً^(٢).

والملاحظ ان المشرع العراقي حينما استمد هاتين القاعدتين قد اجرى عليهما تحويرا عميقا فهو قد ابقى على التفرقة بين المباشرة والتسبب غير انها تفرقة ظاهرية ليست لها ثمرة او فائدة عملية حيث اشترط في كل من المباشر والمتسبب التعمد او التعدي، ويقول (الدكتور حسن الذنون) في تعليقه على هذه المادة قائلاً (ان هذا التحوير يعتبر نكسة تقف امام التقدم الهائل الذي وصل اليه الفقه الاسلامي في هذا الموضوع وهو تقدم لم تصل اليه معظم التشريعات في العالم الحديث الى الان اذ لا زالت فكرة المخاطر المستحدثة (او المسؤولية الشيئية) امنية تجول في اذهان الفقهاء ورجال القانون)^(٣).

الا ان السبب الذي دعا المشرع العراقي الى تحوير القاعدة عن اصل منطوقها هو دافع فني وهو تأسيس الضمان على المسؤولية التقصيرية فان الفاعل المباشر اذا لم

(١) منير القاضي ، شرح المجلة ، ط ١ ، ج ١ ، ١٩٤٩ ، مطبعة العاني ، ص ١٥٦ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت - بغداد ، بلا سنة طبع ، ج ١ في البيوع والاجارة والكفالة ، ص ٨٣ .

(٣) حسن الذنون ، المصدر السابق ، ص ٢٣٧ وبعدها .

يكن متعمدا الضرر ولا متعديا ينتفي عنه التقصير فلا يصح ان يتحمل ضمانا لانه حينئذ غير مقصر مع ان مرد كون العمل غير المشروع مصدرا للالتزام هو التقصير لا غير^(١).

ونرى ان تقييد المباشر بكونه متعمدا او متعديا بالشكل الذي خالف فيه ما استقر في معظم الفقه الاسلامي يجد له سندا فيما يلي من الادلة:

أولاً : إن المادة السادسة من القانون المدني تقرر (ان الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر) فهذه المادة تقيم حماية للمباشر حال استعماله حقوقه كما لو حفر شخص بئرا في حريم أبياره لينتفع من الماء في زراعة ارضه ونتج عن ذلك ضرر الم بالغير بحيث نفهم انه من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان كما لو حفر نفس الشخص بئرا في حريم أبياره لم يقصد منه سوى الاضرار بالغير وهذا ما قررته المادة السابعة التي تقول (من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان) ، فهذا الشخص يكون مسؤولا عن الضمان اذا كان استعماله لحقه غير مشروع، أما إذا استعمل حقه استعمالا مشروعاً فلا يكون ضامنا اذ ان من (هدم بيت نفسه فانهدم به بيت جاره وطلب منه جاره قيمة البناء لا يضمن)^(٢).

ثانياً : إن بعض نصوص مجلة الاحكام العدلية تتكلم عن مباشرة الاتلاف وتحدث بشكل صريح او ضمنى عن التعدي في الفعل وليس عن الفعل مجردا فعلى سبيل المثال تنص المادة ٩١٨ من المجلة على انه (إذا هدم واحد بغير حق عقار غيره الحانوت والخان ، فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه

(١) انظر محضر الاعمال التحضيرية الخاص بهذه المادة في مؤلف (منير القاضي)، ملقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول، الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة ، ١٩٥١-١٩٥٢ ، مطبعة العاني ، ص ٢٩٩ - ايضاً: منير القاضي، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص ١٢. (لكن يلاحظ استخدامه كلمة (التقصير) ونعتقد ان المقصود بها هو التعدي لا غير.)

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٥٢.

(٣) انظر في هذا الاتجاه ايضا المادتين ٩١٩ ، ٩٢٠ من المجلة.

قيمته مبنياً، وإن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقراض وضمنه القيمة الباقية واخذ هو الانقراض (...).

إن اشتراط التعدي هنا واضح فلقد اشترطت المادة للتضمنين ان يقوم الشخص بهدم عقار غيره دون حق ، ومفهوم المخالفة لهذه المادة أنه اذا قام بهدم عقار غيره بحق فلا يكون ضامناً وهو ما يفهم منه انه لا ضمان مع الفعل المشروع ولو كان فاعله مباشراً^(١) .

ثالثاً : إن ذلك ليس أمراً مستغرباً فقد لجأ إليه البعض من الفقهاء المسلمين وهم يتكلمون عن مسؤولية الطبيب فاشتراطوا التعدي في المباشرة وهو أمر يبدو فيه خروج على القواعد المألوفة في هذا الصدد التي استقرت في معظم الفقه الاسلامي.

غير إن هذا لا يمنع من القول ان تقييد المشرع العراقي للمباشر او للمتسبب (حسب خطة المشرع العراقي) بكونه متعدياً أو متعمداً فيه نوع من عدم الدقة فتقييد المشرع العراقي للمباشر او للمتسبب بكونه متعدياً فقط انما يكفي وذلك لسببين: اولهما : ان التعمد أعم من التعدي ، فالعلاقة بينهما هي النسبة بين العموم المطلق والخصوص المطلق فكل تعد هو تعمد ولكن ليس كل تعمد هو تعد^(٢) .

ثانيهما : ان استعمال المشرع العراقي للتعمد يوقعنا في حيرة فاي تعمد يقصد أهو تعمد الفعل ام تعمد النتيجة وعلى التفصيل التالي:

فالشخص اذا كان متعمداً الفعل فهو اما ان يكون متعدياً او غير متعد فاذا كان متعدياً فهو ضامن لتعديه فقط اما اذا كان غير متعد فلا يكون ضامناً . اما اذا كان متعمداً النتيجة فهو اما ان يكون متعدياً او غير متعد ، فاذا كان متعدياً فهو ضامن لتعديه اما اذا كان غير متعد فهو متعسف في استعماله لحقه لكونه متعمداً نتيجة غير متعد فيها ويكون مشمولاً بحكم المادة السابعة ف٢ من القانون المدني العراقي التي

(١) راجع المبحث الاول من هذا الفصل بخصوص هذه المسألة .

(٢) سيكون هذا محل بحث عند الحديث في القانون الاردني قريباً .

تقول (ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية : أ - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير) ^(١).

أما إذا اجتمع المباشر والمتسبب وكان كل منهما متعدياً فإن القانون المدني العراقي يجعلهما مسؤولين على سبيل التضامن ^(٢).

ويرى (الدكتور الذنون) في هذا التحوير انه ادعى إلى تحقيق العدالة وإلى ضمان مصلحة المصاب أو المضرار ^(٣) غير إن هذه الملاحظة تبدو غير دقيقة وذلك لان الفقه الاسلامي عندما يتجه الى تضمين المباشر وليس المتسبب في مثل الحالة المفترضة فلو حفر احد في الطريق بئراً بدون اذن ولي الامر فهو هنا متعد شرعاً ثم جاء آخر والقي فيها شخصاً أو متاعاً لحد فالفقهاء المسلمون يتجهون الى تضمين الملقي لمباشرته الفعل اذ لا وجه لتضمين حافر البئر المتسبب بعد اقدام المباشر على احداث الضرر لان البئر مجرد وسيلة استخدمها الضار في احداثه الضرر أما ضمان مصلحة المصاب فهي متحققة سواء اشركنا المتسبب أم لم نشركه في الضمان ^(٤).

الفرع الثاني

مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الاردني

بدأ هذا القانون بإيراد نص المادة ٢٥٦ والتي تقرر (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

ويعد هذا تقنياً لما استقر عليه الفقه الاسلامي الذي لا يعتد بالخطأ أساساً للضمان، اذ أن أحكام الضمان في الفقه الاسلامي هي المصدر التاريخي للقانون المدني

(١) فالضمان يتحقق في ثلاث حالات عدا حالة ان يكون الشخص متعمداً فعلاً (لا نتيجة) غير متعد فيها وهذا هو وجه الحيرة.

(٢) انظر نص المادة ١٨٦ ف٢ والتي تقرر (اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدى منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان).

(٣) حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، الصفحة ذاتها .

(٤) عبد الجبار حمد شرارة ، نظرية نفي الضرر في الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الشريعة ، ١٩٩٠ ، غير منشورة ، ص ١٣٩ .

الأردني وهذا الضمان قد يكون ضمان عقد وهو الضمان الذي سببه الإخلال بالعقد أو يكون ضمان يد وهو الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد شخص ليس مالكا له أو يكون ضمان اتلاف أو بعبارة أخرى ضمان الفعل كأن يأتي شخص فعلا يلحق ضررا بآخر (١).

إن هذا القانون قد قنن مبدأين هامين أولهما تضمنته المادة ٢٥٧ منه حينما قالت (١) - يكون الأضرار بالمباشرة أو التسبب ٢ - فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعمد أو التعدي أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر). ووضح أن هذه المادة بعد أن قررت أن الضمان إما أن يكون بالمباشرة أو بالتسبب عادت فلم تشترط أي شرط لضمان الأضرار التي يحدثها المباشر في حين أنها اشترطت لقيام مسؤولية التسبب التعمد أو التعدي أو أن يكون فعله مفضيا إلى الضرر. ونرى أن شرط التعدي وحده يتضمن الشرطين الآخرين اللذين نصت عليهما المادة المذكورة وذلك لسببين:

أولهما: أن التعدي مشتق من الاعتداء وهو ما يكون دائما في نطاق الأعمال غير المشروعة والذي يتعلق بالمسؤولية التقصيرية كمصدر للالتزام.

ثانيهما: إن التعمد دائما ما يكون مقترنا بقصد ولكنه يكون في دائرة الأعمال المشروعة وغير المشروعة وهو ما يجعله من هذه الزاوية بعيدا عن سياق هذه الفقرة (٢).

ومن هنا تنتفي الحاجة كما نرى لإيراد شرط التعمد في سياق هذه الفقرة، ومن جهة أخرى فإن إيراد شرط (أن يكون الفعل مفضيا للضرر) ليست له قيمة من الناحية العملية لأن للتعدي شرطين أولهما خروج الشخص عن حدود الحق المرسوم له وثانيهما أن يؤدي هذا الخروج إلى حدوث ضرر (٣) ومن هنا قلنا أن شرط التعدي لوحده كان يغني عن ذكر الشرطين الآخرين .

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، مطبعة التوفيق، عمان، ط ٢، ١٩٨٥، ص ٢٧٢ وبعدها.

(٢) هذه هي الملاحظات بشأن القانون العراقي والتي أعلنا إليها قبل قليل.

