مسئولية الطبيب في التلقيح الصناعي

د.سوسن صالح أحمد عوض الحضرمي
أستاذ القانون المدني المساعد - جامعة تعز

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على قدوة الناس اجمعين محمد بن عبد الله الصادق الأمين، صلى الله عليه ، وعلى أله وأصحابه ، ومن سار على نهجه إلى يوم الدين. وبعد.

إن من جملة المجالات العلمية التي حظيت بقدر كبير من التقدم هو "المجال الطبي" فقد كان للتقدم الذي حصل في العلوم الطبية اثره العميق في تغيير النظرة إلى الحقوق والواجبات ، بالنسبة للأفراد في مجتمعاتنا الراهنة ، وبالتالي إلى وجوب تغيير معايير المسئولية وضوابطها ، فالعلوم الطبية تطورت تطوراً مذهلاً، ووصلت اليوم إلى ما يشبه الانفجار العلمي ، ولازال مطرداً كرد فعل لربط التقنية من جانب الطب والبيولوجيا من جانب اخر ، فاستحدث رجال الطب الكثير من التقنيات الطبية التي لم يكن للطب سابق عهد بها ومن بينها تقنية التلقيح الصناعي والذي يعتبر احد إرهاصات التقدم العلمي بوجه عام ، والتقدم الطبي بشكل خاص (وهو اجراء التلقيح بين حيمن الرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود والمتعارف عليه) ، حيث يضطر الطبيب في بعض الحالات والأوضاع النادرة إلى الالتجاء للتلقيح الصناعي كتدبير نهائي للتخلص من العقم القابل للعلاج ، حيث يمثل العقم مشكلة حقيقية وجادة من حيث عدم القدرة على إنجاب الأولاد الذي يصبح عادة عقبة أمام استمرار الحياة الزوجية، فقد أجمع الفقهاء على أن العقم أيا كان سببه لا يعدو أن يكون مرضا من الأمراض التي تدخل تحت قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : "تداووا فإن الله عز وجلّ لم ينزل داء إلا و أنزل له الدواء" ([1]) وعلاجه هو فرع من فروع التداوي .

1) جاء الحديث في صحيح مسلم عن جابر بن عبدا لله –رضي الله عنه – عن رسول الله صلى الله علية وسلم قال" لكل داء دواء.." قال النووي في الحديث إشارة إلى استحباب الدواء وهو مذهب جمهور السلف وأصحابنا وعامة الخلف. قال القاضي إن هذا الحديث جمل من علوم الدين والدنيا وصحة علم الطب وجواز التطبيب في

تُعدّ عمليات التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب من القضايا التي حظيت بمئات من الأبحاث والدراسات التي استهدفت وضع الضوابط والحدود الشرعية لها، مؤكدة على أن ديننا الحنيف جاء ليتماشى مع كل تطورات العصور ويتواصل مع مجريات الأمور ما دامت الحياة تتفاعل معنا و نتفاعل معها ، ولكي لا يبقى المسلم حائرا في مواجهة هذا التقدم العلمي، وما يقتضيه الدين الإسلامي كي تبقى تلك العمليات في إطار المباح شرعاً وتجريم ما عدا ذلك ،وقد قدمنا في هذا السياق الفتاوى الشرعية التي استقر عليها رجال الدين الإسلامي في هذا الخصوص وهذا ما سنبينه لاحقاً .

أن المشرع اليمني كغيرة من التشريعات العربية لم يضع قواعد خاصة لكل مهنة من المهن، وإنما وضع قواعد عامة للمسؤولية المدنية ،ولذلك لا توجد قواعد محدده تحكم مسئولية الطبيب المدنية ،فلابد أذن من الرجوع للقواعد العامة لتحديد مسئولية الطبيب والتزامه بالتعويض ، ويعد هذا القصور سببا في عدم تتبع الأخطاء الطبية ومحاسبة مرتكبيها والعمل على تطوير المهن الطبية.

مشكلة البحث:

تظهر مشكلة الدراسة من خلال ما يلي:

إن عمليات الإخصاب(التلقيح الصناعي)هي من العمليات التي وصلت إلى المجتمعات العربية حديثاً ومنها اليمن ويجهل الكثير من الناس حقيقة هذه العمليات ومدى مشروعيتها ، ومن هنا فان هذه الدراسة تطرح إشكالية تتعلق بعدم وجود تنظيم قانوني ينظم التلقيح الصناعي في اليمن، إذ إن التشريعات تخلو من الإشارة لهذا الموضوع سواء قوانين وآداب مهنة الطب أو القوانين المتعلقة بالصحة العامة، وكذا القانون المدني و قانون العقوبات واكتفت بتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية التي هي أصل التشريع المدني ومصدر من مصادره ،وفي ظل غياب هذا القانون في اليمن وانتشار مراكز الإخصاب التي تقوم بهذه العمليات تكثر التجاوزات في عيادات الأطباء المغلقة لأنه ما من رقيب على عمل تلك المراكز ومتابعة الحالات التي تقوم بها وعدم وجود إحصائيات ثابتة حول التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ، وهذا الفراغ يتطلب إقرار قانون خاص يعالج هذا الموضوع كالقانون الليبي الصحي رقم (106)لسنة 1973م وقانون الأسرة الجزائري ، اللذان نظمى عملية التلقيح الصناعي ، وذلك بعكس القوانين الغربية . ويحتاج القانون حتى يقرّ إلى نقاش بين رجال الدين، الذين يفضّلون حتى الآن الابتعاد عنه ومنهم من يرفض مبدأ التلقيح بكلّ أشكاله.

أهمية الدراسة :

إن أهمية هذه الدراسة تكمن في البحث في المسئولية المدنية للطبيب في ظل عدم تضمين التشريعات قواعد خاصة لهذه المسئولية ، وبيان مدى مشروعية ضرورة التلقيح الصناعي وموقف الشريعة الاسلامية منه والتطرق لمسئولية الطبيب عند مخالفة الضوابط التي تتميز بها عملية

الجملة – راجع صحيح مسلم ، طبعة دار الفكر –بيروت- لبنان.

التلقيح الداخلي و الخارجي ومعالجة النتائج الناجمة عن الأخطاء الطبية الناشئة عن عمليات الإخصاب أو (التلقيح الصناعي). وجدت أنه من الضروري علينا البحث في هذا الموضوع من جميع جوانبه الشرعية والطبية ،حتى اذا لجاء أي انسان الى أي مركز طبي متخصص بأطفال الانابيب بحثاً عن الذرية بعد ان ضاقت به سبل تحقيقه بالطرق المعتادة فانه يكون ملماً بكافة نواحيه المتعلقة به حتى لا يتعرض للابتزاز والاستغلال.

أسئلة الدراسة :

تتناول الدراسة عدة اسئلة تتمثل في الاتي:

- المقصود بالتلقيح ألاصطناعي وأنواعه ، وماهي طرقه، وبيان احكامه ؟ بالإضافة الى التساؤلات حول الأحوال التي يلجأ الطبيب فيها للتلقيح الصناعي ، وهل تناوله المشرع اليمني وافرد له نصوصاً؟
- ماهية طبيعة مسئولية الطبيب في التلقيح الصناعي ، وهل يملك القاضي من النصوص القانونية والتنظيمية ما يمكنه من حل الإشكالات التي تثار في الميدان التطبيقي لاسيما وأنه يغلب عليها الطابع التقني والطبي؟

وبغية الاحاطة بهذا الموضوع قسمنا البحث في الخطة الأتية :

خطة الدراسة :

المبحث التمهيدي: ماهية التلقيح الصناعي.

