المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي

م.م. رؤى عبد الستار صالح

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمـــــة:-

لما كان الهدف الأسمى من العلاقة الزوجية هو الإنجاب وطلب الذرية وهو أمر لن يتأتى إلا بالتكاثر الجنسي الطبيعي فإنه لايتم العدول عنه كأصل الى أمر آخر إلا إذا إستدعته داعية كأن يكون الزوج أو الزوجة مريضاً بعد إستنفاذ الطرق العلاجية العادية من تشخيص وتحليل ومستحضرات طبية وإجراء عملية جراحية إن تطلب الأمر ، فإن لم تتحقق الغاية المنشودة (الإنجاب) جاز اللجوء حينئذٍ الى التلقيح الصناعي كإجراء أخير تحل به مشكلة العقم ، فالباعث يجب أن يكون علاج المريض ورعاية مصلحة مشروعة هي الإنجاب وبالتالي فلا يستقيم في حالة إجراء التلقيح الصناعي لغرض الترفيه مثلاً أو لغرض التجربة الطبية أو لغرض تحسين النسل فالضرورات تجيز المحظورات ولكن الضرورات تقدر بقدرها دائماً .

من جهة أخرى فإن المتتبع لما هو مكتوب عن المسؤولية عامة (والطبية خاصة) ليحس بأن ذلك كله أصبح محلاً للتساؤل في وقتنا الراهن بعد هذا التقدم العلمي المذهل ، فهل استطاع الفكر القانوني في مجال المسؤولية ان يتقدم بنفس القدر وان يضع الحلول الملائمة لمشاكل هذا التقدم ، إذ أن للتقدم مشاكله كما إن 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 إذ أن المؤكد أن العلوم الطبية قد تطورت تطوراً مذهلاً ووصلت الى ما يشبه الإنفجار العلمي ، وعلى الرغم مما قدمته هذه التطورات من تقدم ملحوظ الا أنها أثارت الكثير من القضايا الأخلاقية والدينية والقانونية التي تمس جوهر الحياة الإنسانية والتي توجب على المختصين بالقانون أن يركزوا جهودهم لبحث الأحكام التي تناسب هذه المستجدات على الساحتين التشريعية والعلمية وذلك لأن الأحكام يجب أن تواكب التقدم إن كان صالحاً يفيد البشرية .

وقد تناولنا بحثنا الموسوم بـ {المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي } بتقسيمه الى مبحثين ، تناولنا في الأول منهما ماهية التلقيح الصناعي ، والذي يشتمل على

مطلبين هما تعريف التلقيح الصناعي ، وأنواع التلقيح الصناعي ، في حين خصصنا المبحث الثاني لدراسة مسؤولية الطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي والتي تناولنا فيها مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي في مطلب أول ، وصور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي في مطلب ثاني ، ثم إختتمنا البحث بخاتمة إشتملت على أهم ما إنتهينا إليه من نتائج ومقترحات .

المبحث الأول

ماهية التلقيح الصناعي

سنتناول في هذا المبحث دراسة تعريف التلقيح الصناعي في مطلب أول ، ثم نتطرق لدراسة أنواع التلقيح الصناعي في مطلب ثاني ، وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

تعريف التلقيح الصناعي

جاء في كتب اللغة إن اللقاح إسم من ماء الفحل من الإبل والخيل ، يقال لقح الفحل الناقة ، وإذا كان أصل اللقاح للإبل فقد أستعير به للنساء لذلك يقال لقحت إذا حملت ويقال للأمهات الملاقيح والملاقيح ما في بطون الأمهات وهي الأجنة(١) .

أما إصطلاحاً فقد تعددت التعاريف التي جاءت لوصف التلقيح الصناعي فذهب بعض الفقهاء الى تعريف التلقيح الصناعي بأنه ((نقل المواد المنوية صناعياً من الذكر الى مهبل الأنثى)) وعرفه آخرون بأنه ((إدخال مني الزوج الى العضو التناسلي للزوجة بدون إتصال جنسي(٢) وذلك عن طريق إستخراج البيضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للرجل وإعادة زرعها في المرأة بطريقة طبية معينة ، حيث يتم الإستعاضة عن عضو الذكورة بمزرقة تزرق بها نطفة الزوج في الموقع المناسب من مهبل الزوجة أمام العنق(٣) .

يمكننا القول ان كل عملية تلقيح بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي هي عملية تلقيح صناعي . ويعتبر الإنجاب الصناعي بمثابة ضرورة إجتماعية في بعض الظروف الإستثنائية التي تتعرض لها البلاد كالحروب والفيضانات والزلازل ، حيث تؤدي هذه الظروف الى وفاة العديد من الأشخاص الأمر الذي يدفع الدولة الى حث الأفراد على الإستمرار في الإنجاب بإستخدام الأساليب الصناعية لأغراض التغلب على العجز في البنيان الإجتماعي .

كما يتغلب الإنجاب الصناعي على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب وعدم القدرة هذه قد تكون راجعة الى الزوج أو الزوجة .

أما بالنسبة لموقف التشريعات من تعريف الإنجاب الصناعي فنجد أن القانون الفرنسي وفي القانون المتعلق بإستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الصناعي الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٩٤ (٤) تعرض في م / ١٥٢ / ١ منه لتعريف الإنجاب الصناعي ، ألا أنه لم يستخدم ذات اللفظ وإنما أطلق عليه لفظ ((المساعدة الطبية)) وتنص هذه المادة على أن

((المساعدة الطبية للإنجاب يعني بها الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي الذي يسمح بالحمل في بيئة مصطنعة ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي وكل تقنية لها أثر معادل تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبيعية)) .

أما فيما يتعلق بموقف القوانين العربية فيلاحظ أن أغلبها لم يتعرض لتعريف الإنجاب الصناعي لحد الآن ويعود سبب ذلك لخشية المشرعين من عدم وضع تشريع دقيق منضبط للإنجاب الصناعي ولذلك فالأفضل عدم اللجوءلوضع مثل هذا التعريف غير الدقيق وترك هذه المهمة لكل من الفقه والقضاء ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن المشرع لن يتمكن من وضع تعريف جامع مانع للإنجاب الصناعي حتى تكتمل هذه الفكرة لدى الفقه وتتبناها بعض التشريعات المختلفة ، وإن حداثة هذه المسألة تعد السبب الرئيس في عدم إكتمال هذه الفكرة لدى الفقه ، فإذا ما إكتملت هذه الفكرة لدى الفقه وتبنتها بعض التشريعات ففي هذه الحالة سوف يستطيع كل مشرع أن يتدخل لوضع تعريف جامع مانع للإنجاب الصناعي(٥) .