(٣) في تفصيل هذين الشرطين انظر: محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني، العدد الأول، ١٩٨٧، ص ١٩٤.

اما المبدأ الثاني فقد تضمنته المادة ٢٥٨ والتي تنص (اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر).

ويتضح لنا من كل هذا ان القانون الاردني كان مخلصا للفقهاء الاسلامي وهو يقنن نظرية المباشرة والتسبب وذلك لأن المباشرة علة مستقلة وسبب للاضرار بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بدواعي عدم التعمد او عدم التعدي، اما التسبب فليس بالعلة المستقلة فلزم ان يقترن العمل فيه بصفة التعمد او التعدي ليكون موجبا للضمان^(١).

(١) موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، ج٤٩ ، القسم الثالث في شرح القانون المدني الاردني الجديد ، الدار العربية للموسوعات ، ١٩٨٠ ، ص ١٢٨٨ - أيضاً ، محمد سعيد المحاسني ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، دمشق ، مطبعة الترقى ، ١٩٢٧ ، ص ١١٥-١١٦.

المبحث الثالث

المباشر والمتسبب في نطاق التلقيح الصناعي

ان المباشرة طريقة محددة لاحداث الضرر او الاتلاف فيها تترتب النتيجة الضارة على الفعل مباشرة دون تدخل فعل آخر (١) والمقصود بفعل اخر صدور فعل من شخص آخر . وتتصور المباشرة هنا اذا باشر فاعلها الفعل بنفسه اي بواسطة احد اعضائه او بواسطة شيء تحت يده بغض النظر ان كان هذا الشيء حيا او غير حي اذ (لو ان دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها او رجلها في ملكه او في ملك الغير واتلفته يعد الراكب انه اتلف ذلك الشيء مباشرة) (٢) لان الضرر الذي تحدثه الدابة يضاف الى الراكب لأنه حاصل بثقله وثقل الدابة وسيرها مضاف اليه وهي آلة له (٣) .

وهكذا فان الطبيب المختص بالتلقيح الصناعي يكون مباشرا اذا ما احدث ضررا باحد المرضى الذي اجرى له عملية تلقيح صناعي سواء احدث هذا الضرر بنفسه - اي الطبيب - كما لو خلط الانابيب المحتوية لحيامن تعود لرجل غير الزوج مع بويضة امرأة ليست زوجته نتج عنها طفل لا ينتسب لابويه صدقا وحقا ، او حدث هذا الضرر بواسطة آلة طبية كان يستخدمها في اجراء التلقيح الصناعي .

غير انه اثر السؤال عن امكانية كون الشخص (مباشراً) ، الذي يؤدي بامتناعه عن فعل مطلوب منه الى حصول ضرر لطرف اخر ؟ بمعنى هل يكون الممتنع عن الفعل (مباشراً) اذا اصاب اخر باضرار ؟

لقد اختلف الفقه في ذلك ، فمنهم من يعتقد ضرورة حصول فعل ايجابي حتى تقوم مسؤولية المباشر ولا يمكن ان تقوم هذه المسؤولية عن طريق الامتناع فلا بد من حصول فعل ايجابي على أساس ان سبب الضمان هو الاتلاف والاخير لا يتحقق الا بفعل ايجابي (٤) . ويعتقد فريق آخر ان الفعل السلبي قد تتحقق معه المباشرة فالام

(١) ابراهيم دسوقي ابو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، ١٩٨٠، المطبعة المصرية الحديثة ، القاهرة ، ص ٢٩٩ .

(٢) م ٩٣٦ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) سليم رستم باز، شرح المجلة ، ص ٥٢٩ .

(٤) علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ص ٤٠-٤٢ .

التي تمنع الطعام عن طفلها حتى يهلك تكون مباشرة للفعل الضار وتلتزم بالضمان^(١) غير اننا نرى ان المباشرة تفترض فعلا ايجابيا من المباشر فاذا لم يكن الفعل ايجابيا كان الفاعل متسببا لا غير اذ ان الممتنع يمكن ان يترتب على امتناعه ضرر ولكن ليس بوصفه مباشرا وانما بوصفه متسببا ، وهكذا ففي التلقيح الصناعي فان الطبيب الذي يسهم بامتناعه المجرد عن احداث ضرر يصيب المريض فانه لا يكون مباشرا وانما يكون متسببا اذ ان الضرر الذي لحق المريض لم يحصل بسبب الامتناع المجرد وانما بسبب عدم تقديم الادوية علاجا له وهو شيء توسط بين الفعل (الامتناع) والضرر، فالمباشرة عمل يتحقق اثره وهذه لا تكون الا بفعل لابد وأن يكون ايجابيا .

اما التسبب فيحدث عندما ينتج الضرر ليس عن فعل الشخص مباشرة وانما نتيجة تدخل فعل اخر بحيث لا يوجد الفعل الضرر مباشرة وانما يوجد ما يقتضي وجوده (٢) فالطبيب يكون متسببا عندما يهمل في اختيار الدواء المناسب لامرأة بعد اجرائه تلقيحا صناعيا فيتسبب عنه ضرر لحقها ، فالتسبب هو ما يوجد الضرر ليس بذاته بل بواسطته وكان علة للضرر المتحقق^(٣) .

ولعل السبب في ذلك يرجع الى ان الضرر الحاصل للمرأة التي اجرت تلقيحا صناعيا حصل بسبب سوء اختيار الدواء اذ انه لولا ذلك ما حصل الضرر ، غير ان سوء اختيار الدواء ما كان ليحصل لولا اجراء التلقيح الصناعي ، فالضرر الحاصل هنا يضاف مباشرة الى سوء اختيار الدواء والاخير يضاف الى اجراء التلقيح الصناعي اما العلاقة بين اجراء التلقيح الصناعي والضرر فهي علاقة غير مباشرة.

ونلاحظ من خلال العرض السابق سواء أكان الفعل مباشرة ام تسببا ان السببية تشترط فيهما ، فالسببية هي القاسم المشترك بينهما اذ ان كليهما سبب للضرر لكن ما يميزهما عن بعضهما هو في درجة وقوة وضوح السببية بين كل من المباشرة والضرر

(١) تفصيل ذلك انظر: محمد يوسف الزعبي ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ .

(٢) ابراهيم دسوقي ابو الليل ، المصدر السابق ، ص ١٥٧ .

(٣) عبد القادر عودة ، ٤٥١ / ١ .

والتسبب والضرر ، فالسببية في (المباشرة) واضحة تماما بحيث لا يفصل بين الفعل والضرر فعل اخر وتكون النتيجة ناتجة عن الفعل بشكل واضح لا ريب ولا شكوك بينما نجد ان السببية في (التسبب) تكون غير مباشرة وقد تكون غير واضحة لحدوث امر او فعل يفصل بين الفعل والضرر ^(١).

فمعيار التفرقة بين المباشرة والتسبب يكمن في طريقة احداث الضرر او في درجة علاقة السببية بين كل منهما والضرر فاذا كانت هذه العلاقة مباشرة لعدم وجود متدخل بين الفعل والضرر كان الوضع وضع (مباشرة) واذا كانت علاقة غير مباشرة لوجود ما يفصل بين الفعل وحدوث الضرر فاننا نكون امام وضع (تسبب) ^(٢).

غير اننا نرى ان ما ورد من قول حول السببية وقوتها او وضوحها كمعيار للتفرقة بين المباشرة والتسبب غير دقيق لان السببية بين الفعل والضرر هي التي تبين فيما اذا كان الضرر ينسب للفاعل ام لا والتزامه بالضمان بالتالي بغض النظر عن كونها قوية ام ضعيفة .

كما أننا نرى أيضاً ان القول بان السببية في فعل المباشرة تكون (مباشرة) وفي فعل التسبب تكون (غير مباشرة) قول غير دقيق هو الاخر لان السببية اما ان تكون او لا تكون فان لم تكن فان المسؤولية لا تقوم على المتسبب اصلا وان كانت فان المسؤولية تقوم بالنسبة له .

وبهذا ننهي كلامنا في المسؤولية الطبية لننتقل بعدها الى خاتمة الكتاب .

(١) محمد يوسف الزعبي ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ .

(٢) ابو الليل ، المصدر السابق ، ص ٣٤٣ .

الخاتمة

ننتهي من هذا الكتاب إلى أن التلقيح الصناعي هو رمز للتقدم العلمي بوجه عام والطبي بوجه خاص إذ انه يهدف الى حفظ النوع البشري وهذا هو ما تصبو اليه الشرائع السماوية وجميع التشريعات الوضعية ، غير انه من جهة أخرى يثير الكثير من المشكلات القانونية والاخلاقية والاجتماعية .

وإذا كان لكل حادث جديد فقه جديد يستند الى ادلة الاحكام الشرعية الاصلية المثبتة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فان جميع الاحكام الفقهية هي عبارة عن اجتهادات وتفسيرات لما هو مجمل في القرآن والسنة ، يمكن ان تتغير بتغير الزمان ولا يكون منها ثابتا الا هذين الاصلين فقط، فتخريج اي حكم شرعي يجب ان يكون متلائما مع الاصول العامة للشريعة لا فرعياتها .

وفي هذا يقول القرافي (ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت وضائق نفسه لذلك وقنطت واحتاج الى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ اكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتخذ عنده ما تناقض عند غيره وتناسب)^(١) .

وقد رأينا ان هذا الموضوع كان محل تنظيم واسع من قبل التشريعات الغربية والمؤتمرات القانونية والطبية الدولية ، وعلى العكس من التشريعات في العالمين العربي والاسلامي ان جاءت خالية من الاشارة الى هذا الموضوع عدا ما ورد في القانون الليبي.

يبدو واضحاً أن الخلاف بين نظرة التشريعات الغربية ونظرة التشريعات

(١) الفروق ، الجزء الاول ، ص ٣.

الاسلامية يكمن في ان الاولى تسعى في بعض الاحيان الى الغاية باي ثمن دونما اهتمام بالوسيلة اي سواء تم تلقيح المرأة صناعيا بمني زوجها ام بمني غير الزوج وسواء كان هذا الغير معروفا للزوجين ام غير معروف كما هو الحال مثلا في بنوك المني ، فالغاية عندهم تبرر الوسيلة .

أما الشريعة الاسلامية والقوانين التي تستند اليها فانها تعتد بالوسيلة اعتدادها بالغاية ايمانا منها بان الوسيلة الشريفة هي الحرز والحسن لانبل الغايات ، ولهذا فان الشريعة الاسلامية تحرم جميع الالوجه غير الجائزة من التلقيح الصناعي لما يؤدي اليه من إختلاط محرم للانساب ولانه يشكل ظاهرة خطيرة لا يعرف فيها الاب ابنه ولا الابن اباه ، فتنعدم القيم الروحية الضابطة لنظام البشرية وتتصدع فيها الروابط الاجتماعية ويسير المجتمع كله سيرا حثيثا نحو الهاوية.