المبحث الأول: أحكام التلقيح الصناعي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: حكم الشريعة من التلقيح الصناعي الداخلي.

المطلب الثاني: حكم الشريعة من التلقيح الصناعي الخارجي.

المطلب الثالث: ضوابط أجراء التلقيح الصناعي

المبحث الثاني: طبيعة وأركان المسئولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الصناعي

المطلب الأول: طبيعة المسئولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الصناعي.

المطلب الثاني: أركان المسئولية للطبيب في مجال التلقيح الصناعي.

المدخل التمهيدي
ماهية التلقيح الصناعي

اللِّقَاحُ في اللغة : اسمُ ماءِ الفَحْلِ من الإبل أَو الخيل وغيرها ،واللِّقاحُ أيضاً : ما تُلْقَحُ به النخلة ، فالتلقيح مصدر(لَقَّحَ) ويقال لقحت الشجرة أي انبتت الزرع و لَقِحَت النَّاقَةُ : قَبِلَتْ مَاءَ الفَحْلِ من الابل أو الخيل وغيرها ويقال: ألقحت الريح الشّجر والنبات: نقلت اللِّقاح من عضو التذكير إلى عضو التأنيث([2]) ،ثم استعير في النساء ويقال لَقِحَت الْمَرْأَةُ اي حَمَلَتْ أو امرأة سريعة اللقح ومن ذلك يتبين لنا ان اللقح في اللغة معناه الحبل ([3]) وهو يرد على الحيوان والإنسان.

ويعرف التلقيح الصناعي من الوجهة العلمية بأنه : كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح بين حوين ([4]) الرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود والمتعارف عليه، وهو الجماع بين الرجل والمرأة. ([5]) والأصل في تخلق الجنين إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل إلى رحم المرأة المستعد لاستقبال هذا الماء فإذا قدر الله لخلية الرجل أن تلتقي بالخلية الجنسية المؤنثة (البويضة) فإنهما يختلطان ويمتشجان ليكونا الزيجوت وهذا هو التلقيح الطبيعي الذي أشار إليه القرآن الكريم بقوله سبحانه وتعالى:فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ. خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ. يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ([6]) فإذا لم يصل السائل المنوي عن طريق الاتصال الجسماني المعروف وتعذر الحصول على الحمل بالتلقيح الطبيعي فإنه يلجأ إلى الطرق الأخرى والمعروفة بالتلقيح الصناعي.

كما وعرف بعض فقهاء الشريعة الاسلامية التلقيح الصناعي: بأنه إدخال مني الزوج في رحم زوجته عن غير طريق الجماع، وإنما عن طريق الحقن أو الأنابيب بقصد الإنجاب، وعرفة الشيخ الزرقا : بأنها العملية التي تؤخذ نطفة الرجل وتزرع في مهبل الزوجة، وهو الذي يحصل في حالة المباشرة الطبيعية بين الزوجين ،لا فرق سوى الاستعاضة عن عضو الذكورة بمزرقة تزرق بها نطفة الزوج في الموقع المناسب من مهبل الزوجة أمام العنق ([7]).

يتبين لنا من خلال استقراء التعريفات السابقة بان جميعها أجمعت على أن التلقيح الاصطناعي يعد أفضل وسيلة علاجية وتدبير نهائي يلجأ اليها الطبيب بعد أن يكون الحمل والإنجاب بالطرق الاعتيادية قد باء بالفشل ، ولكي تكون عملية التلقيح الصناعي ناجحة فانه يتطلب أن تكون البويضات سليمة ويشترط إجرائه في زمن الاباضة عند المرأة بين اليوم العاشر والرابع عشر من بدء الدورة الشهرية للمرأة ، وأن توجد حيوانات منوية للإخصاب ،والرحم يستطيع أن يحافظ

2) المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية، وزارة التربية والتعليم –مصر، رقم الطبعة غير معروف ، 1994م، ص561-562

3) ابن أنيس وأخرون، المعجم الوسيط ج2 ، ص 834 ط الثانية ، أبن منظور، لسان العرب ج 5 ،ص 4057 – ط دار المعارف ، محمد بن ابى بكر بن عبدالقادر الرازي : مختار الصحاح، ص602 – ط نهضة مصر ، رتبة السيد محمود خاطر وراجعه نخبة من علماء اللغة.

4) هو ماء الرجل، أي " الحيوان المنوي"

5)سعيد العذارى: التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، جامعة المصطفى العالمية،2008م، ص3

6) سورة الطارق الاية:5-7

7) د. مصطفى الزرقا : التلقيح الصناعي ، مطبعة طربية ، دمشق –سوريا ،ص 22

على الحمل. ولهذه العملية عدة وسائل وطرق ، فمنها ما يكون داخلياً وهو ما يسمى بالتلقيح الصناعي الداخلي ، وهذا يعني ان عملية التلقيح تتم من خلال إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج مغسولة مسبقاً في المختبر في المسالك التناسلية للزوجة دون إخراج البويضة ، ومنها ما يسمى بالتلقيح الصناعي الخارجي ، ويعني ذلك إخراج البويضة إلى الخارج وتلقيحها وإعادة البويضة إلى رحم الزوجة أو إلى الرحم المستأجرة (الظئر) ملقحة جاهزة ، وتتم عادة عملية التلقيح من خلال إخصاب بويضة الزوجة بماء الزوج سواء كان بالإخصاب الداخلي أو الخارجي ، إلا أن هناك حالات تتم على غيرهذه الطريقة ، كتلقيح بويضة الزوجة من ماء رجل متبرع ، وكذلك حمل الزوجة من خلال بويضة متبرعة ملقحة بماء رجل متبرع ، وكذلك قد تتم العملية من خلال تخصيب بويضة من امرأة متبرعة بماء رجل متبرع ونقلها إلى رحم متبرع او مستأجر ، وهذه الحالات لا تجيزها الشريعة الإسلامية ولا قوانين الدول الإسلامية بالغالب .

لقد بحث العلماء قديمًا في إمكانية حمل المرأة بغير ملامسة من الرجل إذا وصل المني بطريقة ما إلى أعضائها التناسلية ،فالعلامة ابن خلدون وفلاسفة الإسلام قبله كابن سيناء والفارابي والطغراني وغيرهما أشاروا إلى أنه : (يمكن تخليق إنسان من المني في بيئته الطبيعية) ويقصد بالبيئة الطبيعية "الرحم". فأبن خلدون في مقدمته الشهيرة وهو يتحدث عن –الكيمياء- عند الأقدمين يسلم بتخليق الكائن الحي من المني وذلك بعد الإحاطة الدقيقة التامة بأجزاء ونسبة جزئيات البيئة التي تم فيها التخليق وإنما المتعذر أن هناك قصور في علوم البشرية عن إيجاد البيئة المناسبة لتخليقه ونموه ومن تهيئة المناخ والبيئة ومن معرفة نسب الجزئيات لتخليق الإنسان من المني خارج الرحم[8] وهذا ما توصل إليه العلم الحديث الآن من إيجاد وتهيئة البيئة والمناخ الملائم لتخلق الإنسان من المني بعد أن توفرت في هذا العصر الإحاطة والدقة في معرفة نسب الجزيئات الصحيحة وهذا ما نسميه اليوم بأطفال الانابيب.