المطلب الثاني
أنواع التلقيح الصناعي

لما كان الإنجاب الصناعي هو مجموعة العوامل الهادفة الى التغلب على مشكلة ضعف الخصوبة لدى كل من الرجل والمرأة بسبب وجود خلل في الجهاز التناسلي لديهما أو لدى أحدهما ، ولما كان هناك من المشاكل ما لا يمكن التغلب عليها إلا بالتلقيح الصناعي فقد تعددت أنواع التلقيح الصناعي في المجال الطبي(٦) ، وما يهمنا في هذا المطلب بيان الأنواع الآتية :-

الفرع الأول
التلقيح الصناعي أثناء الحياة الزوجية

يتم اللجوء لهذه الوسيلة عندما تكون الأنابيب عند الزوجة مفتوحة والرحم جيد ، لكن هناك مضادات ضد الحيوانات المنوية في عنق الرحم لذلك يتم حقن هذه الحيوانات مباشرة داخل التجويف الداخلي للرحم بدلاً من حقنها في المهبل ، أو إذا كان الزوج لسبب من الأسباب عاجز عن إيصال مائه الى المكان المناسب لحدوث الحمل من مهبل الزوجة أثناء الجماع الطبيعي ، ومن هذه الأسباب كون الزوج عنيناً أو سريع الإنزال أو كان سائله المنوي غير كافي ، كماً أو نوعاً ، لإحداث الحمل ، فيلجأ الأطباء في هذه الحالة الى جمع السائل

المنوي للزوج على فترات وتنقيته من الحيوانات الضعيفة ليتم الوصول في النهاية الى جمع القدر الكافي كماً ونوعاً لإحداث الحمل(٧) ، ومن ثم دمجه بالخلية المؤنثة (بييضة الزوجة) لتتكون النطفة المشتركة من الزوج والزوجة ثم تحقن في الموضع المناسب من رحم الزوجة ، فهي لاتختلف عن عملية التلقيح الطبيعي أثناء الجماع سوى من حيث التدخل طبياً لدمج الحيوانات المنوية للزوج ببيضة الزوجة ، ولما كانت عملية التلقيح الطبيعي بين الزوجين مشروعة الأمر الذي تعتبر معه هذه الوسيلة مشروعة أيضاً .

ويجدر بنا في هذا المقام بيان الموقف القانوني والقضائي من الوسيلة محل البحث وكما يأتي :

أولاً / موقف التشريعات من التلقيح الصناعي أثناء الحياة الزوجية ...

تناول المشرع الفرنسي تنظيم أحكام الإنجاب الصناعي في القانون رقم ٦٥٣ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ وحدد الهدف من اللجوء لوسائل الإنجاب الصناعي والمتمثل في علاج حالة العقم أو الوقاية من الأمراض الوراثية ، وهو ما نصت عليه المادة ١٥٢ / ٢ من هذا القانون بقولها : " ان المساعدة الطبية على الانجاب يجب ان يكون موضوعها علاج العقم أو تجنب الامراض الوراثية " . وتأكيدا لهذه الغاية فقد نصت م/١٥٢/٤ من ذات القانون على فرض عقوبة الحبس خمس سنوات والغرامة ٥٠٠ الف فرنك فرنسي لمن يخرج عن هذا الهدف.

ونص المشرع الفرنسي على مجموعتين من الشروط تتعلق الاولى بالزوجين الذين يرغبان بالانجاب عن طريق وسائل التلقيح الصناعي ، في حين تتعلق المجموعة الثانية من الشروط بالقيود الاجرائية التي يجب ان تمارس من خلالها عمليات التلقيح الصناعي وكما يأتي:-

أ- الشروط القانونية المتعلقة بالزوجين :

نص التشريع الفرنسي على شرطين يتعلقان بالزوجين الراغبان في الانجاب الصناعي وهما :

الأول/ الحصول على رضا الزوجين الحر المستنير وان يكون هذا الرضا مكتوباً ، ويعد هذا الشرط من الشروط التي اتفقت جميع التشريعات على استلزامها ويعود سبب التأكيد صراحة على هذا الشرط ، كما يرى بعض الفقه(٨) هو الخشية من الاثار القانونية والاخلاقية التي تلحق بالمجتمع في حالة عدم التأكيد على هذا الشرط ، وتتمثل هذه الاثار في العدد الهائل من دعاوى انكار النسب سيما وان التلقيح الصناعي لم يعد قاصراً في اطار العلاقات الشرعية بل

تمادى الامر عند البعض فوصل إلى ذروته بالسماح في تبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة لاتمام الاخصاب في علاقات شرعية وغير شرعية .

الثاني /ان يكون الزوجين الراغبين في التلقيح الصناعي ضمن سن معينة ، اي ان يكون الرجل والمرأة في سن تسمح لهما بالانجاب ، ويلاحظ على التشريع الفرنسي انه ترك امر سن التلقيح لتقدير الطبيب نفسه اذ انه اخذ بالاعتبار الاختلاف من حالة إلى أخرى رغم التماثل في السن ، فالطبيب هو الشخص القادر على تحديد السن حسب الحالة الصحية للزوجين آخذاً في الاعتبار عدم وجود فارق كبير في العمر بين الطفل وابويه .

الشروط المتعلقة بعملية التلقيح :

وهي الإجراءات التي ينبغي مراعاتها عند القيام بعملية التلقيح الصناعي وتتمثل هذه الإجراءات بضرورة وجود ترخيص اداري للمركز المتخصص في هذا المجال(٩) ، وان يكون السماح بالتلقيح صادراً من لجنة طبية متخصصة(١٠) .

اما في الدول العربية فيلاحظ انه ولحد الان لم تصدر فيها قوانين او تشريعات تنظم التلقيح الصناعي على الرغم من أهمية هذا الامر ، لاسيما في ظل التطورات العلمية التي يشهدها العالم والتي ترتب عليها تزايد وكثرة الاقبال على اجراء هذه العملية من اجل التغلب على مشكلة العقم ، وهو نقص تشريعي ندعو المشرع العربي عموماً والعراقي خصوصاً إلى تلافيه وذلك بتشريع قوانين تستند إلى الشريعة الاسلامية والى قيم المجتمع وتقاليده ، وان يرجح في هذا التشريع بين المبادئ المتنافرة من خلال ترجيحه لقيمة على أخرى كي لا يحدث خلل في النظم الاجتماعية بتبني مبادئ تصطدم مع مبادئ المجتمع الكلية والمستقرة .

ثانيا / الموقف القضائي من التلقيح الصناعي اثناء الحياة الزوجية

ان تتبع موقف القضاء الفرنسي ازاء تقنية التلقيح الصناعي بين الزوجين يظهر ان هذا القضاء لم يتخذ موقفاً واحداً ازاء هذه التقنية بل انه في البداية ومنذ عام ١٨٨٣ وحتى عام ١٩٨٧ ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى ان التلقيح الصناعي يعتبر اجراء غير اخلاقي وفيه اهدار لكرامة الزوج(١١) ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة بوردو في قضية تتلخص وقائعها في ان طبيباً اقام دعوى للمطالبة باتعابه مقابل قيامه باجراء عملية تلقيح صناعي عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته وكان الزوجان قد وجها دعوى تعويض فرعية على اساس ان تدخل الطبيب لم يسفر عنه اي نتيجة ، وليس هذا فحسب بل ترتب على تدخله إلحاق الاذى بالزوجة ، وكان هذا الاذى يتمثل باصابة الزوجة بمرض داخلي على اثر ممارسة

تقنية التلقيح ، بالاضافة إلى افشاء الطبيب لسر مهنته وذلك عندما اورد بصحيفة دعواه مجموعة من التفاصيل الدقيقة عن العملية ، فضلاً عن افصاحه لوسائل الاعلام عن تلك التفاصيل ، ولكن المحكمة طرحت طلبات الطرفين جانباً ، وتولت تقييم وسيلة التلقيح الصناعي اخلاقياً باعتبارها تشكل خطراً اجتماعياً خطيراً(١٢) .