وتبعاً لذلك فان التلقيح الصناعي يحتاج الى مسايرة قانونية فعالة لخدمة اهداف التطور العلمي من جهة وحماية الانسان من جنوح هذا التطور من جهة أخرى ، هذا التدخل التشريعي يستمد من قواعد الشريعة الاسلامية اساسا له عملاً بأحكام المادة الرابعة من الدستور النافذ ولنتحرر عن القواعد الشرعية المتعلقة بالتصرف في الحق في سلامة الحياة والجسد وهو من موضوعات القانون المدني بالاضافة الى قواعد المسؤولية المدنية ، ويرفض مجارة التشريعات الغربية التي اعتمد بعضها اسسا غير اخلاقية في تنظيمها للتلقيح الصناعي .

ان سن القوانين المتعلقة بهذه الطائفة من الاعمال ليست امرا سهلا وعليه فلا بد ان يرتبط وضع القانون بتوظيف افكار جديدة وبدون تأخير تأخذ بنظر الاعتبار التطورات العلمية والتقنية في المجال الطبي والمخاطر المصاحبة لها ، وعليه فاننا نضع التصورات التالية تمهيدا لوضع مشروع قانون خاص بالتلقيح الصناعي ونتمنى ان تعتمد مثل هذه القوانين الاسس التالية:

١ - الموافقة: فهي شرط اساسي تنطبق على كل انواع التدخل الطبي والجراحي، غير ان الموافقة تتخذ في هذا النوع من الاعمال قيمة اكبر ، فهذه الموافقة يجب ان تكون صريحة حرة واضحة وعلى من يعطيها ان يكون ملما بالنتائج المحتملة لهذا العمل.

٢ - الهدف العلاجي: حيث ينبغي ان تنحصر هذه الاعمال لغرض علاج شخص معين.

٣ - الاشراف: نأمل ان يكون تطبيق هذه القوانين مرتبطا بنظام دقيق للاشراف من قبل لجان مختصة تضم عدة اتجاهات طبية وقانونية وشرعية.

٤ - الجزاء : نوصي بوضع الجزاء الرادع لمن يحاول خرق هذه القوانين.

ان وضع هذه التصورات التي يأخذ بعضها شكلا عالميا نظرا لان المشاكل التي تثيرها هذه العمليات (اي التلقيح الصناعي) تكاد تكون متشابهة في مختلف دول العالم فوحدة الجسم البشري تجعل مشاكله ذات طابع عالمي تتخطى الحدود التي تتصل بين الدول ، ستكون القاعدة التي ننطلق منها لوضع مشروع قانون خاص بالتلقيح الصناعي وعلى الوجه التالي:

مشروع قانون التلقيح الصناعي

المادة (١)

يجوز للاطباء الاختصاصيين اجراء عمليات التلقيح الصناعي متى تحققت مصلحة علاجية راجحة للمرضى المصابين بالعقم وفق الشروط والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

الاسباب الموجبة للنص المقترح للتأكيد على اهمية عمليات التلقيح الصناعي اذ انها بدأت تنتشر في العراق ولا بد من تنظيم الاحكام الخاصة بها زاخضاعها للقواعد العامة في المسؤولية الطبية .

المادة (٢)

يتم اجراء التلقيح الصناعي في المراكز الطبية التابعة لوزارة الصحة او المجازة من قبلها على ان يكون مهياً لمثل هذه العمليات .

الاسباب الموجبة للنص المقترح من الضروري ان يتم اجراء هذه العمليات في المراكز الطبية التابعة لوزارة الصحة او الاهلية المجازة من قبل الوزارة ومن الضروري ان تكون هذه المراكز مهيأة من الناحيتين العلمية والفنية لاجراء هذه العمليات .

المادة (٣)

تقتصر العمليات الموصوفة في المادة (١) من هذا القانون على الزوج وزوجته حصراً وتمنع جميع العمليات التي لا تربط بين أطرافها رابطة زواج شرعية .

الاسباب الموجبة للنص المقترح من الضروري ان تقتصر هذه العمليات على من تربطهما رابطة زواج شرعية اذ ان للشرعية الاسلامية موقفها الواضح من هذه العمليات متى اجريت بين من لا تربطهما هذه الرابطة فيكون لها حكم الزنا .

المادة (٤)

تستعمل الحيوانات المنوية والبويضات الانثوية الزائدة عن الحاجة لاغراض التجارب العلمية حصراً وتترك هذه التجارب دون عناية طبية الى ان تنتهي حياتهما على الوجه الطبيعى.

الاسباب الموجبة للنص المقترح اذا زادت الحيوانات المنوية والبويضات الانثوية عن الحاجة فمن الممكن الاستفادة منها لاغراض التجارب العلمية على ان يتم التأكد من منع استنباتهما لمخالفة ذلك الاحكام الشرعية.

المادة (٥)

تمنع العمليات التي يتم بمقتضاها الاتفاق مع حاضنة سواء كانت (أجنبية ام زوجة ثانية للزوج) لحمل جنين يعود لغيرها .

الاسباب الموجبة للنص المقترح لا ضرورة لهذه العمليات اطلاقاً استناداً الى سد الذرائع وذلك بتحريم الوسائل المفضية الى حرام .

المادة (٦)

لا يجوز اجراء مثل هذه العمليات الموصوفة في المادة (١) من هذا القانون الا بالشروط التالية:

أولاً : موافقة الزوجين المكتوبة والصريحة والموقعة من قبلهما على اجراء عمليات التلقيح الصناعي، ويجوز لهما العدول عنها في اي وقت قبل البدء باجراء هذه

العمليات على ان تسلم الموافقة الى ادارة المركز الصحي قبل وقت مناسب .
ثانيا : تؤلف لجنة من ثلاثة اطباء اختصاصيين غير الاطباء الذين سيقومون بعملية
التلقيح الصناعي لفحص الزوجين وتقرير ان هذه العملية لا تشكل خطرا على
حياتهما ويجب احاطتهما بكافة النتائج الصحية المترتبة على ذلك .

الاسباب الموجبة للنص المقترح

اولا: لابد من وضع نص قانوني مستقل يبين شروط اجازة هذه العمليات ضمانا لحق
الزوجين في سلامة جسمهما ونسبهما ، واعطاء الحق لهما بالرجوع عن
موافقتهم نظرا لحساسية هذه العمليات دينيا وقانونيا واجتماعيا .
ثانيا: لابد من اخذ رأي لجنة طبية محايدة من غير الاطباء الذين سيقومون بهذه
العمليات نظرا للنتائج المحتملة لهذه العمليات كالتشوه الجنيني .

المادة (٧)

يكون الطفل المتخلق عن العمليات الموصوفة في المادة (١) من هذا القانون شرعيا
وتترتب عليها جميع الاثار الشرعية والقانونية من النسب والميراث والنفقة والرضاعة
والحضانة .

الاسباب الموجبة للنص المقترح لضمان حقوق الطفل الشرعية والقانونية
ولغرض تبصير الزوجين بما سيترتب على هذه العمليات من احكام فقد اقترح هذا
النص .

المادة (٨)

لا يجوز ان تؤدي عمليات التلقيح الصناعي الى احداث خلط في الانساب باي
وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من اجراء العملية عند العلم بذلك .
الاسباب الموجبة للنص المقترح من الطبيعى ان الانساب يجب صونها فهي
احدى الضرورات الخمس في شريعتنا السمحة ولهذا فمن الضروري التأكيد على منع
اي وسيلة تنتهكها .

المادة (٩)

اولا: تشكل في المراكز الطبية التابعة لوزارة الصحة او المجازة من قبلها التي تجري فيها مثل هذه العمليات لجنة مختصة من اعضاء يتسمون بالكفاءة العلمية والنزاهة والامانة والالتزام بقدسية المهنة وشرفها تجتمع كلما اقتضت الحاجة الى ذلك مهمتها الاشراف والمراقبة والتأكد .

ثانيا : تتألف اللجنة المذكورة من اربعة اعضاء وعلى النحو التالي:

أ - طبيب مختص في عمليات اطفال الانابيب والتلقيح الصناعي تنسبه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - رئيسا .

ب- طبيب مختص بالامراض النسائية والولادة تنسبه وزارة الصحة - عضوا.

ج- استاذ في العلوم الشرعية والقانونية تنسبه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - عضوا.

د- استاذ في العلوم الفيزيولوجية الخاصة بالتناسل والتكاثر والخصوبة تنسبه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - عضواً.

الاسباب الموجبة للنص المقترح من الضروري اشراك الجهات الشرعية والقانونية والفيزيولوجية ذات الصلة بهذه العمليات، اذ ان هذه العمليات الطبية من الخطورة الدينية والاجتماعية ما يستدعي المشورة من ذوي العلاقة وما خاب من استشار.

المادة (١٠)

مع عدم الاخلال بآية عقوبة اشد تنص عليها القوانين النافذة يعاقب بما يلي :

أولاً: السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من يخالف احكام المادة (٣) من هذا القانون.

ثانيا: الحبس مدة لا تزيد على سنتين كل من يخالف احكام المادة (٥) من هذا القانون.

المادة (١١)

مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد تنص عليها القوانين النافذة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف احكام هذا القانون عدا ما ورد في المادة (١٠) من هذا القانون من عقوبات .

الاسباب الموجبة للنصين المقترحين من الضروري اقران هذه النصوص القانونية باحكام جزائية لضمان تنفيذهما على الوجه المطلوب.

المادة (١٢)

ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويجوز اصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ احكامه .

الاسباب الموجبة للنص المقترح ان هذا النص يعطي مرونة كبيرة في التطبيق العملي.

وبعد فهذا جهدي وما توصل اليه اجتهادي القاصر انجزته على رغم ظروف قاسية ومضار عديدة رافقتني في البحث ، والحمد لله على أية حال وأرجو الله تعالى ان يغفر لي ما قد وقعت فيه من زلل في القول وشطط في الرأي فما كان هدي في الا خدمة دينه الذي ارتضاه والصلاة والسلام على محمد وعلى آله الطاهرين وصحبه الكرام الميامين رضوان الله عليهم اجمعين .