من خلال ذلك يتبين أن العلماء المسلمين عرفوا التلقيح الصناعي من قديم الزمان ، ولكن لم يسموه بهذا الاسم وعبروا عنه بما يسمى إستدخال المني ، ويذكر لنا قديما في بعض القرى البدائية ما كان يقع من الدجالين حيث تعطى قطعة من الصوفة يوضع فيها السائل المنوي وتعطى للمرأة حيث تضعها على فرجها فترة من الزمن لإزالة العقم ، وأنه يحدث لها الحمل اذا ما اتصل بها زوجها ،لكن في الغالب يحدث لها الحمل فعلاً عن طريق الحيوانات المنوية التي كانت في الصوفة ،وقد نظرت المحاكم في القدم في احدى قضاياها التي ظلت قرابة ثلاثين عاما أمام قضية امرأة احد القضاة التي كانت لا تحمل ، فذهبت الى احدى القابلات فألبستها صوفة ، ثم حملت السيدة ووضعت ولداً أسوداً ، حيث تبين إن القابلة نفسها سوداء وكانت تأخذ السائل المنوي من اخيها الأسود ([9]).

إن ما توصل اليه العلم الحديث من تطور في هذا المجال الحيوي لاكتشاف طريق المساعدة على الانجاب باستخدام أطفال الأنابيب والتلقيح المجهري، والذي من خلاله استطاع ان يهيئ البيئة

8) العلامة عبد الرحمن أبن خلدون: المقدمة –فصل الكيمياء ،ط دار الكتاب اللبناني مكتبة المدرسة—بيروت 1982م،ص 1017،1018

9) د. أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين اقوال الاطباء وأراء الفقهاء ، دار الفكر الجامعي-الاسكندرية2011،ص 62

الملائمة لتخلق الانسان من المني، ولكن ومع هذا التطور لا يمكن أن ننكر بأن كل ذلك مرده الى خالق البشرية الله سبحانه وتعالى حيث قال :" وَهُوَ الَّذِي يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ ... "([10]) فعملية التلقيح الصناعي ليست تغيير لسنة الله سبحانه وتعالى، ولكنه علاج لحالة مرضية معينة ضمن مشيئة الله التي أزالت الكثير من المشاكل الطبية التي كان ميؤوسا منها في حدوث الحمل.

لقد حقق الأستراليون ولأول مره اكتشافًا جديدًا جنبهم مشاكل العقم حين قاموا بأخذ بيضه من امرأة ولقحوها داخل أنبوب بواسطة منويات زوج امرأة عاقر ثم أعادوا زرعها في رحم الزوجة العاقر. ومنذ ذلك الوقت عرفت هذه التجربة انتشارًا واسعًا في أنحاء العالم وأتاحت الفرصة لمكافحة العقم المنتشر والذي يرجع سببه إلى انسداد القنوات المؤدية إلى الرحم، أما إذا كان المبيض لا يؤدي مهمته فإنه ليس بالإمكان حتمًا أخذ البويضة لتلقيحها خارج الرحم ولابد إذًا من إيجاد طريقة جديدة".

وكانت أول حالة طفل أنبوب ناجحة في بريطانيا عندما أخذ الدكتور(باتريك استبتو) بويضة الأم (ليزلي براون) في 10 نوفمبر 1977 ووضعها في الطبق الذي حضر محلوله الدكتور (روبرت ادواردز) وبعد أن قاما بتلقيح البويضة أعادها الدكتور استبتو إلى رحم الأم ليزلي براون في 12 نوفمبر 1977 وفي 25 يوليه 1978 ولدت(لويزا براون)أول طفلة أنبوب في العالم والتي أثارت ضجة كبرى في جميع أجهزة الإعلام وفتحت صفحة جديدة في تاريخ التناسل البشري وانتشرت مراكز أطفال الانابيب في العالم ، وفي مصر كانت ولادة (هبة) أول طفلة بهذه الطريقة عام 1987 على يد كل من الدكتور (جمال أبو السرور) والدكتور(محمد أبو الغار)([11]).

ثم جاء الأمريكيون بتجربة علمية جديدة شدت إليها انتباه الشعب الأمريكي بأسره، فنهجوا طريقة لا تختلف كثيرًا عن طريقة الأستراليين إلا أنه بدلاً من أن يجرى التلقيح داخل الأنبوب قاموا به في رحم الأم الأولى ثم نقله وعمره خمسة أيام وزراعته في رحم امرأة ثانية حملته تسعة أشهر ثم وضعته. وفي الحالتين تمثل هذه الاكتشافات ثورة في عالم الوراثيات وذلك أن الأم صاحبة البيضة لم تعد هي الأم الوارثة بل أصبحت التي تحمل الطفل وتلده فقط هي أمه الوارثة. وهذه الممارسات قوبلت باحتجاجات عديدة ([12]).

وتبقى هذه التقنية الأكثر إثارة للإشكاليات والاختلافات هي مسألة الأم البديلة وفي هذا السياق وجد على مستوى الاتحاد الأوروبي جمعية من الخبراء يبحثون حول تطورات العلوم الطبية والاكتشافات الحديثة، وقد أعدت مشروع توصية في 1987/5/21 محتواه أن كرامة المرأة تفرض

10) سورة الروم الآية :27

11) د. محمد علي البار: طفل الانبوب والتلقيح الصناعي، طبعة الدار السعودية 1990م، ص32 ، د. رفعت كمال : علاج العقم وأطفال الانابيب ،كتاب اليوم الطبي- مؤسسة أخبار اليوم ، ص4 ، د. السيد محمود مهران : الاحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ،الطبعة الاولى،2002م، ص 482

12) ومن هذه الممارسات ما سمي –مؤاجراتالبطون-وتتمثل هذه الطريقة في إجراء تلقيح صناعي لامرأة تؤجر رحمها من زوج المرأة العاقر فتحمل الأولى ثم تضع مولودًا تدفعه إلى أمه بموجب عقد تم إبرامه من قبل، وبهذه الطريقة يباع الطفل إلى الزوجة العاقر لينسب إليها بالتبني

على أنه لا يمكن أن يكون جسمها أداة لحساب وفائدة الغير. كما نصت على أنه "لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن يستعمل تقنيات الإنجاب الصناعي لأجل حمل الطفل من طرف الأم بالإنابة "

ولقد انتشرت في الآونة الأخيرة كثير من مراكز أطفال الأنابيب في كثير من الدول العربية ، وفي إمارة دبي أعلن عن نجاح أول ولادة طفل من بويضة مجمدة يزن 3.30 بهذه التقنية العلمية ، حيث كانت الام تعاني من تأخر في الانجاب ، وتعتبر هذه الحالة الاولى من نوعها على مستوى الإمارات ومنطقة الخليج العربي ، وبذلك أصبحت دولة الإمارات من أولى الدول عالمياً في تجميد الأجنة ، وتهدف هذه التقنية لمساعدة مريضات السرطان او السيدات اللاتي يخشين ان يتقدم بهن العمر من تجميد الاجنة ذات النوعيات الجيدة الى الوقت التي تريد الانجاب فيه ([13]).