ثم اصدرت محكمة استئناف ليون حكماً مماثلاً لما قررته محكمة بوردو والتي قضت مؤكدة بان وسيلة التلقيح الصناعي غير مقبولة ومحظورة ومهينة ، وان عجز الزوج لا يبرر الحاح زوجته واصرارها لاجباره على قبول تلقيحها صناعيا بغرض اشباع غريزة الامومة لديها ، وان الزوج لم يقبل اللجوء لوسيلة التلقيح الصناعي إلا بعد ضغوط والحاح زوجته(١٣) .

ولقد انتقد غالبية الفقه الفرنسي الحكم الذي اصدرته محكمة بوردو والقاضي برفض دعوى الطبيب ووجه الانتقادات ان هذا الحكم لم يؤسس على المبررات التي ساقها اليه الزوجان وانما كان لرغبة القضاء الكامنة في عدم اضفاء الشرعية على هذه الوسيلة لانها – وكما ذهب القضاء – وسيلة يستهجنها القانون الطبيعي وتخلق اخطاراً اجتماعية حينما يساء استغلالها ، ويعد ذلك الحكم تعبيراً عن رأي من اصدره من القضاة فقط ، دون اعتبار الفئات والجهات الأخرى المعنية بتلك الوسائل ، بما يتمثل تشدداً مع الطبيب بشكل غير مقبول(١٤) .

كما انتقد الفقه حكم محكمة استئناف ليون لتناقضه حينما قضى بالتطليق بناءً على رغبة الزوج ، مؤسسة حكمها بالتطليق على ارتضاء الزوجة للخضوع إلى وسيلة التلقيح الصناعي ، على الرغم من ان الزوجة لم تقبل الخضوع إلا بموافقة الزوج نفسه ، فكان من التناقض الواضح والجلي السماح لهذا الزوج المطالبة بالتطليق والحكم له بسبب ممارسة التلقيح والذي ارتضاه سلفاً(١٥) .

ولكن فيما يعد تطور موقف القضاء الفرنسي واسبغ وصف المشروعية على تقنية التلقيح الصناعي وهذا ما قررته محكمة استئناف تولوز تأسيساً على ان التلقيح لا يمس بالحماية المقررة للطفل ، ومنذ هذا التاريخ و اصبح التلقيح الصناعي عملاً مقبولاً في مختلف الاوساط القضائية والاجتماعية و الطبية(١٦) .

يتضح مما سبق كيف تغير موقف القضاء الفرنسي من رفضه لعمليات التلقيح الصناعي والذي ربما كان تمشياً مع الاوضاع الدينية والاجتماعية السائدة آنذاك حتى قرر اخيراً مشروعية وسائل التلقيح الصناعي وذلك استجابة لمقتضيات التطور .

اما فيما يتعلق بموقف القضاء في الدول العربية من تقنية التلقيح الصناعي فلم تعرض على هذا القضاء اية وقائع خاصة بالوسيلة محل البحث ، نظراً لحداثتها وعدم انتشارها بالصورة التي عليها في فرنسا وغيرها من الدول التي تم بحث الوسيلة فيها قضائياً .

الفـرع الثانـــي

التلقيح الصناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية

يراد بالتلقيح الصناعي هنا الحالة التي يقوم بها الزوج قبل طلاقه لزوجته او قبل وفاته بحفظ سائله المنوي لدى إحدى مراكز حفظ السائل المنوي وتقوم الزوجة بعد وفاة الزوج او تطليقه لها باسترجاع هذا السائل وتلقيح نفسها منه صناعياً ليحدث الحمل ، وذلك لعدم إنجابها من زوجها أثناء الحياة الزوجية لمانع لديه كمرض ونحوه رغبة منها في الإنجاب من زوجها بعد انتهاء العلاقة الزوجية(١٧) وفيما يتعلق بهذه الوسيلة فقد اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٦٥٤ في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ والمتعلق بهبة واستخدام منتجات الجسد الإنساني والمساعدة الطبية للانجاب ولقد نص المشرع الفرنسي في هذا القانون على تحريم التلقيح الصناعي بعد الوفاة (١٨) .

اما فيما يتعلق بموقف القضاء من التقنية محل البحث فيلاحظ انه طرحت عدة مشكلات امام القضاء الفرنسي محورها الادعاء بالحق في التلقيح بعد وفاة الزوج ،

وقد وجد هذا الادعاء ارضية قانونية – قضائية – حاول ان يقف عليها ويستند اليها دائماً وكان حكم محكمة كيرتي في اول اغسطس١٩٨٤ هو الذي دعم هذه الارضية .

ونظراً لاهمية وقائع الدعوى وما صدرفيها من احكام وما ساقه الخصوم من حجج مثيرة من الناحيتين القانونية والاخلاقية فسنستعرضها بالتفصيل :-

تزوج السيد الن من السيدة كورين ريتشارد وهو مريض بسرطان في الخصية وكان الطبيب المعالج قد اخبر المريض بان العلاج يتضمن خطراً بالعقم واستحالة الانجاب مستقبلاً، وذلك اذا بقي على قيد الحياة فضلاً عن اخبار الطبيب له بامكانية استخلاص سائله المنوي وحفظه لدى مركز دراسة وحفظ السائل المنوي في فرنسا .

ولقد قام المريض فعلاً بالتوجه للمركز المذكور حيث تم استخلاص مادة التلقيح منه وحفظها كوديعة لدى المركز بناءً على اتفاق مكتوب ثم تزوج واستمر بتلقي العلاج الخطر ابان اعوام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٨٣ حيث توفي في ٢٥ ديسمبر من عام ١٩٨٣(١٩) . طلبت

الارملة وكذلك والدا الزوج المتوفي الحصول على مادته لكي تحمل منها ارملته وقد قوبل هذا الطلب بالرفض من جانب المركز ، مما دفع الارملة و الوالدين إلى الالتجاء إلى القضاء .

وكان الخلاف بين طرفي النزاع وهما الارملة والوالدين من ناحية والمركز من ناحية أخرى يدور حول تفسير ارادة ونية المتوفي عندما قام بحفظ المادة موضوع النزاع لدى المركز وكانت وجهة نظر الوالدين ان ابنهما اراد حال حياته ان يحافظ على فرصته في الانجاب مستقبلاً وان هذه النية قد تأكدت قبل وفاته حينما اقدم على الزواج مدنيا ودينياً وان هذا التسلسل في الاحداث يقيم قرينة قوية على رغبة الزوج في ان تحصل زوجته في حال وفاته على طفل منه يستوي عنده ان يأتي هذا الطفل اثناء حياته او بعد مماته وان المركز لم يقم دليلاً ولم يدع اصلاً ان له اعتراضاً على استخدام ماء الزوج بعد وفاته مما يعني ان هذا المركز قد قبل هذا الاحتمال ولو بطريقة ضمنية لانه ليس من المقبول ان يغير المركز من وجهة نظره المعارضة لها بعد سنتين من قبوله اخذ ماء الزوج وحفظه(٢٠) .