ثبت المراجع

أولاً - القرآن الكريم وتفسيره:

- ١ - القرآن الكريم.
- ٢ - ابو عبد الله محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لاحكام القرآن ، مطبعة دار الفكر ، بلا سنة طبع .
- ٣ - جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ، مطبعة دار الفكر ، ١٩٨٨ .
- ٤ - جلال الدين محمد بن احمد الحلي و جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، تفسير الجلالين ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ط ٥ ، ١٩٨٨ .
- ٥ - عماد الدين ابي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي ، تفسير ابن كثير ، دار الاندلس اللبنانية للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا سنة طبع .
- ٦ - محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين ، التفسير الكبير ، مطبعة دار الفكر ، ط ٣ ، ١٩٨٥ .

ثانياً - شروح الحديث:

- ٧ - ابو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ، سنن ابن ماجه ، دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ١٢٧٣ هـ .
- ٨ - ابي عيسى محمد بن علودة ، سنن الترمذي - الجامع الصحيح ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٩ - احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الفكر للتوزيع والنشر ، بلا سنة طبع .

١٠ - احمد بن محمد القسطلاني، ارشاد الساري بشرح صحيح البخاري ، طبعة بالافسيت من قبل دار صادر البيروتية عن طبعة المطبعة الاميرية ببولاق مصر ، ١٣٠٤هـ.

١١ - سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي ، سنن ابي داود ، مطبعة مصطفى محمد المصرية ، بلا سنة طبع .

١٢ - محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني سبل السلام شرح بلوغ المرام ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، ط ، ١٣٥٧هـ.

١٣ - منصور علي بن ناصيف ، التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، دار الفكر ، بيروت ، ط ٤ ، ١٩٧٥.

١٤ - يحيى بن شرف النووي الشافعي ، صحيح الامام مسلم للنووي ، طبعة دار الشعب المصرية ، ١٣٩٣هـ.

ثالثاً - كتب اصول الفقه:

١٥ - ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة ، المطبعة الرحمانية المصرية ، بلا سنة طبع .

١٦ - ابي حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الاصول ، دار العلوم الحديثة ، بيروت ، بلا سنة طبع .

١٧ - محمد مصطفى شلبي ، اصول الفقه الاسلامي ، ط ٤ ، ١٩٨٣.

١٨ - محمد الخصري ، اصول الفقه ، ط ٦ ، ١٩٦٩ ، المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة.

رابعاً - كتب القواعد:

١٩ - ابي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، دار الشرق للطباعة ، طبعة جديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨.

٢٠ - ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب ، القواعد في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، مطبعة الصدق الخيرية بمصر ، القاهرة ، ١٣٥٢هـ.

٢١ - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، ط١ ، ٣٨٩١ ، دار الكتب العلمية اللبنانية .

٢٢ - زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ٨٦٩١ مؤسسة الحلبي وشركائه للنشر والتوزيع .

٢٣ - شهاب الدين القرافي ، الفروق ، ط١ ، ١٣٨٦ هـ ، مطابع دار احياء الكتب العربية .
خامساً - كتب الفقه الاسلامي :

أ - الفقه الحنفي :

٢٤ - ابي محمد بن غانم البغدادي ، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان ، ط١ ، المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية ، ١٣٠٨ هـ .

٢٥ - ابن عابدين ، حاشيته على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ط٢ ، ١٣٨٦ هـ ، دار الفكر .

٢٦ - علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط١ ، ١٣٢٧ هـ ، شركة المطبوعات العلمية المصرية .

٢٧ - علي بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٣٥٥ هـ .

٢٨ - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الثانية بالافسيت ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٢٩ - نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، الفتاوي الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، المكتبة الاسلامية ، ديار بكر - تركيا ، ط٣ ، ١٣٩٣ هـ .

ب - الفقه الشافعي :

٣٠ - ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٧٩ هـ .

٣١ - بجيرمي علي الخطيب ، حاشية للشيخ سليمان البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، الطبعة الاخيرة ، ١٤٠١ هـ ، دار الفكر

٣٢ - شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي الشافعي ، تحفة المحتاج شرح المنهاج مع حاشية على التحفة للامامين الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ احمد بن قاسم العبادي ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٣٣ - شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، القاهرة ، ١٣٨٦هـ .

٣٤ - محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب ، مطبعة العاصمة المصرية ، بلا سنة طبع .

ت - الفقه المالكي:

٣٥ - ابن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ، ط ١ ١٤٠٦هـ، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة .

٣٦ - ابو عبد الله محمد الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ط ٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية ، ١٣١٧هـ، القاهرة.

٣٧ - احمد الصاوي ، بلغة السالك على الشرح الصغير على اقرب المسالك للقبط الشهير سيدي احمد الدردير، المكتبة التجارية الكبرى ، بلا سنة طبع ، القاهرة .

ث - الفقه الحنبلي:

٣٨ - ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ط ٣، ١٣٧٦هـ، دار المنار.

٣٩ - تقي الدين المصري المشهور بابن النجار، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، حققه عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب، بلا سنة طبع .

٤٠ - شمس الدين ابو عبد الله بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٤١ - ----- ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط ١، ١٣٧٤هـ، مطبعة السعادة المصرية.

٤٢ - شرف الدين موسى الحجازي المقدسي ، الاقناع ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٤٣ - علاء الدين المرداوي ، الانصاف ، حققه محمد حامد الفقي ، ط ١ ، ٧٧٣١هـ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٤٤ - موفق الدين ابن قدامة على مختصر الامام ابي القاسم الخرقى ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، طبعة جديدة بالافوسيت ، ٣ - ٤١هـ ، دار الكتب العربي ، بيروت .

ج - الفقه الظاهري :

٤٥ - ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، مطبعة الامام المصرية ، بلا سنة طبع .

ح - الفقه الزيدي:

٤٦ - احمد بن يحيى المرتضى الزيدي ، البحر الزخار ، ط ١ ، ١٣٦٦هـ ، مطبعة السعادة المصرية .

خ - فقه عام:

٤٧ - ابي حامد محمد بن محمد الغزالي ، احياء علوم الدين ، المجلد الثاني ، ط ١ ، ١٣٩٥هـ ، طبعة مصورة عن طبعة لجنة نشر الثقافة الاسلامية ، ١٣٥٦هـ .

٤٨ - علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ط ١ ، ١٣٧٩هـ ، مطبعة جامعة دمشق ، حققه وعلق عليه الدكتور محمد زكي عبد البر .

٤٩ - محمد بن محمد الحسيني الزبيدي ، إتحاف السادة المتقين بشرح اسرار احياء علوم الدين ، باب الصحبة والاخوة ، الجزء السادس ، دار الفكر اللبنانية ، بلا سنة طبع .

سادساً - مراجع فقهية حديثة:

أ - مجموعة غير منشورة لبحوث وقرارات مجلس مجمع الفقه الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي في مكة المكرمة في دورته الثالثة المنعقدة في ربيع الآخر - ١٤٠٠هـ آذار - ١٩٨٠م :

- ٥٠ - الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد ، طرق الانجاب في الطب الحديث .
- ٥١ - الشيخ رجب التميمي ، اطفال الانابيب وحكمه في الشريعة الاسلامية .
- ٥٢ - الشيخ عبد الله عبد الرحمن البسام ، اطفال الانابيب .
- ٥٣ - قرار شرعي (برقم ٥) اصدره المجلس بشأن التلقيح الصناعي واطفال الانابيب ١٩٨٤ .
- ٥٤ - قرار شرعي (برقم ٢) اصدره المجلس بشأن التلقيح الصناعي واطفال الانابيب ١٩٨٤ .
- ٥٥ - الاستاذ مصطفى احمد الزرقا ، التلقيح الصناعي واطفال الانابيب والرأي الشرعي منها .
- ٥٦ - الدكتور محمد علي البار ، اطفال الانابيب .
- ب - مجموعة غير منشورة لبحوث ندوة (الانجاب) التي عقدتها المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية في اجتماعها المنعقد في الكويت بتاريخ ١١ شعبان ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣/٥/٢٤ م .
- ت - مجموعة غير منشورة لبحوث وقرارات مجلس مجمع الفقه الاسلامي في مؤتمره الخامس في الكويت للفترة من ١-٦ جمادي الاول ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠ - ١٥ كانون اول ١٩٨٨ م :
- ٥٧ - الاستاذ ابراهيم فاضل الدبو ، تنظيم النسل وتحديده .
- ٥٨ - الدكتور احمد محمد جمال ، تناسل المسلمين بين التحديد والتنظيم .
- ٥٩ - الاستاذ نجاتي صابون محمد ، تنظيم النسل وتحديده .
- ٦٠ - الشيخ رجب ببيوض التميمي ، تحديد النسل وتنظيمه .
- ٦١ - الشيخ عبد الله عبد الرحمن البسام ، تنظيم النسل وتحديده .
- ٦٢ - الاستاذ عبد الحميد بن باكل ، تحديد النسل وتنظيمه .
- ٦٣ - قرار شرعي (برقم ١) اصدره المجلس بشأن تنظيم النسل .
- ٦٤ - الدكتور محمد عطا السيد سيد احمد، تنظيم النسل وتحديده.

- ٦٥ - الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، تحديد النسل وتنظيمه .
- ٦٦ - الدكتور محمد علي البار ، تنظيم النسل وتحديده.
- ٦٧ - الشيخ محمد بن عبد الرحمن ، تنظيم النسل وتحديده .
- ٦٨ - الدكتور محمد سيد طنطاوي ، تنظيم النسل ورأى الدين فيه .
- ث - بحوث وكتب متفرقة:
- ٦٩ - الدكتور احمد شرف الدين ، الاحكام الشرعية للاعمال الطبية ، ١٩٨٣، المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب ، الكويت .
- ٧٠ - الدكتور احمد الكبيسي ، التلقيح الصناعي من وجهة نظر الفقه الاسلامي ، بحث القاه في ندوة التلقيح الصناعي البشري (الجوانب الطبية والشرعية والقانونية) ، بحوث غير منشورة التي اقامتها كلية القانون في جامعة بغداد بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٢٦ ، مطبوعة على الالة الكاتبة .
- ٧١ - السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، ط٢٦، بغداد ، مطبعة العمال المركزية ، ١٩٨٩.
- ٧٢ - الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، بيان للناس من الازهر الشريف، ٢٣/٣/١٩٨٠ - ٦ جمادي الاولى ١٤٠٠هـ، الجزء الثاني.
- ٧٣ - حوار مع مفتي مصر ، مجلة المسلمون ، ع٤٤، ٧٢/٨/٢٨٩١.
- ٧٤ - الاستاذ حسان حتوت ، قضايا علمية تنتظر احكامها الشرعية ، مجلة العربي ، ع٢٣٠، كانون الثاني ، ١٩٧٨.
- ٧٥ - الدكتور زكريا البري ، الاحكام الاساسية للاسرة الاسلامية ، التلقيح الصناعي موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ١٩٨٠، الدار العربية للموسوعات، ج٩٥.
- ٧٦ - الدكتور سامي محمود علي ، تشريح الانسان بعد الموت بين العلم والدين ، مجلة العربي ، ع٣٧١، تشرين اول ، ١٩٨٩، الكويت .
- ٧٧ - الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، بيروت ، ط٢، ١٩٧٢.