المبحث الأول
أحكام التلقيح الصناعي في الشريعة الإسلامية

تمهيد :

لقد عرفنا التلقيح الاصطناعي بأنه عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي مباشر بينهما ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها. وفي هذا الصدد وبالنظر إلى أن الإنجاب هو هدف منوط بالمتزوجين من جهة، ولاختلاف الحالات المرضية المسببة للعقم من جهة أخرى فإن التلقيح الاصطناعي يتم بطريقتين ولكل طريقه حالات وتختلف كل حالة من حيث حكمها الشرعي كما في نبين ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول
حكم الشريعة الاسلامية من التلقيح الصناعي الداخلي

بالنظر الى صورتي التلقيح الصناعي الداخلي من حيث إن احداهما تتم بين الزوجين ، والأخرى تتم بماء رجل أجنبي ، فإنه يختلف الحكم الشرعي من حالة إلى أخرى على التفصيل الاتي:

الفرع الأول: التلقيح الداخلي المباح " التلقيح بين الزوجين"

أختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم هذه الوسيلة على قولين:

أولاً : المؤيدون لهذه الوسيلة: فقد استدل اصحاب هذا المذهب بجواز التلقيح الداخلي

13) د. أمير فرج يوسف: أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي طبقا للحقائق العلمية والحكام الشرعية والقانونية، دار الكتاب الحديث-القاهرة ،2012 ، جريدة القيس الكويتية ، 21 نوفمبر 2013 - العدد 14539

ومشروعيته بالسنة حيث جاء إعرابي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: يارَسُولُ اللَّه أنتداوى. قال: نعم.فإنَّ اللَّه لَمْ يُنْزِلْ دَاءً إلا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً عَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ وَجَهِلَهُ مَنْ جَهِلَهُ ([14]).وقال صلى الله علية وسلم " ما أنزل الله من داء إلا وانزل له الشفاء[15]. فدلالة هذا الحديث أن رسول الله يأمرنا بالتداوي من الأمراض ولأن العقم مرض فيتعين التداوي منه بأي وسيلة من الوسائل المشروعة المتعارف عليها بين الفقهاء، فكان التلقيح الصناعي الداخلي الذي يجرى بين الزوجين جائزاً. كما وأن الأساس في تكوين الجنين يكون في التقاء الحيوان المنوي والبويضة وتلقيحه لها ولم يشترط الفقهاء طريقه محددة لذلك ، كما أن الفقهاء أشاروا إلى أن التلقيح الداخلي لا يختلف عن التلقيح الطبيعي إلا من خلال طريقة ايصال المني وهذا الاختلاف لا يكون مؤثرا إلا من خلال كشف العورة وهو أمر أجازوه لما له من مبرر شرعي، ولكن جعلوا الأولوية بالتداوي لامرأة مسلمة وإلا فامرأة غير مسلمة ، وإلا فطبيب مسلم ثقة ، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب، كما أكدوا على أن عملية التلقيح الداخلي لا تتعارض مع خلق الله للإنسان إذ أن نجاح هذه العملية لا تتم إلا بقدرة القادر ومبررات الفقهاء اللذين اجازوا التلقيح الداخلي كثيرة وما ذكرناها لا يعد إلا أن يكون جزءا منها.

ثانياً: المعارضون لهذه الوسيلة : وهم المعارضون للتلقيح الصناعي بوجه عام حيث يذهب اصحاب هذا الرأي بعدم مشروعية التلقيح الصناعي بين الزوجين بكونه خرقاً لقوانين الطبيعة ويتعارض مع نصوص القرآن وقدرة الله ومشيئته استناداً إلى قول الحق سبحانه وتعالى (للَّه مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ× أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ) ([16]) ودلت هذه الآية الكريمة أن العقم هبة من الله وأن التلقيح الداخلي فيه اعتراض على الله ومخالفة لمشيئته فهو جعل من يشاء عقيماً ، وقد يكون العقم دائم عند بعضهم، وفي قصة سيدنا إبراهيم علية السلام وزوجته سارة ، يفهم منه أن العقم قد يكون مؤقتاً ، فيقول سبحانه وتعالى : (فَأَوْجَسَ مِنْهُمْ خِيفَةً قَالُوا لا تَخَفْ وَبَشَّرُوهُ بِغُلامٍ عَلِيمٍ× فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صَرَّةٍ فَصَكَّتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ)[17].كما استدلوا بقول الله تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) ([18] حيث كان وجه دلالتهم ان الآية حددت موضع الحرث الذي يكون منه الولد، وحصرته فلا يتعداه الى غيره، فكان ما عداه من الوسائل الأخرى مخالفاً تماماً لنص الآية فيكون حراماً، وأن محاولة التلقيح رغبة في الولد يعد من قبيل التحدي لمشيئة الله فلا يجوز.

وخوفا من التلاعب بالنطف واختلاط الأنساب نتيجة فساد بعض الذمم وانعدام الأخلاق وعدم وجود الأمانة لدى بعض الأطباء وإن كانوا قلة في زمننا هذا، وبالرغم أن ذلك لا يعد كونه سبباً للحكم بالحرمة بل الواجب اتخاذ الحيطة والحذر ووضع الضوابط والشروط.

14) منتقى الاخبار وشرحه نيل الاوطار للشوكاني ،ج8-،ص 200 في أبواب الطب
15) أنظر ص1
16) سورة الشورى الآية: 49، 50
17) سورة الذاريات الآية :29
18) سورة البقرة الآية :223

الفرع الثاني: التلقيح الداخلي غير المباح

أجمع فقهاء الشريعة على حرمة التلقيح الصناعي بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا يربط بينهما عقد زواج ويستدل على ذلك قولة تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم وقدموا لأنفسكم واتقوا الله واعلموا أنكم ملاقوه وبشر المؤمنين) ([19]) وقول النبي صلى الله عليه وسلم إذ نهى أن يضع الرجل سائله المنوي في امرأة لا تحل له فقال : (لا تسق ماءك زرع غيرك) ([20]).

ويعتبر هذا النوع من الاخصاب جريمة منكرة وإثماً عظيماً يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية يظلها القانون الطبيعي، والشريعة السماوية ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية ونزلت به كتب السماء، ولكن هذا التلقيح لا يعد زنا من الناحية الجنائية حيث ينقصه الاتصال الجنسي وهو ركن أساسي في جريمة الزنا وإن جاز اعتباره هتك عرض. ويعتبر التلقيح بغيرماء الزوج أفظع جرما من التبني. فالولد المتخلق من هذه العملية لا ينسب إلى زوج هذه المرأة مطلقا لأنه ليس من مائه ولا يجوز ان يقبله، بل عليه أن ينفيه إذا كان من المفروض أن ينسب إليه بحسب الأوضاع الظاهرة وطالما كان متيقنا أنه ليس منه فعندئذ تطبق أحكام اللعان.

وبناءً على ذلك لا ينسب الولد إلى الرجل الذي اخذ الماء منه ، إذ أنه لا عقد نكاح يربط بينه وبين هذه المرأة وبالتالي فإنه ينسب إلى هذه الزوج فقط كولد الزنا تماما ،ولاشك أنُه إذا ألحق نسبه بأمه ثبتت بينهما جميع أحكام البنوة والأمومة من حرمة النكاح وحرمة المصاهرة والنفقة والميراث فترثه أمه ويرثها هو.

المطلب الثاني
حكم الشريعة الاسلامية من التلقيح الخارجي

ذهب المجمع الفقهي الإسلامي إلى تحديد مشروعية كل أسلوب من الأساليب الخمسة الممكنة في التلقيح الاصطناعي الخارجي ونبينها من حيث مشروعيتها كالتالي:

الفرع الأول: التلقيح الخارجي المباح

ويندرج ضمن هذا التلقيح صورة واحده وهي كالتالي:

هي الصورة التي تتم بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة حيث يتم التلقيح خارجياً ثم تزرع

19) سورة البقرة الآية: 223.

20) أنضر البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: باب الاستبراء عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملقن سراج الدين أبو حفص تحقيق مصطفى أبو الغيط عبد الحي –محمد عبد الله بن سليمان –ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1425 – 2006م.

اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة. أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الصناعي، وهو أسلوب مقبول مبدئياً و جائز في ذاته ، فقد ذهب اغلبية العلماء المعاصرين إلى اباحة هذا الأسلوب ويلجا إليه عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد قناة فالوب، وصدر قرار لمجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي سنة 1407هـ يتضمن جواز هذا الأسلوب من أساليب التلقيح الصناعي لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات فينبغي أن لا يلجا إليه إلا في حالات الضرورة القصوى ، وبعد أن تتوفر الشرائط العامة ([21]).

الفرع الثاني: التلقيح الخارجي غير المباح

ويندرج ضمن هذا التلقيح أربع صور وهي كالآتي:

الصورة الأولى :هي حالة امرأة تتطوع بحمل لقيحة تكونت في وعاء الاختبار من بويضة الزوجة والحيوان المنوي من الزوج ، وتسمى هذه المرأة بالرحم الظئر أو الام المستعارة وعندما تلد الطفل تسلمه للزوجين مقابل اجر معلوم ويسمى نظام الأم البديلة حيث بدأ هذا النظام يأخذ طابعا تجاريا متناميا في السنوات العشر الاخيرة وأصبح لديها وكالات لديها قوائم بأسماء النساء المستعدات للقيام بدور الأم البديلة .

ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها لكن مبيضها سليم منتج ،أو تكون غير راغبة في الحمل ترفهاً ، ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية ان هذه الطريقة لا تجوز مطلقاً لان رحم المرأة ليس كقدر الطبخ تنقل فيه من قدر الى قدر ، كما وأن المرأة التي تحمل تشارك في أسباب تكوين الجنين الذي يتغذى من دمها تكون آثمة وتستحق العقاب، فقد قرر المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته السابعة بتحريم هذه الحالة وذلك لان المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين ([22]).

الصورة الثانية: يتم التلقيح خارجياً بين حيوان الزوج وبويضة متبرعة ثم تزرع في رحم الزوجة.

وهذه الاسلوب واضح فيه سبب التحريم لأن اللقيحة متكونة من مصدرين غير زوجين ،فهي تؤدي إلى نسب منتحل غير مبني على زوجية، فالولد المولود من الزوجة ليس ولداً طبيعياً لها حيث

21) قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة من 19 – 28 يناير 1985 واكده قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر الثالث بعمان من 11-16 أكتوبر 1986م، وهذه الشرائط هي ما جاء في نص القرار:

أ-إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لايجوز إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف.

ب-إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها انزعاجاً، يعتبر ذلك غرضا مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

ج-كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا ففير مسلم، بهذا الترتيب. ولاتجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

22) قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة -الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين 11 – 16 ربيع الآخر 1404 هـ ص 261-262

تداخل في تكوينه وولادته امرأتين.

ومثل هذا يقال في حالة العكس ،وهي ما لو كانت البويضة من زوجة والنطفة الذكرية من متبرع ثم زرعت اللقيحة في الزوجة صاحبة البويضة ([23])، وقد اجمع الفقهاء على أن الجنين يكون حراما حتى وأن كانت الزوجة الثانية لذات الزوج ، ويكون مفسده ويحرم فعله ، وان كانت هذه الطريقة مباحة في الغرب إلا إنها محرمة في الإسلام وتدخل في معنى الزنا ([24]) كما سبق واشرنا اليه أنفا ([25]).

الصورة الثالثة : وهي حالة عندما يكون كلا من الزوجين عقيماً (زوج غيرقادر على الانجاب ولكن زوجته رحمها سليم ومعطلة المبيض)، فيتبرع لهما رجل بنطفة وامرأة ببويضة، ويجري التلقيح بينهما خارجياً في طبق الاختبار ومن ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة المتبرع لها فتنمو اللقيحة وتنجب طفلاً بمشيئة الله تعالى.

يبدو واضحاً في هذه الصورة أن اللقيحة لا صلة لها بالزوج ولا بالزوجة المتبرع لهما والحكم الشرعي لهذه الطريقة تحريمها عند فقهاء الاسلام لان مصدر اللقيحة أجنبيان عن بعضهما ولا تربطهما أي رابطة وأن هذا الفعل يتلاقى مع الزنا لأن البذرتان الانثوية والذكرية فيها ليستا من زوجين. والى هذا الحكم ذهب الخياط ومصطفى الزرقا وعلماء آخرين حيث قال الخياط: أن حكم الفرع الاول وهو ما كان فيه الماء أجنبي سواء في أجنبية الحيوان المنوي أو البويضة او أحدهما فإذا حملت الزوجة من مائيين أجنبيين أو من بويضة وماء أجنبي فهو حمل سفاح محرم لذاته في الشرع غاية لا وسيله قولاً واجتراء ([26]).

الصورة الرابعة: يتم فيها التلقيح من نطفة الزوج وبويضة الزوجة ويتم خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى، أي: زوجته الثانية المتطوعة لحمل اللقيحة عن ضرتها الاولى، و نكون بصدد هذه الحالة لما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غيرصالح للحمل ومبيضها سليم وزوجها سليم وحيواناته المنوية منتجة.

وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد، وإن كان هذا الاسلوب لم يحدث الى الآن وتعد صورة نظرية وضعها الشيخ بن عثيمين والشيخ مصطفى الزرقا فقد اقرها مجلس الفقه الاسلامي في دورته السابعة المنعقدة سنه 1404ه بأنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكور إلا ان هذا الصورة قد ثم تحريمها لاحقا ، وقد ذهب إلى تحريمها جمع كبيرمن العلماء ، حيث صدر فيها قراران من مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، ومن مجلس الفقه الإسلامي ، التابع لرابطة العالم الإسلامي ، والذي

23) أنظر سابقا في التلقيح الداخلي غير المباح

24) د. محمد البار: مرجع سابق ص49

25) أنظر حكم الشريعة من التلقيح الداخلي

26) د. عبد العزيز الخياط: حكم العقم في الاسلام ص 30، د. مصطفى الزرقا : مرجع سابق ، ص 27

كان يرى إباحة هذه الطريقة ثم تراجع عن إباحتها وذلك لما يؤدي إليه من اختلاط الانساب ([27]).

المطلب الثالث
ضوابط إجراء التلقيح الصناعي

بعد عرض اراء الفقهاء وأدلتهم في حكم التلقيح يظهر جلياً أن الرأي الراجح هو القول الجائز بجواز التلقيح الصناعي بشرط مراعاة الشروط والضوابط التي وضعها الفقهاء والذي جاءت متفقة مع روح الشريعة وسماحة الاسلام، وهذا ما سنبينه في الفرع الاول ، وفي الفرع الثاني نبين الاثار المترتبة من التلقيح الصناعي.

الفرع الأول: الشروط والضوابط التي يجب مراعاتها

بعد عرض اراء الفقهاء وأدلتهم في حكم التلقيح يظهر جلياً أن الرأي الراجح هو القول الجائز بجواز التلقيح الصناعي بشرط مراعاة الشروط والضوابط التي وضعها الفقهاء والذي جاءت متفقة مع روح الشريعة وسماحة الاسلام، ومن هذه الشروط ([28]).

الشرط الاول: أن يثبت بناء على تقرير طبي من لجنة مختصة من عدم أمكانية الزوجة من الحمل إلا عن طريق التلقيح الصناعي وليس بقصد التحكم في جنس الجنيين او تغير صفاته الوراثية.