ومن ناحية أخرى ، فقد اثيرت في المناقشة مسألة طبيعة العقد المبرم بين مورث المدعين وبين المركز وهل ينطبق على هذا الاتفاق وصف عقد الوديعة وهل يلتزم المركز برد ما اودع لديه وفقاً لعقد وديعة ؟ ام ان الامر يدخل تحت وصف وتكييف اخر(٢١) ؟ وكان دفاع المدعين قد تمسك بان العقد المبرم في هذا الشأن هو عقد وديعة وانه وفقاً للمادة /١٩٣٧ من القانون المدني الفرنسي يلتزم المودع لديه بأن يرد إلى المودع او ورثته الشيء المودع وانه وفقاً لنص م/٣/١١٣٩ من ذات القانون انه اذا كان الشيء المودع غير قابل للتجزئة فان على الورثة ان يتفقوا فيما بينهم لاستلامه . وقد تمسك المدعون بانهم على اتفاق على تسليم المادة المحفوظة للارملة السيدة كورين بقصد التلقيح اللاحق للوفاة .

اما بالنسبة للمركز فقد انكر اضفاء وصف الوديعة على العقد المذكور وانه وفقاً للمادة /١٩١٨ من ذات القانون فان عقد الوديعة لا يكون إلا بالنسبة للاشياء المنقولة وواقع الحال بالنسبة للمركز ان ماء الرجل ليس شيئاً منقولاً(٢٢) . بل انه ليس شيئاً بمعنى الاشياء الداخلة في دائرة التعامل فهو مادة خارج نطاق التجارة من منظور م/١١٢٨ مدني فرنسي .

اما التكييف الذي يتمسك به المركز هو ان هذا العقد اقرب إلى العقد الطبي اي انه ليس له من هدف سوى الغاية العلاجية(٢٣) . وهذه الغاية محصورة في الواقع الموضوعي المعروض وملابساته في احتياط الزوج واحتمالات اصابته بالعقم نتيجة لعلاجه بادوية السرطان، ومن هنا فان وفاته تؤدي لانقضاء التزامات المركز وتسليم المادة المحفوظة لاي شخص اخر .

ومن ناحية أخرى فقد دفع المركز بان المتوفي لم يعبر عن ارادته خلال سنتين سابقتين على وفاته في ان تجري عملية تلقيح صناعي للسيدة كورين والتي كانت حتى وقت قريب على وفاته مجرد صديقته وليست زوجته .

وفي اطار هذا الدفاع السابق من جانب الطرفين وضعت المشكلة امام المحكمة لكي تبدي فيها رأياً وكان عليها ان تثبت بصفة اساسية مدى مشروعية العقد الخاص لايداع ماء الرجل بقصد التلقيح الصناعي ثم طبيعة هذا العقد من الناحية القانونية ومدى احقية الارملة والاسرة في استبدال الماء المودع وما يترتب على هذه الاحقية من اثار قانونية وهو مالم تعرض له المحكمة خاصة في مسألة ثبوت النسب للطفل عند ولادته رغم الفارق الزمني والظروف التي حدث فيها التلقيح على النحو الوارد في الدعوى(٢٤) .

وقد انتهت المحكمة الى قبول طلب المدعين تأسيسأعلى انه لايوجد نص مانع من عملية الحفظ والتلقيح فالقانون وان لم ينظم هذه المسائل وما دام لم يرد به نص مانع ولا يتعارض ذلك مع قواعد القانون الطبيعي واهداف الزواج ومنها التناسل كما ان العقد ذا طبيعة خاصة بين صاحب الشأن والمركز والذي يتضمن التزاماً على المركز بان يحافظ على المادة المذكورة وان يردها الى صاحبها عند الطلب او ان يسلمها لمن يعين لاستلامها .

ولهذه الاسباب قضت المحكمة بالزام المركز بان يسلم الطبيب الذي تعينه الارملة المدعية وبمجرد طلبها وفي الموعد الذي يحدد له كامل المادة المحفوظة لديه وفي خلال مدة شهر على الاكثر وفي حالة تخلف المدعية عن طلب المادة المحفوظة في هذة المدة القصوى يلزم المركز باعدام المادة المشار اليها وفي حالة تخلف المركزعن الايفاء بالالتزام بالتسليم يتحمل غرامة تهديدية قدرها الف فرنك عن كل يوم تأخير وذلك لمدة اسبوع .(٢٥)

وفي قضية تتلخص وقائعها في ان هيئة الاخصاب والاجنة البريطانية قد رفضت طلب السيدة ديانا بليخن (٣٢)عاما بالسماح لها باستخدام الحيوانات المنوية لزوجها المتوفي لانجاب طفل من نسله،وذلك لعدم حصولها على موافقة كتابية من الزوج المتوفي ،وبعد معركة قضائية استمرت عامين في ساحات المحاكم اصدرت محكمة الاستئناف البريطانية قرار يسمح للسيدة بالحمل ووضعت السيدة طفلا من زوجها المتوفي وذلك عن طريق حيوانات منوية محفوظة في درجة حرارة معينة منذ ان حصل الاطباء عليها من زوجها من وفاته .

في حين انه وفي قضية اخرى تتلخص وقائعها ان جولي جاربر كانت تعاني من ورم في المخ وتم اجراء العملية لازالة هذا الورم ونجحت العملية بالفعل الا انه بعد عامين اصيبت بنزلة برد شديدة فاظهرت التحاليل انها تعاني من لوكيميا حادة وهو نوع من سرطان الدم

المتقدم وبالتالي بدأت تخضع للعلاج الكيمائي ،ولرغبتها في الانجاب مستقبلاً فقد لجأت الى مستشفى للخصوبة واخذوا عددا من بويضاتها وتم تلقيحها بسائل منوي من احد المتبرعين وتم الاحتفاظ بالبيضة المخصبة ، بعد وفاة جوليا قدم والديها طلبات عديدة لمحاكم كاليفورنيا ليسمحوا لهم بالحصول على البيضات المخصبة وقد صدرحكم لهم بذلك الا ان عدة منظمات وجمعيات استشكلت في ذلك الحكم وحصلت على حكم من محكمة اعلى برفض طلب الابوين وجاء في حيثياته ان الحكم بالتصرف بالبيضات المخصبة يكون لاحد الوالدين كان يتوفى الزوج وتحصل زوجته على السائل الخاص به او تتوفى الزوجة ويحصل الزوج على بيضاتها لكن لايمكن ابداً لجدين عجوزين ان يحصلا على بييضات مخصبة لابنتهما المتوفاة لعل الله يرزقهما او لا يرزقهما بأم توافق على ان تكون اماً بديلة .