- ٧٨ - الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود ، الحكم الاقتاعي في ابطال التلقيح الصناعي وما يسمى بشتل الجنين ، ط١ ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، مطابع قطر الوطنية ،
- ٧٩ - العلامة الشيخ عبد الكريم المدرس ، الانوار القدسية في الاحوال الشخصية ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، مطبعة الجاحظ، بغداد .
- ٨٠ - الشيخ علي الخفيف ، المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الاسلامي ، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ، ع٣ ، آذار ، ١٩٧٢ .
- ٨١ - الاستاذ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ط٣ ، ١٩٧٧ ، دار التراث للطبع والنشر .
- ٨٢ - الدكتور عبد الملك السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الاول ، دار الانبار للطباعة والنشر ، ط٣ ، ١٩٨٩ .
- ٨٣ - الدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري ، نقل وزراعة الاعضاء الآدمية من منظور اسلامي ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ١٩٨٨ ، دار المنار للنشر والتوزيع .
- ٨٤ - الاستاذ عصمت الله عنايت الله محمد ، حكم الشرع في التعقيم ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض ، ع٥ ، س٢ ، ١٩٩٠ .
- ٨٥ - الدكتور علي يوسف المحمدي ، ثبوت النسب ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة في جامعة قطر ، مسحوبة بالدونيو ، ١٩٨١ .
- ٨٦ - فتاوى اسلامية ، نشرتها مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض ، س١ ، ع٣ ، ١٩٩٠ .
- ٨٧ - الشيخ محمود شلتوت ، الفتاوى ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
- ٨٨ - الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، مجلة العربي ، ع٢٤٢ ، كانون الثاني ، ١٩٧٩ ، الكويت .
- ٨٩ - الدكتور محمد شوقي ابراهيم ، موقف القرآن الكريم من طفل الانبوب ، مجلة الوعي الاسلامي ، ع١٦٧ ، ذو القعدة ، ١٣٩٨هـ .

- ٩٠ - الدكتور محمد نعيم ياسين ، بيع الأعضاء الادمية، مجلة الحقوق، الكويت، ع١، س١١، ٧٨٩١.
- ٩١ - ----- ، حكم التبرع بالاعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ع٣، س١٢، ١٩٨٨.
- ٩٢ - الدكتور محمد فوزي فيض الله ، فصول من الفقه الاسلامي العام ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٦٨.
- ٩٣ - الاستاذ مصطفى الزرقا ، طفل الانبوب والميراث ، مجلة الامة ، ع٢٨، س٣، ١٩٨٢.
- ٩٤ - الدكتور هاشم جميل عبد الله ، زراعة الاعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الاسلامية ، مجلة الرسالة الاسلامية ، العددان ٢٠٧ - ٢٠٨ ، شباط، ١٩٨٧.
- ٩٥ - ----- ، زراعة الاجنة في ضوء الشريعة الاسلامية (نشر باربعة اقسام)، مجلة الرسالة الاسلامية ، ذكرت في مواضعها .
- ٩٦ - هيئة تحرير مجلة اخبار العالم الاسلامي، اطفال الانابيب وفوضى التلقيح خارج الرحم، المملكة العربية السعودية، ع ١١٥٧ ، ١٢ شباط ، ١٩٩٠.
- ٩٧ - هيئة تحرير مجلة المرأة ، طفل الانبوب ، ع١٦٦، شوال ١٣٩٨هـ، الكويت .
- ٩٨ - هيئة تحرير مجلة حضارة الاسلام ، ع٢، س٧، تموز ، ١٩٦٦، دمشق.
- ٩٩ - الدكتور وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجناثية في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢.
- ١٠٠ - الدكتور يوسف القرضاوي ، هدى الاسلام ، فتاوى معاصرة، الحلقة الاولى، ١٩٧٨، دار آفاق الغد.
- سابعاً - الموسوعات الاسلامية:
- ١٠١ - الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، ط١، ١٩٨٢.

١٠٢ - موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي، المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، القاهرة ، ١٣٩٢هـ.

ثامناً - كتب اللغة والمعاجم:

١٠٣ - ابي الفضل جمال الدين محمد بن منظور المغربي ، لسان العرب ، دار صادر للطباعة والنشر ودار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٥٦م.

١٠٤ - الاستاذ حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني انكليزي-عربي ، ط ٥، ١٩٨٨.

١٠٥ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ط ٢، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

١٠٦ - محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مطبعة حكومة الكويت ، ١٩٧٣، ج ١٢.

تاسعاً - المجلة وشروحاتها :

١٠٧ - مجلة الاحكام العدلية .

١٠٨ - الاستاذ سليم رستم باز، شرح المجلة ، ط ٣، مصححة ومزيدة ، بيروت ، المطبعة الادبية ، ١٩٢٣.

١٠٩ - الاستاذ علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت - بغداد ، بلا سنة طبع ، الجزء الاول في البيوع - الاجارة - الكفالة .

١١٠ - الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ط ١، الجزء الاول ، ١٩٤٩، مطبعة العاني.

١١١ - الاستاذ محمد سعيد المحاسني ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، دمشق، مطبعة الترقى ، ١٩٢٧.

عاشرأ - المراجع القانونية:

١١٢ - الدكتور ادور غالي الذهبي، مجموعة بحوث قانونية (جريمة التلقيح الصناعي في القانون الليبي) ، ط ١، ١٩٧٨، دار النهضة العربية .

- ١١٣ - ----- ، التعويض عن الاخلال بمصلحة مشروعة ، مجلة مصر المعاصرة ، ع -٢٣، س٥٦، إبريل ١٩٦٥.
- ١١٤ - الدكتور ابراهيم دسوقي ابو الليل ، الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات ----- دراسة لضمان المباشر وضمان المؤمن وضمان الدولة لاذى النفس في القانون الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي، منشورات ذات السلاسل، ط١، الكويت ، ١٩٨٥.
- ١١٥ - -----، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، ١٩٨٠، المطبعة المصرية الحديثة ، القاهرة .
- ١١٦ - الدكتور احمد الكبسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ١٩٩٠، طبع مطابع التعليم العالي ، الجزء الاول .
- ١١٧ - -----، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ١٩٧٠، مطبعة الارشاد ، الجزء الاول .
- ١١٨ - الدكتور احمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص آخر غير المضرور، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، س٢٢، ١٩٨٧.
- ١١٩ - -----، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، ١٩٨٦، مطبعة ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت .
- ١٢٠ - الدكتور احمد حمد ، موضوع النسب بين الشريعة والقانون ، ط١، ١٩٨٣، الكويت .
- ١٢١ - الدكتور احمد شوقي عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، ١٩٧٦، القاهرة.
- ١٢٢ - الدكتور احمد شوقي ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث، ١٩٨٦، المطبعة المصرية الحديثة.

- ١٢٣ - الدكتور احمد سلامة ، الحماية القانونية لاسرار المهنة ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
- ١٢٤ - ادم النداوي، شرح قانون الاثبات، ط٢، ١٩٨٦، بغداد ، مطبعة دار القادسية.
- ١٢٥ - الاستاذ ادوارد رياض ، الحصانة القانونية لاسرار المهنة في القانون المقارن ، مجلة الحق ، س٣، ع١، ١٩٧٢ .
- ١٢٦ - الدكتور اسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، القاهرة ، ٧٨٩١ .
- ١٢٧ - الاستاذ الهادي المدني ، سر المهنة ومدى القصد الجنائي في افشائه ، مجلة القضاء والتشريع التونسية ، ع٣، س٣، اذار ، ١٩٦١ .
- ١٢٨ - اللورد ديننج ، طريق نحو العدالة ، ترجمة محمد عبد الله مشاري ومأمون كنون ، ط١، دار الجيل البيروتية ، ١٩٨٢ .
- ١٢٩ - الدكتور بدر جاسم اليعقوب ، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، مجلة الحقوق والشرعية الكويتية ، س٥، ع٣، ١٩٨١ .
- ١٣٠ - الدكتور توفيق حسن فرج والدكتور محمد يحيى مطر ، الاصول العامة للقانون الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٩ .
- ١٣١ - الدكتور حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول في نظرية العقد ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٤٣ .
- ١٣٢ - الدكتور حسن علي الذنون ، نظرات في المسؤولية الطبية ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا للعام الدراسي ١٩٨٧-١٩٨٨ ، غير منشورة .
- ١٣٣ - ----- ، النظرية العامة للالتزامات ، الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ .
- ١٣٤ - ----- ، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الاول في الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، بغداد ، ١٩٩١ .
- ١٣٥ - الدكتور حسن المرصفاوي ، قانون العقوبات المصري معلقا عليه ، طبعة ١٩٦٢ ، القاهرة .

١٣٦ - الدكتور حسام الدين الاهواني ، مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ .

١٣٧ - ----- ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

١٣٨ - الاستاذ حسين عامر ، المسؤولية المدنية ، ط١ ، ١٩٦٥ ، مطبعة مصر .

١٣٩ - الاستاذ حسن عكوش ، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ط٢ ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، ١٩٩٠ .

١٤٠ - الاستاذ حسين عامر والاستاذ عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، ط٢ ، دار المعارف المصرية ، ١٩٧٩ .

١٤١ - الدكتور حسن زكي الابراشي ، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، القاهرة ، ١٩٥١ .

١٤٢ - الدكتور حميد السعدي ، جرائم الاعتداء على الاشخاص - دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي في ضوء الاجتهادات القضائية من المحاكم العراقية والفرنسية ، بلا سنة طبع ، مطبعة المعارف ، بغداد .

١٤٣ - الاستاذ خليل جريج ، الخطأ المهني ، النشرة القضائية اللبنانية ، ١٩٥٦ .

١٤٤ - الدكتور خالد عبد الحميد فراج ، المنهج الحكيم في التجريم والتقويم ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٨٤ ، مطابع جريدة السفير .

١٤٥ - الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ، ١٩٧٤ ، القاهرة .

١٤٦ - ----- ، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، ط٤ ، مزيدة ومنقحة ، ١٩٨٤ ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة .

١٤٧ - الدكتور رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٣ .

- ١٤٨ - الدكتور سعد واصف ، التأمين من المسؤولية - دراسة في عقد النقل البري ،
جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
- ١٤٩ - الاستاذ سمير اورفلي ، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية ، مجلة
المحامون السورية ، ع٧ ، تموز ، ١٩٨٥ .
- ١٥٠ - ---- ، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب اذا افشى سراً من اسرار
مهنته ، مجل المحامون السورية ، ع١١ ، تشرين الثاني ، ١٩٨٥ .
- ١٥١ - الاستاذ سمير اورفلي ، مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية ، مجلة
رابطة القضاة المغربية ، س ٢٠ ، العددان ٨-٩ ، ايار ، ١٩٨٤ .
- ١٥٢ - الدكتور سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم
الاول ، الاحكام العامة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ .
- ١٥٣ - ---- ، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الالتزامات، المجلد الثاني
في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول في الاحكام العامة، ط٥، القاهرة
١٩٨٨ .
- ١٥٤ - الدكتور سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ،
١٩٨١ .
- ١٥٥ - الدكتور سمير تناعو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف المصرية، بلا سنة طبع .
- ١٥٦ - شرح القانون المدني الاردني الجديد (مجموعة مؤلفين)، القسم الثالث،
موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، ١٩٨٠،
ج٩٤ .
- ١٥٧ - الدكتور شريف بسيوني ، القانون الجنائي الدولي ، القاهرة ، ١٩٨١ .
- ١٥٨ - الدكتور ضاري خليل محمود ، في الاساس القانوني لباحة النشاط الطبي ،
مجلة العدالة العراقية ، ع٤ ، س٤ ، ١٩٧٨ .
- ١٥٩ - د. طلبة وهبة خطاب ، المسؤولية المدنية لناقل الاشخاص بالمجان - دراسة
قضائية مقارنة ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع .

- ١٦٠ - الاستاذ عبد السلام التونجي ، المسؤولية المدنية للطبيب ، حلب ، ١٩٦٦ .
- ١٦١ - الدكتور عبد الاله الخاني ، اطفال الانابيب وأوضاعهم القانونية ، مجلة المحامون السورية ، الاعداد ٩،٨،٧، س ٥٣، ١٩٨٨ .
- ١٦٢ - الدكتور عمر فاروق الفحل ، تحول الجنس بين الشريعة والقانون ، مجلة المحامون السورية ، الاعداد ١٠، ١١، ٢١، س ٣٥، ١٩٨٨ .
- ١٦٣ - ----- ، التلقيح الصناعي والقانون ، مجلة المحامون السورية ، ع ٣ ، س ٥٣ ، اذار ، ١٩٨٨ .
- ١٦٤ - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ، ١٩٦٤ ، دار احياء التراث العربي .
- ١٦٥ - ----- ، الوسيط ، الجزء الاول ، ١٩٥٢ .
- ١٦٦ - الدكتور عبد الوهاب عمر ، التلقيح الصناعي البشري بين الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة البصرة ، مطبوع على الالة الكاتبة ، غير منشور .
- ١٦٧ - ----- ، النظرية العامة لجريمة الزنا ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- ١٦٨ - الدكتور عباس الحسني ، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز المدنية والعسكرية وأمن الدولة ، المجلد الثاني ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، ١٩٦٩ ، مطبعة الارشاد ، بغداد .
- ١٦٩ - ----- ، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، مطبعة الازهر ، بغداد .
- ١٧٠ - الاستاذ عز الدين الديناصور ، والاستاذ عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- ١٧١ - الدكتور عبد القادر الشихلي ، المحاكمة الغيابية في الدعوى التأديبية ، مجلة العدالة العراقية ، ع ١ ، س ٦ ، ١٩٨٠ .

- ١٧٢ - -----، المخالفة التأديبية ذات الطابع الاخلاقي ، مجلة العدالة العراقية ، ع٢، س٦، ١٩٨٠.
- ١٧٣ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧١.
- ١٧٤ - -----، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٤.
- ١٧٥ - الاستاذ عبد الامير العكلي ، اصول الاجراءات الجنائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ج١، ط١، مطبعة المعارف ، ١٩٧٥.
- ١٧٦ - الدكتور عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت ع٢، س٥، ١٩٨١.
- ١٧٧ - الدكتور عبد الرشيد مأمون ، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي دار النهضة العربية ، بلا سنة طبع .
- ١٧٨ - الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ في مصادر الالتزام ، ط٥، ١٩٧٧.
- ١٧٩ - الدكتور عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر) منشورات عويدات ، ط١، ١٩٨٣.
- ١٨٠ - الدكتور عوض محمد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، الاسكندرية ، ١٩٧٠.
- ١٨١ - الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ١٧٩١.
- ١٨٢ - الدكتور غازي عبد الرحمن ناجي ، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ، مجلة العدالة العراقية ، ع٣، س١ ، تموز-اب-ايلول، ١٩٧٥.
- ١٨٣ - الاستاذ فريد فتيان ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ط٢، منقحة وموسعة ، ١٩٨٦، طبع الدار العربية ، بغداد .

- ١٨٤ - الدكتور فريد عقل ، النظرية القضائية في المسؤولية الشيئية ، مجلة المحامون السورية ، ع ١٠ ، تشرين اول ، ١٩٨٦ .
- ١٨٥ - فتوى ديوان التدوين القانوني ، نشرتها المجلة الطبية العراقية ، الملحق المهني ، التي تصدرها نقابة الاطباء ، ع ١٠ ، ١٩٧٠ .
- ١٨٦ - الدكتور محمود نجيب حسني ، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بلا سنة طبع .
- ١٨٧ - ----- ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ١٩٨٢ ، دار النهضة العربية القاهرة .
- ١٨٨ - ----- ، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، ع ٣ ، س ٢٩ ، ١٩٥٩ .
- ١٨٩ - الدكتور محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
- ١٩٠ - الدكتور محمد هشام القاسم ، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية ، مجلة الحقوق والشرعية ، الكويت ، س ٣ ، ع ١ ، ١٩٧٩ .
- ١٩١ - الدكتور مصطفى الجمال ، مبادئ القانون ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .
- ١٩٢ - الدكتور محسن منصور ، المسؤولية المدنية لكل من الاطباء واطباء الاسنان والصيدالة والمستشفيات العامة والخاصة والمرضين والمرضات ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، ١٩٨٥ ، ج ٢٤١ .
- ١٩٣ - الدكتور محمد اسامة عبد الله ، المسؤولية الجنائية للاطباء في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
- ١٩٤ - الدكتور مصباح محمد الخيرو ، حدود المسؤولية الجنائية للأطباء ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ، الرباط ، ١٩٨٠ .
- ١٩٥ - الدكتور منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة ، ط ١ ، ١٩٩١ ، بغداد ، ج ١ في مصادر الالتزام .

- ١٩٦ - -----، التصرف القانوني في الاعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة
بغداد، ط١، ١٩٩٠.
- ١٩٧ - -----، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها
القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن
العددان الاول والثاني، ١٩٨٩.
- ١٩٨ - الدكتور محمود محمود مصطفى، مركز الاطباء في التشريع الجنائي للدول
العربية، مجلة المحامون السورية، العددان ٢-٣، ١٩٧٩.
- ١٩٩ - الدكتور مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج٢، المسؤولية الجنائية
مؤسسة نوفل، ١٩٨٥.
- ٢٠٠ - الدكتور محمد رياض الخاني، المبادئ الاخلاقية التي يجب ان يتحل بها
الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية مجلة القانون والشرعة، دولة الامارات
العربية المتحدة، ع٢، ١٩٨٨.
- ٢٠١ - الاستاذ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيدلة، دار
المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩.
- ٢٠٢ - الدكتور محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات. القاهرة،
١٩٥١.
- ٢٠٣ - الدكتور منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة
الحقوق والشرعة، الكويت، ع٢، س٥، ١٩٨١.
- ٢٠٤ - الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة
القانون، نظرية الحق، مكتبة مسيرة الحضارة العربية، بلا سنة طبع.
- ٢٠٥ - الدكتور محمد مختار القاضي، اصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة
دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥١.
- ٢٠٦ - الدكتور مصطفى القللي، تعليق على حكم في المواد الجنائية، مجلة القانون
والاقتصاد المصرية، س٢، ع١، ١٩٣٢.

- ٢٠٧ - الدكتور محمد لبیب شنب ، المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٥٧.
- ٢٠٨ - الاستاذ منير القاضي ، ملتی البحرین ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة ، ١٩٥١ - ١٩٥٢ ، مطبعة العاني.
- ٢٠٩ - ----- ، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٥.
- ٢١٠ - الدكتور محمد يوسف الزعبي ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، العدد الاول ، ١٩٨٧.
- ٢١١ - الدكتور ماوريتسيو لودوفيشي ، المظاهر القانونية للتلقيح الاصطناعي - دراسة سريعة للتشريعات الراهنة ، تعريب الدكتور رياض الخاني ، مجلة المحامون السورية ، ع٦ ، حزيران ، ١٩٦٩.
- ٢١٢ - الدكتور محمد شتا ابو السعد ، اصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الاسلامي السوداني ، الكتاب الاول ، ط١ ، ١٩٨٤ مطبعة جامعة القاهرة .
- ٢١٣ - الدكتور مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، ط١ ، ١٩٨٥.
- ٢١٤ - الاستاذ محمد عبد الرحيم عنبر ، افشاء الاسرار ، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية ، ج٤ ، بلا سنة طبع .
- ٢١٥ - الدكتور ممدوح خليل البحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات ١٩٨٣ ، ج١٧٠.
- ٢١٦ - الدكتور مصطفى الزلي ، شرح قانون الاحوال الشخصية (احكام الميراث والوصية) ، مطابع التعليم العالي.