الشرط الثاني: ان يكون التلقيح بين الزوجين وفي ظل حياة زوجية قائمة:

سبق التوضيح لهذا الشرط اثناء التحدث عن صور التلقيح المباح الداخلي والخارجي، وهذا

---

27) إليك بعض ما جاء في القرارين: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405 هـ إلى يوم الاثنين 7 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 19 – 28 يناير 1985 م قد نظر في الملاحظات التي أبداها بعض أعضائه حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين 11 – 16 ربيع الآخر 1404 هو نصها :" إن الأسلوب السابع في التلقيح الخارجي والذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم: يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة ". وملخص الملاحظات عليها: " إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثمتلدتوأمين ولايعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لاتعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أومضغة أحد الحملين ولاتسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لايعلم أيضًا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة " . كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها، وبعد ذلك تم سحب حالة الجواز الثالثة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الفقهي الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404هـ وقد أصبحت هذه الصورة محرمة وغير جائزة. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس: سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 هـ وتحريمه وذلك لما يترتب عليها من اختلاط الانساب وضياع الامومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

وعليه: فلا يجوز أخذ ماء الزوج وبويضة الزوجة ووضع الخليط في رحم زوجة أخرى له.

28) مجموعة الفتاوي الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد التاسع رقم (1225) ص3213□3228، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ص15، فتوى رقم 63 ب تاريخ23مارس 1980م، مجموعة الفتاوي الإسلامية دار الإفتاء للشؤون الإسلامية.

الشرط يعد ضرورياً، واساسياً حتى يكون التلقيح مباحاً، فلابد أن تكون حالة الزوجية قائمة، أما إذا انتهى عقد الزوجية بوفاة أو طلاق فلا يحل ذلك..

الشرط الثالث: رضاء الزوجين بعملية التلقيح الصناعي

يتطلب رضاء الزوجين صراحة أو دلالة وذلك قبل اجراء عملية التلقيح وان لا يشوب رضائهما أي شائبة كالغلط أو الاكراه، لان الولد الناتج عن هذا الحمل سينسب الى ابويه.

الفرع الثاني: أثار التلقيح الصناعي

قبل الحديث عن أثار التلقيح الصناعي نشير بسرعة عما استنتجناه من طرق التلقيح وما هو مباح منها وما هو محرم.

استنتجنا مما سبق أن التلقيح الصناعي (داخلياً او خارجياً) أسلوبان اقرهما الشرع ([29]) ولا حرج من اللجوء اليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ الاحتياطات اللازمة تجنباً لاختلاط النطف أو اللقائح في أنابيب الاختبار، وهذان الاسلوبان هو أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً والأسلوب الثاني أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع في رحم الزوجة

ويترتب على التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي في حالة التلقيح المباح عدة أثار تتلخص في الآتي:

نسب الابن لأبية وذلك لقوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...)[30] وقوله تعالى: (الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ)[31]. حيث يتبين من ذلك أن الولد جاء على فراش الزوجية فحكمه في الأصل ولد طبيعي شرعي للزوجين اثناء حياة الزوجين ، أو في عدة المرأة من طلاق او وفاة ، ويترتب على ثبوت النسب باقي الاحكام الشرعية المترتبة على ثبوته والتي فرضها الله سبحانه وتعالى من ميراث ووصيه ونفقه وحضانة وغيرها من الحقوق التي تثبت للولد الذي نتج عن معاشرة زوجيه ويتساوى جميعهم بالحقوق والواجبات التي اقرها الشرع والقانون ووجوب العدة على الزوجة من طلاق او وفاة.

أما غير ذلك من الاساليب في التلقيح الصناعي فأنها محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً وذلك

---

29) قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر الثالث بعمان عاصمة المملكة الاردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407ه الموافق 11-16 أكتوبر 1986م.

30) سورة الاحزاب الآية: رقم (5)

31) الحديث رواه البخاري ومسلم، وهو من الاحاديث المتواترة، انظر: المتناثر من الحديث المتواتر: محمد بن جعفر الكتاني أبو عبد الله، دار الكتب السلفية، الطبعة الثانية، : من حديث (1) أبي هريرة (2) وعائشة (3) عثمان بن عفان (4) وابن عمرو (5) وأبي أمامه (6) وعمرو بن خارجة (7) وابن الزبير (8) وابن مسعود (9) وعمر بن الخطاب (10) وعلي ابن أبي طالب (11) والحسن مرسلاً (12) وسعد بن أبي وقاص (13) وابن عمر (14) والبراء ابن عازب (15) وزيد بن أرقم (16) وابن عباس (17) والحسين بن علي (18) وعبادة بن الصامت (19) وواثلة بن الأسقع (20) وأبي وائل مرسلاً (21) ومعاوية بن عمرو (22) وأنس ،انظر شرح الإلمام بأحاديث الأحكام: باب الإقرار: تقي الدين ابن دقيق العيد، تحقيق عبد العزيز بن محمد السعيد، دار أطلس للنشر والتوزيع، 1408هـ1997م.، سنن ابن ماجه: باب الولد للفراش وللعاهر الحجر: رقم الحديث(2084-2085).

لاختلاط الانساب، وذلك ما تمنعه الشريعة الإسلامية التي تحرص على سلامة انتساب بني الانسان والابتعاد بها عن الزنا وما في معناه.

المبحث الثاني
طبيعة وأركان المسئولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الصناعي

تمهيد:

تعتبر المسئولية الطبية وأخطاء الأطباء من المواضيع التي لازمت ممارسة الطب قديماً ففي المجتمع البابلي والآشوري فقد تناولت شريعة حمو رابي ضمن قانون عقوبات لمن يخطئ في الطب والعلاج ، بالمواد 281و219 عقوبة الطبيب المخطئ من قطع اليد ومن يخطئ في تشخيص المرض أو دواء أضر بالمريض فعقوبته كانت بدفع مبلغاً من المال حدده القانون كغرامة على الطبيب ،وخوفاً من استعمال الأطباء لبعض العقاقير من قبيل الاختبار في المرض وضعت الحكومة قانوناً جازماً يجازي كل من يسيء استعمال هذه العقاقير، وكل إنسان يموت ضحية لهذه التجارب يعتبر موته في نظر القانون جناية عظيمة يستحق فاعلها العقاب عليها ، وفي العصور الوسطى كان الطب حكرا للنبلاء أما باقي أفراد الشعب فكانوا حقل تجارب للسحرة ،واستمر الحال كذلك إلى أن بين النبي محمد صلى الله عليه وسلم تحديد مسئولية الأطباء وإيضاح الفرق بين العالم بالطب والجاهل به. حيث روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من تطبَّب ولم يُعلم منه طِبٌّ، فهو ضامن" ([32]) وبناء على هذا الحديث أجمع أهل العلم أن من تطبب وهو جاهل فهو مسئول مسئولية كاملة جنائياً ومدنياً عن فعله. وهذا المبدأ الإسلامي المنبثق من الحديث الشريف هو الذي دفع كثيراً من الفقهاء بالحجر على المتطبب الجاهل ومنعه من مزاولة الطب ، لما في ذلك من خطورة على الناس ، واعتبروا هذا المنع من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[33] كما جاء في مذهب الحنابلة أن مزاولة الطب من غير حاذق في فنه يعتبر فعلاً محرماً[34] وما أجمل قول القاضي برهان الدين إبراهيم بن فرحون المالكي في كتابه (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) عند كلامه على ضمان الصناع والأطباء ، قال: وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيه وعرض نفسه ، فهو ضامن لجميع ما وضعنا في ماله ،ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئاً. وعليه من الإمام العدل العقوبة الموجعة بضرب ظهره وإطالة سجنه. وهذا المبدأ نفسه هو الذي دفع الخليفة العباسي المقتدر بأن يأمر طبيبه سنان بن ثابت بن قرة الحراني أن يمتحن أطباء بغداد في وقته، وأن يمنح من يرضاه في علمه وعمله

32) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة. انظر حاشية الرملي على شرح الروض في فروع الشافعية: 166/4

33) محمد بن فراموز(الشهير ملا خسرو) :الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية ابن عابدين على الشرنبلاني،المجلد الثاني، مير محمد كتبخانة، ، ص628.

34) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الدمشقي الصالحي الحنبلي :المغني، الجزء السادس،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ص120

إجازة لما يصلح أن يتصرف فيه من الطب، وأمر الخليفة محتسبه أن يراعي ذلك، فلا يأذن في العلاج إلا لمن يحمل إجازة من سنان الذي توفي سنة 331 ه ([35]).

وكان الطب يشع ازدهاراً لدى العرب المسلمين فكان الرازي وابن النفيس وابن سينا صاحب كتاب القانون في الطب الذي مازال مرجع هام في جامعات باريس الراقية.

وفيما ذكر دلالة واضحة إلى إرساء قواعد التخصص والمسئولية في مهنة الطب في الدول الإسلامية منذ ذلك الزمان السالف، وعليه لا يكون محل خلاف من أحد أن التسرع لا يؤيد فقط بل يوجب إصدار مثل هذه اللوائح التي تنظم كيفية ممارسة الطب وقصرها على المؤهلين المقتدرين ممن درسوا وتمرنوا حتى يسلم أفراد الأمة من الوقوع في التهلكة.

وقد تزامن مع الوتيرة المتسارعة لتطور العلوم الطبية تطور في مجال سن القوانين التي تنظم وتحكم عمل ومزاولة المهن الطبية على نحوٍ يرسم حدودها ويحدد صور المسئولية المتعلقة بها ويبين طرق مواجهة هذه المسئولية ووسائل الحماية المقررة لها.

وإذا كان الطب والقانون علمين متماثلين غايتهما حماية الإنسان وحل مشاكله وتنظيم علاقاته، فان هذا التماثل أدى لانصهارهما معاً في فرع جديد هو "القانون الطبي" والذي يسعى فيه التشريع والفقه والقضاء جاهدين لتفصيل أحكامه كلما تطورت وتعقدت الحياة.

ومفهوم المسئولية بوجه عام يستدل على معنى المؤاخذة وتحمل التبعة ([36])، ولم تعرف المسئولية ضمن النصوص القانونية، ولكن الفقه اجتهد في بيان المقصود بالمسئولية ووضع مجموعة تعريفات موضحة لمضمونها، فقد عرفها فقهاء القانون بأنها: "الحكم الذي يترتب على الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب مؤاخذته"([37])، أو بأنها " اقتراف أمر يتوجب المؤاخذة"([38]). كذلك عرفت المسئولية بأنها " الجزاء المترتب على مخالفة إحدى الواجبات المناطة بالشخص مهما كان مصدر هذا الواجب.

نستنتج مما سبق بأنه مهما اختلفت هذه التعاريف، إلا ان مضمونها واحد يتمحور على أن علة المساءلة دائما هي الفعل الذي يخالف فيه مرتكبة الواجب المكلف به، فالشخص علية احترام وتأدية ما وجب علية تأديته، وإلا فهو مسئول بالضرورة على مخالفته للقاعدة المخاطب بها.

والمسئولية نوعان أدبية وقانونية، فإذا كان هذا المرتكب مخالفاً لقاعدة اخلاقية وصفت مسئولية مرتكب الفعل أنها مسئولية أدبيه لا تتعدى استهجان المجتمع لذلك المسلك المخالف أما إذا كان هذا الفعل مخالفاً لقاعدة قانونية فهي مسئولية قانونية. من هنا يتبين لنا أن المسئولية الأدبية تدخل ضمن دائرة الأخلاق ، في حين تدخل المسئولية القانونية ضمن دائرة القانون الذي تحمل

35) القفطي: أخبار العلماء بأخبار الحكماء ، طبعة الخانجي ص 130

36)د. حسن عكوش: المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، دار الفكر الحديث – القاهرة، ط ٢. ١٩٧٠، ص ١0

37) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني م1 الفعل الضار. ط5. تنقيح حبيب ابراهيم الخليلي ، منشأة لمعارف –الاسكندرية،1992،ص300

38)د. أسماعيل محمد علي: الاعفاء من المسئولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارنا بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية ، سعد سمك للنسخ والطباعة–القاهرة 1996، ص15

التزاماً أو جزاءً قانونياً نتيجة سلوك أو تصرف يرتب عليه القانون اثاراً شرعيه معينه.

وتنقسم المسئولية القانونية الى نوعين هما المسئولية الجنائية: وهي التي تتحقق عندما يرتكب الشخص فعلا يشكل جرماً يعاقب عليه القانون، فتقوم هذه المسؤولية على اعتبار أن هناك ضرراً أصاب المجتمع من جراء ارتكاب هذا الشخص فعلاً يخالف القواعد القانونية العامة التي تنظم شؤون الحياة في المجتمع يترتب على مخالفته لهذه القواعد جزاء جنائي محدد بنصوص القانون.

والمسئولية المدنية هي: إلزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه للغير[39]، وتنقسم إلى نوعين الأولى مسئولية عقدية ([40])، وهي ناتجة عن الاخلال بالتزام يفرضه العقد، والثانية مسئولية تقصيرية تقوم عند الاخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير، أي التي لا تستند إلى عقد بل تستند إلى الإخلال بواجب الحيطة والحذر[41].

وبالنسبة للمسئولية المدنية والجنائية فنجد ان كلا من المسئوليتين لا تتعارض مع الاخرى، فقد ينشا عن الفعل الواحد قيام المسئوليتين المدنية والجنائية فيكون من ارتكب هذا الفعل مسئولاً مسئولية جنائية جزاءها العقوبة ومسئولاً مسئولية مدنية جزاءها التعويض، وقد تنتهي المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية اذا لحق الفعل ضررا بالغير دون ان يدخل ضمن الاعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية[42].

من هنا يمكن القول أن المسئولية المدنية للطبيب تكفي إلزام الطبيب بتعويض الضرر الذي

39) د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول (مصدر الالتزام)، دار النهضة العربية -القاهرة.1989م، ص465