ففي هذة الحالة اختل شرط من شروط عملية التلقيح الصناعي وهو الشرط المتعلق بضرورة وجود علاقة زوجية بين الرجل والمرأة الراغبين في التلقيح الصناعي ،فالمرأة هنا غير متزوجة والامر عبارة عن رغبة من ابويها في الاحتفاظ بذكراها.(٢٦)

المبحث الثاني

مسؤولية الطبيب الناجمة عن اعمال التلقيح الصناعي

من المسلم به ان المسؤولية ايا كان نوعها ،لا يمكن الكلام عنها الااذا توفر ركن اساسي الا وهو ركن الخطأ الذي يؤدي الى النتيجة التي تقام عليها المسؤولية وهي تضرر الشخص الذي يقوم برفع الدعوى للمطالبة بتعويضه او على الاقل جبر الضرر ،ولما كان الموضوع الذي نتناوله يخص عملية طبية فأن الخطأ المقصود هنا هو الخطأ الطبي الذي هو صورة من صور الخطأ بوجه عام ،وفي نطاق التلقيح الصناعي ولتعدد الاطراف الذين قد يرتكبوا الخطأ في هذه العملية الامر الذي يترتب معه تعدد اشكال المسؤولية الناجمة عن الخطأ في التلقيح الصناعي ، من جهة اخرى فأن عملية التلقيح الصناعي تمر بفترة زمنية يعينها الطبيب استناداً الى حالة الزوجين ومدى صعوبة عملية التلقيح وطالما انه من المسلم به ان الزمن عندما يدخل في اي علاقة وايا كان نوعها ،فأذا لابد ان تطرأ ظروف طارئة او استثنائية قد تؤدي الى فشل عملية التلقيح الصناعي . فالخطأقد يكون من قبل الطبيب قبل اجراء العملية الجراحية او خلالها او حتى بعدها ،لذلك سنحاول في هذا المبحث الاشارة الى مفهوم الخطأ الطبي في مطلب اول ومن ثم الاشارة الى صور الخطأ في التلقيح الصناعي والمسؤولية الناجمة من ذلك في مطلب ثاني وكما يلي:

المطلب الاول

مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

يتمثل الخطأ الطبي في عملية التلقيح الصناعي بخروج 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 ، او اخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على خطأه ضرر اصاب المريض الذي اجرى له مثل هذا العمل . ونستنتج من هذا ان للخطأ الطبي هنا عنصرين هما:العنصر الاول يتمثل بخروج الطبيب المختص عن القواعد والاصول الطبية ،والعنصر الثاني ويتمثل بالاخلال بواجبات الحيطة واليقظة ،وهذا ما سنتاوله تباعاً في الفرعين الاتيين ،وكما ياتي :-

الفرع الاول

خروج الطبيب المختص عن القواعد والاصول الطبية

ان من المتفق عليه فقهاً وقضاءً ان الأصول الطبية في علم الطب هي تلك الاصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين اسرة الاطباء نظريا وعملياً والتي يجب ان يلم بها الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي (٢٧) فالطب في تقدم مستمر وما كان من النظريات والاراء يعد اليوم حديثاً في نظر العلم قد يعد غداً قديماً وقد اوضح الفقه ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والزمانية والمكانية وقت اجراء العمل الطبي نظراً لتأثير الظروف النفسية والاقتصادية والاجتماعية على استخدام احدث الوسائل والأساليب الفنية في علم الطب اذ انه مما لاشك فيه لايمكن مقارنة طبيب في الريف بطبيب في مستشفى متخصص او طبيب في دولة نامية بآخر في دولة متقدمة وهكذا .

هذا وان مسؤولية الطبيب تتحقق متى ماخرج عن جملة من الشروط تعد من المعطيات او الاصول العلمية وهذه الشروط تتمثل بما يأتي :-

ان يتم استخدام اسلوب العلاج او نوعه باجراء تجارب على الحيوانات اولاً ثم الاعلان عنه من قبل مدرسة طبية معترف بها .

ان يمضي وقت كافي للتأكد من كفاءة هذا الاسلوب .

ان يجري التسجيل العلمي للاسلوب العلاجي قبل استخدامه على الانسان(٢٨) .

وهكذا فينبغي على الطبيب القائم بعملية التلقيح الصناعي اتباع الاصول الطبية عن طريق اتباعه الاساليب والوسائل العلاجية التي يقضي بها العلم متى عرضت له حالة من حالات العقم التي وضع العلم لها حلاً بينما اذا كانت حالة المريض لا تدخل تماماً في نطاق هذه الحدود فللطبيب ان يختار من الوسائل العلاجية بما يتفق ومصلحة المريض في تحقيق استشفائه من حالة العقم التي يعاني منها ، كل ذلك مع التزامه بعدم مخالفة الاصول الفنية المستقرة و الاوضاع العلمية الثابتة(٢٩) .

الفرع الثاني

الاخلال بواجبات الحيطة واليقظة

لابد من القول ابتداءا ان واجبات الحيطة واليقظة ، وكما هو متفق عليه بين الفقهاء ، تستمد مصدرها من التشريع او العرف او الخبرة الانسانية ، ويتمثل الاخلال بواجبات الحيطة

واليقظة في المجال الطبي عموماً وفي التلقيح الصناعي خصوصاً بخروج الطبيب كلية عما هو مفروض عليه من واجب التدبر 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 اياً كانت او اذا اثبت اهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس "(٣٠) .

المطلب الثاني

صور الخطأ في التلقيح الصناعي

ان عملية التلقيح الصناعي تستغرق عادة فترة زمنية ولهذا فان التدخل الطبي يكون على مرحلتين ، الأولى قبل اجراء العملية ، والثانية بعد اجراء العملية ، وان الخطأ قد يحدث من الطبيب في اي من المرحلتين وهو ما سنتناوله تباعاً في الفرعين الاتيين :

الفرع الأول

الخطأ الطبي قبل اجراء عملية التلقيح الصناعي

يلتزم الطبيب عندما تعرض عليه حالة عقم بتشخيص هذه الحالة جيداً ، وبعد الانتهاء من تشخيصها يلتزم قبل البدء بعملية التلقيح الصناعي بالحصول على رضا اطراف العملية (الزوجين) كما نصت على ذلك بعض التشريعات(٣١) ولذلك سنتناول خطأ الطبيب في التشخيص وخطأه في عدم الحصول على رضا اطراف عملية التلقيح الصناعي ، وكل فقرة مستقلة ، وكما يأتي :-

اولا / الخطأ في التشخيص

يعرف التشخيص بانه عبارة عن البحث والتحقق من المرض الذي يعاني منه المريض ويهدف إلى تحديد الامراض بعد معرفة اعراضها[٣٢] .

ويلتزم الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم ان يقوم بتشخيص السبب الذي ادى إلى حالة العقم حيث ان الأخيرة لها العديد من الاسباب بل ان للتشخيص اثره البالغ في نتائج العلاج او العمل الجراحي اذ ا ن اي خطأ فيه لابد وان ينعكس على العلاج وقد يؤدي هذا الخطأ في التشخيص الى خطأ في العلاج الذي يفترض ان يكون متوافقاً مع حالة التشخيص وقد يؤدي

إلى ازهاق روح المريض او اصابته بعلة او عاهة معينة يطول امدها او يقصر ، والطبيب مسؤول عن هذا الخطأ جزائياً ومدنياً حسب الحالات[٣٣] .

هذا وان الرأي مستقر على ان مجرد الخطأ في فحص المريض وتشخيص العلة او المرض لايثير مسؤولية الطبيب ، إلا اذا انطوى خطأ الطبيب في التشخيص على جهل في الاصول العلمية والفنية الطبية الثابتة والمستقرة ، فلكي يكون الطبيب مسؤولاً على المريض المدعي ان يثبت التشخيص غير الدقيق الخاطئ لعلته او دائه كان سبب الفشل او الاخفاق .

واذا ما راعى الطبيب أصول فنه وعمله وبذل العناية الواجبة في تشخيص المرض فلا مسؤولية عليه، لان التزامه في هذا الاطار ليس التزاماً بتحقيق غاية وانما هو التزام ببذل عناية ، فالطبيب ملزم بان يبذل العناية المطلوبة والمتفقة مع الاصول العلمية والطبية .