- ٢١٧ - الدكتور محمد شكري سرور ، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، ط ١ ، ١٩٨٣ .
- ٢١٨ - الدكتور مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ج ١ ، مصادر الالتزامات ، ط ٣ ، ١٩٧٤ .
- ٢١٩ - الدكتور محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ .
- ٢٢٠ - الاستاذ نزار عرابي ، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص ، مجلة المحامون السورية ، ع ٢ ، شباط ، ١٩٨٣ .
- ٢٢١ - ----- ، متى وأين تبدأ مسؤولية الطبيب مدنيا وجنائيا ، مجلة المحامون السورية ، ع ٦ ، حزيران ، ١٩٨١ .
- ٢٢٢ - الاستاذ نظام الدين عبد الحميد ، جناية القتل العمد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، مطبعة اليرموك ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- ٢٢٣ - الدكتور وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، ١٩٧٨ .
- ٢٢٤ - ----- ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج ١ في التصرف القانوني ، ١٩٧٥ .
- ٢٢٥ - الدكتور وديع فرج ، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، العددان ٤-٥ ، س ١٢ ، ١٩٤٢ .
- ٢٢٦ - الدكتور يوسف الكيلاني ، سر المهنة الطبية ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، س ٥ ، ع ٢ ، ١٩٨١ .
- حادي عشر - الاطاريج غير المنشورة:**
- ٢٢٧ - جابر مهنا شبل ، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - دراسة قانونية مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد .
- ٢٢٨ - ----- ، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد .

- ٢٢٩ - سالم محمود رديعان ، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد .
- ٢٣٠ - عادل عبد ابراهيم ، حق الطبيب في ممارسة الاعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد .
- ٢٣١ - علي الجيللاوي ، رضا المتضرر واثره في المسؤولية المدنية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد .
- ٢٣٢ - ----- ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد .
- ٢٣٣ - فؤاد الكبيسي، الانجاب - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة بغداد .
- ٢٣٤ - هاشم فارس الجبوري ، حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة بجامعة بغداد .
- ثاني عشر - الاحكام القضائية (رتبت حسب تواريخ صدورها):
- ٢٣٥ - حكم محكمة استئناف مصر الاهلية في ١٩٣٦/١/٢ - مجلة المحاماة المصرية.
- ٢٣٦ - قرار تمييزي ٧٨٤/حقوقية/٥٦ بتاريخ ١٩٦٥/٧/٧٢ - قضاء محكمة التمييز.
- ٢٣٧ - حكم محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الاولى، ابريل ١٩٦٨ - مجلة القضاء والقانون المغربية .
- ٢٣٨ - قرار تمييزي ٦٣٢/م٣/٣٧ بتاريخ ١٩٧٣/٩/٥٢ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي ، مبدأ رقم ٥٨ ص ٢٨١.
- ٢٣٩ - حكم القضاء السوري لعام ١٩٧٥ - مجلة القانون السورية.
- ٢٤٠ - محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الاولى ، يونيو ، ١٩٦٨ - مجلة العدالة بدولة الامارات العربية المتحدة .

٢٤١ - قرار تمييزي ١٨ - ٢/م/٤٥ بتاريخ ١٩٧٧/٥/٢ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي مبدأ رقم ١٥٤ ص ٢٩٠.

٢٤٢ - حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، قرارها ١٩٨١/٢٢ - مجلة القضاء والقانون الكويتية .

٢٤٣ - حكم محكمة النقض المصرية لعام ١٩٨١ ، طعن ١٨٣٢ - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية لمحنة النقض المصرية .

٢٤٤ - قرار مجلس الانضباط العام ١٩٨٤/٩ في ١٩٨٤/١٠/٢ - غير منشور.

٢٤٥ - قرار المحكمة الادارية في الكرخ ٢٧٢١/ادارية في ١٩٨٥/٤/١٤ - غير منشور.

٢٤٦ - قرار تمييزي ٣٦٧/منقول/٨٧ والمؤرخ في ١٩٨٧/١١/٧ - غير منشور.

٢٤٧ - قرار تمييزي ٢٤٨/موسعة اولى/٨٧ والمؤرخ في ١٩٨٧/٣/١٣ - غير منشور.

٢٤٨ - حكم محكمة ابو ظبي بدولة الامارات العربية المتحدة في ١٩٨٨/٢/٦٢ - المجلة العربية للفقہ والقضاء .

ثالث عشر - مراجع مختلفة:

٢٤٩ - الدكتور انيس فهمي، العقم عند النساء، مجلة العربي، ع ٢٣٠، تموز، ١٩٨٥.

٢٥٠ - الدكتور توفيق وهيب الدوري، والاستاذ عزيز كبرو حنا، فلسفة التكاثر والتلقيح الاصطناعي ، دار التقني للطباعة والنشر ، ١٩٨٣.

٢٥١ - الدكتور جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام ، ط ٣، ١٩٨٠، دار العلم للملايين، الجزء الخامس .

٢٥٢ - الدكتور حسن سعد المبروك ، والدكتور محمد الشامس بالرحال ، فسيولوجيا التناسل والتلقيح الاصطناعي، دار الجماهيرية العربية الليبية للنشر والتوزيع والاعلان ، ط ١، ١٩٨٩.

- ٢٥٣ - الدكتور حسين فوزي النجار ، نظرية الاخلاق في الاسلام ، الكويت ، مطبعة ذات السلاسل ، ١٩٧٦ .
- ٢٥٤ - الدكتور راجي عباس ، السلوك المهني للاطباء ، ط ٢ ، ١٩٨١ ، دار الاندلس للطباعة والنشر والتوزيع .
- ٢٥٥ - الدكتور صباح ناصر العلوجي والدكتور مرتضى كمال الحكيم ، الجنس وعدم الاخصاب ، مطبعة دار القادسية ، ط ١ ، ١٩٨٥ .
- ٢٥٦ - الدكتور صبري القباني ، اطفال تحت الطلب ومنع الحمل ، دار الصياد البغدادية ، ١٩٩٠ .
- ٢٥٧ - عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار القلم اللبنانية ، ط ٧ ، ١٩٨٩ .
- ٢٥٨ - الدكتور عامر هشام جعفر ، اللجنة المجددة حوار المستقبل ، مجلة العربي، ع ٣١٨ ، مايو ، ١٩٨٢ .
- ٢٥٩ - الدكتور محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ط ٥ ، ١٩٨٤ .
- ٢٦٠ - الدكتور محمود عبد الرحمن فتح الله والدكتور صلاح يوسف الدهش، خصوبة الاناث ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ .
- ٢٦١ - الدكتور منذر البرزنجي، بحث القاه في (ندوة التلقيح الصناعي البشري - الجوانب الطبية) اقامتها كلية القانون بجامعة بغداد بتاريخ ٢٦ / ١١ / ١٩٨٩ ، مطبوع على الالة الكاتبة .
- ٢٦٢ - الدكتور موريس بوكاي ، ما اصل الانسان - اجابات العلم والكتب المقدسة ، ترجمة مكتب التربية العربي لدول الخليج ، ١٩٨٨ .
- رابع عشر - مجلات وصحف :
- ٢٦٣ - مجلة العربي ، ع ٢٤٦ ، ايار ، ١٩٧٩ ، الكويت .
- ٢٦٤ - مجلة العربي ، ع ٢٤٣ ، شباط ، ١٩٧٩ ، الكويت .

- ٢٦٥ - مجلة التضامن ، ع ٧-٢، س ٤، ٢٨/٣/١٩٨٧.
- ٢٦٦ - صحيفة الاهرام المصرية في عددها الصادر ليوم ٢٧/٨/١٩٧٨.
- ٢٦٧ - صحيفة الاخبار المصرية في عددها الصادر ليوم ٢٧/٧/١٩٧٨.
- ٢٦٨ - صحيفة الراية القطرية في عددها الصادر ليوم ٥/٤/١٩٨٢.
- ٢٦٩ - ميلاني فيلبس، آفاق ما بعد الحياة الانسانية، صحيفة الصنداي تايمز البريطانية في عددها الصادر ليوم ٢٦/٢/١٩٨٩ (مترجم)
- ٢٧٠ - باتريشيا سبالون، الجوانب الاخلاقية لبعض الاعمال الطبية ، صحيفة الصنداي تايمز البريطانية في عددها الصادر ليوم ٢٦/٢/١٩٨٩. (مترجم).
- ٢٧١ - صحيفة الثورة العراقية في عددها الصادر ليوم ٢٨/١٢/١٩٨٧.
- ٢٧٢ - صحيفة الثورة العراقية في عددها الصادر ليوم ١٠/٥/١٩٨٩.
- ٢٧٣ - صحيفة الثورة العراقية في عددها الصادر ليوم ١٦/٣/١٩٩١.
- ٢٧٤ - صحيفة الجمهورية العراقية في عددها الصادر ليوم ٢٤/١١/١٩٨٩.

خامس عشر - المقابلات:

- ٢٧٥ - مقابلة مع الدكتور عبد اللطيف هميم محمد استاذ الشريعة في جامعة الرمادي حول الجانب الشرعي للموضوع .
- ٢٧٦ - مقابلة مع الدكتور منذر البرزنجي الاستاذ في كلية الطب في جامعة بغداد حول الجانب الطبي للموضوع .

سادس عشر - القوانين والتشريعات:

أ - العراق :

- ٢٧٧ - القانون المدني .
- ٢٧٨ - مشروع القانون المدني الجديد - نسخة عام ١٩٨٦.
- ٢٧٩ - قانون العقوبات.
- ٢٨٠ - قانون الاحوال الشخصية .
- ٢٨١ - قانون الاثبات.

- ٢٨٢ - قانون اصول المحاكمات الجزائية.
- ٢٨٣ - قانون زرع الاعضاء البشرية.
- ٢٨٤ - قانون الصحة العامة.
- ٢٨٥ - قانون نقابة الاطباء.
- ٢٨٦ - الدستور النافذ.
- ٢٨٧ - مشروع دستور جمهورية العراق.
- ٢٨٨ - قانون المستشفيات الاهلية.
- ٢٨٩ - قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي.
- ٢٩٠ - قانون المرافعات المدنية .
- ٢٩١ - قانون الادعاء العام.
- ٢٩٢ - قانون الجنسية .
- ٢٩٣ - قانون رعاية الاحداث.
- ٢٩٤ - قانون تسجيل الولادات والوفيات .
- ٢٩٥ - قانون العقوبات البغدادى (الملغى).
- ٢٩٦ - قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٦٠ في ٢٣/٦/١٩٨٨.
- ٢٩٧ - تعليمات السلوك المهني الصادرة عن مجلس نقابة الاطباء لعام ١٩٨٥.

ب - الاقطار العربية :

- ٢٩٨ - القانون المدني المصري.
- ٢٩٩ - القانون المدني السوري.
- ٣٠٠ - قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- ٣٠١ - القانون المدني الاردني.
- ٣٠٢ - القانون المدني الكويتي .
- ٣٠٣ - القانون المدني اليمني.
- ٣٠٤ - القانون المدني الليبي.

٣٠٥ - مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

٣٠٦ - القانون المدني الجزائري.

٣٠٧ - قانون الالتزامات والعقود المغربي .

٣٠٨ - قانون العقوبات المصري .