ولا يهم بعد ذلك ان كان التشخيص صحيحاً او غير صحيح فان هذا الامر لايهم القاضي في شيء ، وانما الشيء المهم للقاضي هو معرفة ماذا كان الطبيب حذراً او متيقظاً ، وانه طبق المبادئ العلمية السليمة[٣٤] ، فالخطأ في التشخيص يصبح مصدراً للمسؤولية عندما يهمل الطبيب في استعمال الوسائل الفنية التي يتطلبها علم الطب ، ويلزم باستعمالها في العمل قبل اعطاء التشخيص كالتحاليل والتصوير بالاشعة وغيرها مما تساعد في عمل الطبيب، وان عدم استعانة الطبيب بهذه الوسائل يعد اهمالاً يسأل عنه اذا كان التشخيص الذي وصل اليه بعيداً او مخالفاً للحقيقة[٣٥] .

ويؤكد بعض الفقه ان خطأ الطبيب في التشخيص قد ياتي من تقصيره في الاستعانة بذوي الخبرة في مجالهم الطبي كاخصائي الاشعة او التحاليل فان اهمال الرجوع إلى من يساعدونه في التشخيص السليم يعد خطأ منه .

وتطبيقاً لذلك قضت احدى المحاكم الفرنسية بان عدم التجاء الطبيب إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية وبالتالي الوصول إلى التشخيص السليم يعد اهمالاً من جانب الطبيب يحاسب عليه[٣٦] ، ومن هذا القبيل ايضا اهمال الطبيب في مشورة من يرى أهمية الاستعانة برأيه من كبار الاختصاصيين من الاطباء ويبرز هذا الخطأ بشكل اوضح اذا كانت هناك ضرورة لذلك ، او اذا طلب المريض و اهله هذا التشاور ، وهذا الالتزام اشارت اليه بعض القوانين كالقانون الفرنسي[٣٧] .

ولم نجد في التشريع العراقي نصاً يماثل مانص عليه المشرع الفرنسي رغم أهمية هذا الامر ، لاسيما في ظل التطورات العلمية التي يشهدها العالم والتي تحتم على الاطباء التشاور فيما بينهم خصوصاً في الحالات الخطرة .

ويثور التساؤل عن حكم المسؤولية في حالة لجوء المريض الذي يعاني من العقم إلى طبيب غير متخصص ونشوء ضرر عن ذلك لحق به ؟

نرى في هذا الفرض ان الخطأ يكون مشتركاً بين الطبيب المسؤول والمريض المتضرر فيمكن هنا ان توزع المسؤولية بينهما بطريقة تحددها المحكمة بعد الاستعانة بخبير طبي فاذا تعذر ذلك وزعت عليهما المسؤولية بالتساوي وفقاً لما تقضي به م/٢١٧ من القانون المدني العراقي ، لان لجوء المريض إلى طبيب غير متخصص يعد خطأً من جانب المريض نفسه والذي يفترض فيه ان يلجأ إلى الطبيب المختص في هذه الامراض .

ثانيا / عدم الحصول على رضا طرفي عملية التلقيح الصناعي

استقر الرأي فقهاً وقضاءً على ضرورة رضا المريض الحر اثناء العلاج ،في غير حالة الضرورة العاجلة ، على كل عمل طبي او جراحي على درجة معينة من الخطورة ، ويترتب عليه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون استحصال الرضا اللازم ، فعدم استحصال الرضا يشكل خطأً طبياً منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة على ذلك ، وفي هذه الحالة ينبغي ان نفرق بين فرضين :-

عدم رضا الزوج : وذلك بان تلجأ الزوجة إلى التلقيح الصناعي بخلايا تناسلية للزوج دون علمه وموافقته الصريحة على ذلك ، حيث تتفق الزوجة مع الطبيب المختص على ان يقوم بتلقيحها صناعياً بمني زوجها بعد ان يكون الاخير قد لجأ إلى معمل لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب من الاسباب فيقوم الطبيب باحتجاز بعض من تلك الخلايا ثم يلقح بها الزوجة اما مباشرة داخل الجسم او خارجه[٣٩] .

والمسؤولية هنا تكون مسؤولية كل من الطبيب والزوجة .

عدم رضا الزوجة : يرى الفقهاء انه فضلاً لتخلف شرط الرضا الضروري لصحة العملية فان الفعل الذي يقع على الزوجة يشكل جريمة هتك عرض لها بالقوة لتوافر الركن المادي للجريمة المتمثل في الاكراه المادي لحصول الفعل بدون رضاء المجني عليها وهي الزوجة ووقوعه على جسدها وتضمينه اخلالاً جسيماً بالحياء العرضي لها[٤٠] .

الفرع الثاني

الخطأ الطبي اثناء اجراء التلقيح الصناعي وبعده

نتناول في هذا الفرع نوعين من الخطأ المتوقع حدوثهما اثناء وبعد اجراء التلقيح الصناعي باعتبارهما الخطأين الاكثر أهمية ، قدر تعلق الامر بدراستنا ، ويتمثل الخطأ الأول في خلط

الانابيب ببعضها ، في حين يحدث الخطأ الثاني في المرحلة التي تلي عملية التلقيح الصناعي وهو الخطأ في الرقابة ، وسنتناول كل من هذين الخطأين تباعاً في الفقرتين الاتيتين :

اولا: خلط الانابيب ببعضها

ان اهم الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب هو اتباع الاصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبياً وهو ما تقضي به حيث نصت على انه : " لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق ..... ٢- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن .... " ، فمن اهم الواجبات التي تقع على الطبيب هو اتباع الاصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبياً ، والتي يعد الخروج عنها خطأً طبياً لان المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ ، حيث لا مسؤولية جنائية دون خطأ ، ويجب لقيام المسؤولية الجنائية التي ترتب عقاباً على الفاعل المدرك لفعله وجود الرابطة السببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية ، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في حكم لمحكمة ابو ظبي : " ان ركن الخطأ من الاركان المهمة في الجرائم غير العمدية الذي يعد اساس المسؤولية الجنائية فيها حيث بانعدامه لا يسأل الفاعل اذ قد يكون فعله رغم نتائجه مباحاً مبرراً قانوناً ، والخطأ هو ان لايتخذ الفاعل في سلوكه الاحتياط الكافي الذي يجب على الشخص الحريص المتبصر اتخاذه لمنع ما عسى ان يترتب على سلوكه هذا من نتائج ضارة بالغير "[٤١] .

وبقيام المسؤولية الجزائية تقوم المسؤولية المدنية حيث يمكن للمتضرر ان يدفع دعوى للمطالبة بالتعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة امام المحكمة المدنية او امام محكمة الجزاء المختصة كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجزائية[٤٢] .

فالخطأ الجنائي اخص من الخطأ المدني لان الأول لا يقوم إلا اذا وجد خطأ جنائي ، ويترتب على ذلك انه كلما قامت المسؤولية الجنائية تقوم معها المسؤولية المدنية ، ولكن قد تقوم المسؤولية المدنية دون ان تقوم معها المسؤولية الجنائية ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق : " وجد ان الحكم المميز غير صحيح ذلك لان المحكمة استندت في حكمها المميز إلى نص م/٥٠٤ من القانون المدني[٤٣] ، في حين ان م/٢٠٦ من القانون المدني بفقرتها الثانية نصت على ان المحكمة تبت في المسؤولية المدنية وفي مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية او 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 على اساس الفعل الضار بعد ان تتثبت من وقوعه من قبل الفاعل وتحدد مقدار التعويض على اساس ذلك حسب الاصول "[٤٤] .

فاذا ما قام هذه الخطأ من جانب الطبيب وترتب عليه ضرر ، والضرر يتمثل هنا بالالام المعنوية التي تلحق بالزوجين نتيجة نسبة من لا ينتسب اليهما في الحقيقة ، ووجدت الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فيترتب على ذلك قيام مسؤولية الطبيب لما يؤدي اليه هذا الخطأ من اضرار صحية واجتماعية واختلاط في النسب .

ثانيا/ الخطأ في الرقابة

يلتزم الطبيب الذي اجرى عملية التلقيح الصناعي للزوجة بمتابعة حالتها ، اما اذا قام الطبيب بترك مريضته فان ذلك يعد اخلالاً من جانب الطبيب يُسأل عنه اذا كان هو السبب المباشر للنتيجة ، وان لم يكن ترك الطبيب للمريض هو السبب المباشر للنتيجة فيجب البحث عن السبب المباشر .

كما يلتزم الطبيب باعطاء المريض كافة النصائح الواجب اتباعها لتفادي النتائج السيئة المتوقعة او للتخفيف من حدة هذه النتائج على الاقل[٤٥] .

لكن ماهو الضرر المترتب على الخطأ في الرقابة الذي يمكن ان يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب ؟

يتمثل الضرر هنا بالتشوهات التي من الممكن ان تصيب الجنين او بعدم تكلل عملية التلقيح بالنجاح (كما في حالة اجهاض المرأة للجنين).

وهذه الاضرار يستطيع الطبيب ان يدفع مسؤوليته عنها اذا اثبت انها وقعت بسبب اجنبي ، كما تقرر ذلك م/٢١١ من القانون المدني العراقي بنصها على انه : " اذا ثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك " .

فاذا ما استطاع الطبيب اثبات السبب الاجنبي انتفت مسؤوليته عن الضرر .

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا نورد اهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل اليها وكما ياتي :-

اولا/ النتائج

التلقيح الصناعي هو كل عملية تلقيح بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي .

يقسم التلقيح الصناعي باعتبار طريقة اجراء العملية إلى داخلي وخارجي ، و يقسم باعتبار وقت اجراء العملية إلى التلقيح الصناعي اثناء الحياة الزوجية والتلقيح الصناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية .يشترط لمشروعية التلقيح الصناعي حال الحياة الزوجية ضرورة توافر ضوابط معينة وهي ان يكون التلقيح بين زوجين ، وان يتم حال قيام الرابطة الزوجية ، وان يتوافر الرضا الكامل للزوجين بشأن هذه العملية ، واخيراً ان تستنفذ كل طرق العلاج الأخرى بحيث لا يمكن الانجاب إلا بهذه الوسيلة .التلقيح الصناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية محرم شرعاً لانتفاء الرابطة الزوجية مهما كانت دوافعه واسبابه . كما ان التلقيح الصناعي بتدخل الغير حرام شرعاً من باب اولى .التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين مباح شرعاً اذا ما روعيت فيه شروط معينة وهي ، ان يتم بين زوجين حال قيام رابطة الزوجية حقيقة لا حكماً ، ومراعاة الحيطة والحذر في خطواته منعاً من اختلاط الانساب ، وبالتأكيد ان يتم برضا الزوجين المتبصر والمستنير. لكي تثبت المسؤولية في جانب الطبيب يشترط ان يصدر منه خطأ يؤدي إلى حدوث ضرر ، وان تكون هناك رابطة سببية بين الخطأ والضرر ، اي ان لا يكون هذا الضرر الذي لحق المريض نتيجة امر اخر غير خطأ الطبيب .

يتمثل الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي بخروج الطبيب عن القواعد والاصول الطبية ، وباخلاله بواجب الحيطة واليقظة .

الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي قد يكون قبل اجراء عملية التلقيح ، وقد يكون اثناء او بعد اجراء عملية التلقيح .

يلتزم الطبيب قبل اجراء عملية التلقيح الصناعي بمراعاة أصول عمله و فنه في تشخيص حالة الزوجين المرضية او سبب عقمهما ، كما يلتزم باستحصال رضا طرفي عملية التلقيح الصناعي .

يكفي لانتفاء المسؤولية عن الطبيب في حالة الخطأ في التشخيص ان يثبت انه بذل العناية المطلوبة والمتفقة مع الاصول العلمية والطبية لان التزامه هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة .

يستطيع الطبيب ان يدفع مسؤوليته عن الاضرار المترتبة على التلقيح الصناعي اذا اثبت انها وقعت لسبب اجنبي ، كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر نفسه .

لم تصدر إلى الان في الدول العربية قوانين او تشريعات تنظم التلقيح الصناعي ، فالمسؤولية المباشرة في حالة اختلاط الحيوانات المنوية عند التلقيح الصناعي غير محددة وما زالت المراكز الطبية التي ترتكب هذه الجريمة غير مسؤولة جنائياً ولا تتجاوز ان تتحمل مسؤولية ادبية .

ثانيا / المقترحـات

نعتقد انه قد آن الاوان للمشرع العراقي ان يتدخل لينظم بنصوص صريحة وواضحة المسائل المتعلقة بالتلقيح الصناعي لاسيما بعد التطور الكبير الذي يشهده العالم والذي ترتب عليه كثرة اقبال الناس على اجراء هذه العملية من اجل التغلب على مشكلة العقم .

يجب على وزارة الصحة او نقابة الاطباء ان تمارس رقابة شديدة وصارمة على الاطباء وجميع العاملين في مراكز التلقيح الصناعي منعاً لحدوث خلل عمداً او باهمال يؤدي إلى اختلاط الانساب .

يجب عدم السماح لاحد الزوجين باخذ عينة الزوج الاخر إلا في حضور هذا الاخير وموافقته الكاملة على ذلك وقدرته على ابداء هذه الموافقة

ينبغي ان يتضمن القانون (الذي يفترض تشريعه) المتعلق بالتلقيح الصناعي جزاءات جنائية ومدنية وادارية (حسب الأحوال) جسيمة في حالة مخالفة الضوابط او تنفيذ الوسيلة على وجه يخالف احكام الشريعة الاسلامية والقوانين والقيم والعادات السائدة في المجتمع .

الهوامـــش

١. ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة دار المعارف ، القاهرة ، ج٥ ، ص ٤٠٥٩ ، الشوكاني ، تفسير فتح القدير ، ج٣ ، ص١٣٠ .

٢. ينظر : د.احمد شوقي ابو خطوة ، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٨ ، ج١، ص٣٥٠ . د.شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، ٢٠٠١ ، ص١١.

٣. ينظر : د.مصطفى الزرقا ، التلقيح الصناعي ، مطبعة طربية ، دمشق ، ص ٢٢.

٤. ينظر : د.ممدوح محمد خيري هاشم ، الانجاب الصناعي في القانون المدني ، دراسة قانونية فقهية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٦ ، ص ١٧.

٥. ينظر : د.حسيني هيكل ، النظام القانوني للانجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١١٧ .