٣٠٩ - قانون العقوبات السوري .

٣١٠ - قانون العقوبات اللبناني.

٣١١ - قانون العقوبات الجزائري.

٣١٢ - المجلة الجنائية التونسية.

٣١٣ - قانون العقوبات الليبي - الجريدة الرسمية الليبية ، ع ٦١ ، س ١٠ ، بتاريخ ١٨
ذي القعدة ١٩٣١ هـ - ٢٣ ديسمبر ١٩٧٢ م.

٣١٤ - قانون الجزاء الكويتي .

٣١٥ - قانون العقوبات القطري.

٣١٦ - القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ المنظم للالتزامات عن العمل غير المشروع في
الكويت

٣١٧ - قانون الانتفاع بأعضاء جسم الانسان الاردني رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ .

ت - الدول الاجنبية

DALLOZ CODE CIVIL, 1977 - 1978.

- ٣١٨

سابع عشر - المصادر باللغات الاجنبية:

١ - باللغة الانكليزية:

319- Barry R.Furrow-Sandra H.Johnson. Timothy S.Jost-Robert L.Schwart,
Health Law, 1987.

320- Clerk and Lindsell, On Torts, Eleventh Edition, London, 1956.

321- Charles J. Lewis, Medicales Negligence, London, 1988.

322- Guy Briabant, New Biologies, Population and Human Rights, Proceed-
ing of the Expert Group Meeting on Population and Human Rights ,
Geneva, 3-6 April-1989- United Nations, New York, 1990.

- 323- Law and Legislation in The German De Mocratic Republic, 1-2, 1987, Berlin.
- 324- Phipson on Evidence , Thirteen Edition, London, Sweet and Maxwell, 1982.
- 325- Richard Bingham, All the Modern cases on Negligence, Second - Edition, London, 1971.
- 326- Stephan J. Hadfifld, Law and Ethics for Doctors , London, 1958.
- 327- The new Encyclopedia-Britanica, Knowledge in Depth, Volume 6, 1974 Edition, "Eugenics".

ب - باللغة الفرنسية :

- 328- Gerard Memeteau, droit Medical , 1985. Paris.
- 329- Jacques Robert, L'insemination a La portee detous, revue du droit public, 5-1988.
- 330- Louis Kornprobst, La responsabilites du medecin devant La Loi et La jurisprudence Francaises, 1957, Paris.
- 331- Pierre raynaud, repertoire de droit civil, dalloz, responsabilite du fait personnel , Paris, 1975.
- 332- Philippe Le tourneau, Les condition generales de la responsabilite medicale en droit prive, 1976, Paris.
- 333- roger nerson, Les progres Scientifiques et L'evolution du droit familial melanges. ripert. I.
- 334- Savatier, La droit civil de Les conquetes de La biologie, D. 1948. Chron.
- 335- Terfve (A) : rapport sur Le corps Humain et les actes juridiques en droit belge, in travaux de L'association Henri Capitant, Sur Le corps Humain et Le droit (journée Belges) Tome, XXVI, 1975.

ملاحظة:

٣٣٦ - عبد الجبار حمد شرارة، نظرية نفي الضرر في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالقانون، مقدمة الى مجلس كلية الشريعة في جامعة بغداد ١٩٩٠، غير منشورة

الخلاصة

لقد قسمنا كتابنا الموسوم بـ (مشكلات المسؤولية المدنية المترتبة على التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي) إلى تمهيد وبابين وخاتمة .

تكلّما في التمهيد عن المفهوم العام للتلقيح الصناعي أولاً وتطوره التاريخي ثانياً وإشكاله ثالثاً وخلصنا إلى أن هناك عدة صور للتلقيح الصناعي .

وتكلّما في الباب الأول عن موقف الشريعة من التلقيح الصناعي مقسمين الكلام فيه إلى ثلاثة فصول ، تكلّما في الفصل الأول عن مدى شرعية التلقيح الصناعي وخلصنا إلى أن التلقيح الصناعي جائز بوصفه علاجاً لحالة العقم ولكن على ألا يتوسع فيه مؤسسين إياه على أساس المصلحة ، وتكلّما في الفصل الثاني عن حكم التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه وخلصنا إلى أن جميع صور التلقيح الصناعي المعروفة في بلاد الغرب هي صور محرمة عدا صورتين فقط وهما اللتان يكون فيهما المني والبيوض مأخوذين من الزوج وزوجته أي تربطهما رابطة زواج شرعية ، وتكلّما في الفصل الثالث عن صورتين حديثتين من التلقيح الصناعي أولهما : ما يعرف بـ (شتل الجنين) وثانيهما: تلقيح الزوجة بمنى زوجها المتوفي المحفوظ في أحد بنوك المني.

وتكلّما في الباب الثاني عن أركان المسؤولية الطبية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي مقسمين الكلام فيه إلى ثلاثة فصول ، ذكرنا في الفصل الأول مفهوم الخطأ الطبي وصور الخطأ الطبي قبل إجراء التلقيح الصناعي واثناء وبعد إجراء التلقيح الصناعي كالخطأ في التشخيص والخطأ في عدم استحصال الرضا والخطأ في خلط الانابيب ببعضها، الخطأ في الرقابة، وتكلّما في الفصل الثاني عن أنواع الضرر المتصور في التلقيح الصناعي كالضرر الجسدي والضرر المعنوي مركزين على ضرورة الالتزام بالمحافظة على سر المهنة الطبي وناقشنا في الفصل الثالث رابطة السببية بين الخطأ والضرر معتمدين تصور الفقه الاسلامي لهذه الرابطة وأخيراً وضعنا مقترحاتنا في الخاتمة ومن أبرزها مشروع قانون حول التلقيح الصناعي.

SUMMARY

We have divided own book is : The civil liability resulting from the artificial insemination - A comparative study between The Law and The Islamic Fiqh. To A, Preface, Two Chapters and Finale.

We have dealt with the preface, about the concept of artificial insemination: Historical development, and it's phases (sorts).

In chapter One we have dealt with the Islamic law of this issue in three sections. We have emphasized in section One legality of artificial insemination.

This lawful only as a treatment of the impotency in the case of necessity on the basis of interest.

In section two we have discussed this concept and it's consequences. All sorts of this insemination that are in practice in the west are unlawful except two: semen and oval are from husband and wife in a valid marriage, In the third section we have discussed two modern phases: 1-Surrogate mother, 2-Mother's egg fertilization by the deceased Husband's semen kept in the banks.

In Chapter Two we have discussed elements of civil liability and it's contact with artificial insemination in three sections.

In section one we have indicated medical errors (wrongs):Pre, during and after the insemination, error in diagnosis. Error in not having consent, Error in mixing pipes each other and error in control and presuing.

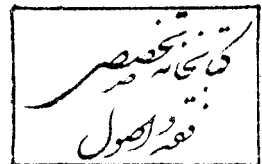
In the second section we have discussed sorts of damage that may occur

through the process of insemination: physical harm, moral harm , emphasizing about the medical privileged and confidential information.

In the last section we have discussed the causal contact between harm and error with a special reference to the Islamic jurisprudence (FIQH) for this relationship. Finally, we have given our recommendations and suggestions in a draft code for the artificial insemination.

المحتويات

٧	 التمهيد
٢٥	 الباب الأول : موقف الشريعة من التلقيح الصناعي
٢٨	 الفصل الاول : مدى شرعية التلقيح الصناعي
٢٨	 المبحث الاول : فكرة التداوي في الفقه الاسلامي
	 المبحث الثاني: الوسائل المستحدثة في التلقيح وموقف الفقه الاسلامي
٣١	 منها
٤٠	 الفصل الثاني : حكم التلقيح الصناعي والآثار المترتبة عليه
٤٠	 المبحث الاول : التلقيح المباح وآثاره
٤٣	 المبحث الثاني : التلقيح الحرام وآثاره
٥٠	 الفصل الثالث : الصور الحديثة ذات العلاقة بالتلقيح الصناعي
٥٠	 المبحث الاول : شتل الجنين والآثار المترتبة عليه
٥٠	 الفرع الاول : مفهوم شتل الجنين
٥٥	 الفرع الثاني: الآثار المترتبة على شتل الجنين
٥٩	 المبحث الثاني: بنوك المني والآثار المترتبة عليه
٥٩	 الفرع الاول : مفهوم بنوك المني
٦١	 الفرع الثاني : الآثار المترتبة على التصرفات مع هذه البنوك
٦٧	 الباب الثاني: أركان المسؤولية المدنية وعلاقتها بالتلقيح الصناعي
٦٩	 الفصل الاول : الخطأ
٧٢	 المبحث الاول: مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي
٧٣	 الفرع الاول: خرج الطبيب المختص عن القواعد والاصول الطبية
٧٣	 المطلب الاول : ماهية القواعد والاصول الطبية
٧٥	 المطلب الثاني: مستلزمات النظرية لاعتمادها أصلا علميا



٨٤	 الفرع الثاني : الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة
٨٤	 المطلب الاول : مصدر واجبات الحيطة واليقظة
٨٦	 المطلب الثاني : كيفية حدوث الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة
٨٧	 المبحث الثاني : صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي
٨٧	 الفرع الاول : الخطأ الطبي قبل اجراء التلقيح الصناعي
٨٨	 المطلب الاول : الخطأ في التشخيص
٩٣	 المطلب الثاني : عدم استحصال الرضا
٩٦	 أولا: الموقف الفقهي
١٠٢	 ثانيا: الموقف التشريعي
١١٠	 ثالثا: الموقف القضائي
١١٦	 الفرع الثاني : الخطأ الطبي اثناء اجراء التلقيح الصناعي وبعده
١١٦	 المطلب الاول : خلط الانابيب ببعضها
١٤٤	 المطلب الثاني: الخطأ في الرقابة
١٤٨	 الفصل الثاني : الضرر
١٤٩	 المبحث الاول : الاضرار الجسدية
١٥٦	 المبحث الثاني : الاضرار المعنوية
١٧١	 الفصل الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
١٧٦	 المبحث الاول : مفهوم المباشر والمتسبب في الفقه الاسلامي
١٨١	 المبحث الثاني : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الوضعي
١٨١	 الفرع الاول : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون العراقي
١٨٥	 الفرع الثاني : مفهوم المباشر والمتسبب في القانون الاردني
١٨٨	 المبحث الثالث : المباشر والمتسبب في نطاق التلقيح الصناعي
١٩١	 الخاتمة
١٩٨	 ثبت المراجع
٢٢٥	 الخلاصة
٢٢٦	 ملخص الرسالة باللغة الانكليزية