٦. كما يقسم التلقيح الصناعي إلى داخلي وخارجي ويراد بالتلقيح الصناعي الداخلي هو مجموعة من الاعمال الطبية التي تتم عن طريق ادخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الانجاب ، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها . د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

٧. اما التلقيح الصناعي الخارجي فهو التلقيح الذي يتم عن طريق اخذ بيضة المرأة وتلقيحها بمني الرجل خارج الجسم (في انبوبة) وذلك بوسيلة طبية معينة وبعد ان يتم تكوين البيضة الملقحة تنقل إلى داخل الرحم وتزرع في جداره ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور . ويسمى بالتلقيح الصناعي الخارجي لان عملية التلقيح تتم خارج الجها التناسلي الانثوي في الانابيب ولهذا سمي مجازاً بـ (اطفال الانابيب) . د.شوقي زكريا الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٦١

٨. ينظر : د شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

٩. ينظر : د.طارق محمد عبد الله ابو حوه ، الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعي ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣ .

١٠. ينظر : د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ١٤٥-١٤٦ .

١١. ينظر : د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ١٤٦-١٤٧ .

١٢. ينظر : د.احمد شوقي ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ، ١٩٨٦ ، ص٣٥١ .

١٣. ينظر :

١٤. Tribunal de Bordeaux-27-8-1883 cit .

١٥. Parterras-y-1.hamo-insemination dans Le traitement de la Sterilite these-nantes-1974 .P.75

١٦. اشار اليه د.شوقي الصالحي ، مصدر سابق، ص٢٧ ، هامش ٢ .

١٧. ينظر : د.شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

١٨. ينظر : د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

١٩. ينظر : د.طارق عبد الله ابو حوه ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

٢٠. ينظر : د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

٢١. ينظر : د. شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

٢٢. ينظر :

٢٣. Rec.d.sirey l994. Leg ,P.408ets .

٢٤. اشار اليه د. ممدوح هاشم ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ .

٢٥. ينظر : د.سهير منتصر ، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجين وبعد وفاة الزوج من وجهة نظر القانون والفقه الاسلامي ، مكتبة النصر ، ص ٤٩ وما بعدها .

٢٦. ينظر : د. سهير منتصر ، المصدر السابق ، ص ٥٠ .

٢٧. ينظر : د. سهير منتصر ، المصدر السابق ، ص ٥١ .

٢٨. ينظر :

٢٩. Le. Sperme m'est pas ame chose mobilire

٣٠. اشار اليه د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

٣١. ينظر :

٣٢. UN.Contrat, Ayant, UNE, Clause exclusive , ment Theropeutique .

٣٣. اشار اليه د.حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

٣٤. ينظر : د. سهير منتصر ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

٣٥. ينظر : د. سهير منتصر ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

٣٦. ينظر : د شوقي كريا الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٥٧-٥٩

٣٧. ينظر : د محمد اسامة عبد الله ، المسؤولية الجنائية للاطباء في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص ٢٢٥

٣٨. ينظر : د محمد اسامة عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

٣٩. ينظر : منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٩ ، ص ١٢٥ .

٤٠. اشار اليه منير رضا حنا ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩

٤١. ففي فرنسا اشترط القانون لشرعية التلقيح الصناعي بين الزوجين ان يتم بمني الزوج وبييضة الزوجة وان يكون ذلك بموافقتهما . ينظر :

٤٢. Bett P.De La Greffe Animale , Paris , 1863, p.115 .

٤٣. اشار اليه د. شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

٤٤. ينظر : د. محمد اسامة عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

٤٥. ينظر : د.محمد فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٣٩٤ .

٤٦. ينظر : د. رضا عبد الحليم ، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وامراضه الوراثية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٩ .

٤٧. ينظر : د.حسن زكي الابراشي ، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٢٥٧ . د. نزار عرابي ، متى واين تبدأ مسؤولية الطبيب مدنياً وجزائياً ، مجلة المحامون السورية ، العدد السادس ، حزيران ، ١٩٨١ ، ص ٦٣٢ .

٤٨. اشار اليه د. سمير اورفلي ، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية ، مجلة المحامون السورية ، العدد السابع ، تموز ، ١٩٨٥ ، ص ٩١١ .

٤٩. م/٥٥ من قانون الموجبات الطبية لعام ١٩٧٩ . وينظر د. عبد الله النجارة ، الخطأ العقدي في مجال استخدام الهندسة الوراثية ، مؤتمر كلية الشريعة والقانون ، الامارات ، ص ١٠٤٣-١٠٨٧ .

٥٠. ينظر : د. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ١٩٨١ ، ص ١٨-٢٠ .

٥١. ينظر : د. ايهاب يسرانور ، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ١٩٩٤ ، ص ٢٨٠ .

٥٢. ينظر : د.شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ص٢٥٠ .
٥٣. حكم لمحكمة ابو ظبي بدولة الامارات العربية المتحدة في ١٩٨٨/٢/٢٦ ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد الثالث ، نيسان ، ١٩٨٩ ، ص ٩٩ .
٥٤. ينظر : نص م/٩-٢٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .
٥٥. وهو حاليا نص م/١٠٧ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٥٦. قرار تمييزي رقم ٤٨٧ / حقوقية / ٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٢٧ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٥٨ .
٥٧. ينظر : د. شوقي الصالحي ، مصدر سابق ، ٢٥٠ .

المصادر

اولا / الكتب

١. ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة دار المعارف ، القاهرة ، ج٥ .

٢. د.احمد شوقي ابو خطوة ، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٨، الجزء الاول .

٣. د.حسن زكي الابراشي ، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥١ .

٤. د.حسيني هيكل ، النظام القانوني للانجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ .

٥. د.رضا عبد الحليم ، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وامراضه الوراثية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٦. د.سهير منتصر ، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجين وبعد وفاة الزوج من وجهة نظر القانون والفقه الاسلامي ، مكتبة النصر .

٧. د.شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ،دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

٨. الشوكاني ، تفسير فتح القدير ، ج٣ .

٩. د.محمد اسامة عبد الله ، المسؤولية الجنائية للاطباء في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.

١٠. د.محمد فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، القاهرة ، ١٩٥١.

١١. د.مصطفى الزرقا ، التلقيح الصناعي ، مطبعة طربية ، دمشق .

١٢. منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٩.

ثانيا / الرسائل

١. ايهاب يسرانور ، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ١٩٩٤ .

٢. د.احمد شوقي ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ، ١٩٨٦ .

٣. د.طارق محمد عبد الله ابو حوه ، الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعي ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٥ .
٤. د.ممدوح محمد خيري هاشم ، الانجاب الصناعي في القانون المدني ، دراسة قانونية فقهية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٦ .

ثالثا / البحوث والمقالات

١. د. سمير اورفلي ، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية ، مجلة المحامون السورية ، العدد السابع ، تموز ، ١٩٨٥.
٢. د. عبد الله النجارة ، الخطأ العقدي في مجال استخدام الهندسة الوراثية ، مؤتمر كلية الشريعة والقانون ، الامارات .
٣. د. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ١٩٨١ .
٤. د.نزار عرابي ، متى واين تبدأ مسؤولية الطبيب مدنياً و جزائياً ، مجلة المحامون السورية ، العدد السادس ، حزيران ، ١٩٨١ .

رابعا / القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢. قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩١٨ .

خامسا / القرارات القضائية

١- قرار تمييزي رقم ٤٨٧ / حقوقية / ٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٢٧ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٩ .