40) كما هي حال مسؤولية الطبيب في فرنسا والمغرب ومصر وبريطانيا

41) ومن خلال ما سبق يتبين لنا ان هناك اهمية للتفرقة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ترجع هذه التفرقة إلى طبيعة كل من المسئوليتين وتكمن اهمية هذه التفرقة فيما يلي: 1. من حيث الاهلية: يشترط لقيام المسئولية العقدية كمال الاهلية لشخص المتعاقد بينما لا يشترط ذلك في المسئولية التقصيرية. 2. من حيث الأعذار ان المطالبة بالتعويض وفق المسئولية العقدية يتطلب توجيه اعذار للمديني بين فيه ضرورة قيام المدين بتعويض الضرر الناجم عن إخلاله بشروط تنفيذ العقد، باستثناء الحالات المنصوص عليها في القانون والاتفاق، اما المسئولية التقصيرية فلا يشترط فيها مثل هذا الاعذار. 3. من حيث مدى التعويض عن الضرر (الضمان): ففي المسئولية العقدية لايسأل المدين الا عن الضرر المباشر والمتوقع وقت ابرام العقد، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم، اما في المسئولية التقصيرية فيسأل المدين عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. 4. من حيث الاختصاصين عقد الاختصاص في المسئولية العقدية للمحكمة التي في دائرتها موطن المدعى عليها والمدعى وأحيانا للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان انعقاد العقد، هذا كله اذا لم يتم الاتفاق على غير ذلك، اما في المسئولية التقصيرية في نعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان وقوع الفعل الضار. 5. من حيث التضامن ان التضامن في المسئولية العقدية لايكون إلا بنص القانون او الاتفاق عليه، بخلاف الامر في المسئولية التقصيرية الذي يفترض فيها التضامن. 6. من حيث نطاق المسئولية عن فعل الغير: يسأل المدين وفقاً للأحكام المسؤولية العقدية عن فعل كل شخص استعان به في تنفيذ الالتزام، اما في المسئولية التقصيرية فلا يسأل الشخص الا عن أفعاله الشخصية باستثناء ما نص عليه القانون، أي ان الاصل في المسئولية التقصيرية انها شخصية الا اذا نص القانون على غير ذلك. 7. من حيث الاعفاء من المسئولية: يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (210) من القانون المدني المصري، في حين ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطلاً وقد نصت عليه المادة (270) من القانون المدني الاردني على ذلك صراحة. وفي حالة اذا توافر فيا لفعل مسؤولية عقدية وتقصيرية فان المسؤولية العقدية تجب المسؤولية التقصيرية. 8. من حيث الاثبات: يقع على الدائن في المسئولية العقدية اثبات العقد، وعلى المدين اثبات انه قام بتنفيذ التزامه او اثبات السبب الاجنبي الذي حال بينه وبين تنفيذه للالتزام المترتب عليه، أما في المسئولية التقصيرية فيقع عبء الاثبات على الدائن (المضرور) فهو الذي يلزم بإثبات خطأ المدين والضرر والعلاقة السببية. 9. من حيث رقابة محكمة التمييز يذهب جانب من الفقه إلى انه ليس لمحكمة التمييز بسط رقابتها على المسئولية العقدية، الناجمة عن إخلال بالتزام عقد يوحجتهم بذلك ان الامر يتعلق بتفسير العقد الذي هو من مسائل الموضوع والتي يختص بها قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة التمييز على ذلك، بينما في المسئولية التقصيرية والتي هي اخلال بالتزام قانوني مفروض على الكافة. فإن محكمة التمييز تراقب القاضي عندما يحكم وذلك وفقا لإحكام هذه المسئولية لأنها مسئولية قانونية. 10. من حيث مرور الزمان المسقط للدعوى: تنقضي دعوى الضمان في المسئولية العقدية بالتقادم الطويل، في حينا ندعوى الضمان في المسئولية التقصيرية ينقضي بمرور 3 سنوات من تاريخ العلم بحدوث الضرر او المسئولية عنه، وفي جميع الاحوال بمرور (15) خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الفعل.

42) د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية ،دار الفكر الجامعي –الاسكندرية.2006م، ص 37

سببه الغيرنتيجة إخلاله بالتزاماته المهنية ، لكن السؤال الذي كان ولا زال يشغل بال الفقهاء في كثير من الأحيان هو : على أي أساس تقوم هذه المسئولية هل على أساس تقصيري أم على أساس تعاقدي ؟وهذا ما سنوضحه في المطالب التالية :

المطلب الأول
طبيعة المسئولية المدنية للطبيب

اختلف الفقهاء في بيان طبيعة المسئولية المدنية للطبيب وفيما إذا كانت مسئولية تقصيرية ام عقدية ، حيث ذهبا رأي في الفقه الى اعتبارها مسئولية تقصيرية على سند من القول أن الاعمال الطبية الفنية لا يمكن أن تكون محل تعاقد لجهل أحد اطراف العقد بها وهو المريض ، كما أن حياة الانسان لا يمكن ان تكون محلاً للتعاقد ، علاوة على ذلك فان التزامات الطبيب تفرضها القوانين واللوائح ولا شأن لإرادة الطبيب والمريض بإنشائها [43].

وقد كان القضاء الفرنسي ونظيره المصري يتبعان هذا التكيف لطبيعة مسئولية الطبيب معتبراها مسئولية تقصيرية [44].

غير أن رأياً ساد في الفقه يذهب الى القول : بأن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية تنشأ عن الاخلال بعقد يبرم بين الطبيب والمريض، كون المريض يجهل الأمور الفنية للأعمال الطبية إلا أنه لا يجهل ما يتعاقد من أجلة وهو المنفعة التي يقدمها له الطبيب ، كما أن العقد لا يكون محلة جسم الانسان ، بل عمل الطبيب والأجر المقابل له وهذا بلا شك محل مشروع ، وكون التزامات الطبيب تحددها القوانين واللوائح فلا يمنع ذلك من وجود العقد ، فكما أن التزامات المتعاقدين منشاءها الارادة فإن الالتزامات القانونية تدخل في دائرة العقد باعتبار ان ارادة المتعاقدين قد ارتضتها ، فمثلما أن التزامات أطراف العقد تتحدد بالاتفاق فهي تتحدد ايضاً بالعرف والقانون والعدالة[45].

وهذا التكيف لمسئولية الطبيب هوما اتجه القضاء الفرنسي الى اعتناقه منذ حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مايو 1936 حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا يعد نقطة تحول في ميدان المسؤولية الطبية، اعتبرت فيه الطبيب مرتبطاً بعقد مع مريضه يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه ولكن أن يقدم له عناية يقظة تقضيها ظروفه الصحية وتكون متطابقة مع الأصول الثابتة لمهنة الطب وما وصل إليه العلم من تقدم. فإذا ما حدث إخلال بهذا الالتزام ، ترتبت عليه مسئولية

43) أ.د حسن الابراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1950م، ص3 وما بعدها. د.وفاء حلمي أبو جميل: الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا ، 1987م، ص18 وما بعدها.

44) نقض فرنسي في 29 نوفمبر 1920م، مشار الية عند د. سهير منتصر: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في 22 يونيو 1936م، المحاماة، س17، ص294.

45) أ.د أحمد محمود سعد ، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين ، دار النهضة العربية 2007م ،ص 221 وما بعدها. د. حسين الابراشي، المرجع السابق، ص41. د. عبد الراضي محمد هاشم : المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1994م ، ص51.

الطبيب ، باعتباره إخلالاً بالتزام عقدي[46].

وفي مصر كان القضاء المصري يعتبر أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية[47] إلى أن اصدرت محكمة النقض المصرية حكما شهيرا لها في 26يونيو1969م ذكرت ان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية ،والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضة بشفائه او بنجاح العملية التي يجريها له ،إلا ان العناية المطلوبة منه تقتضي ان يبذل منه جهود صادقة يقظة تتفق مع الاصول العلمية المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يمكن ان يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسئول[48].

وتم تأكيد الطابع العقدي للمسئولية المدنية للطبيب في القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2001/5/31 – ملف مدني عدد 2000/5/1/1081 حيث جاء في إحدى حيثياته "... وان المسؤولية التعاقدية تلزم الطبيب ببدل عناية لا بتحقيق غاية وانه إلى جانب الخبرة هناك الملف الطبي الذي يجب أن يكون ممسوكا بانتظام لتتبع حالة المريض والوقوف على المرحلة التي تثبت خطأ الطبيب في العلاج ولا يمكنه الاعتراض بدعوى الالتزام بالسر المهني وان عدم مراعاة الملف الطبي للأمر يكون في نطاق الخطأ الشخصي المرتكب عن بينة واختيار وانه بذلك يكون مسؤولا وان الطبيب يلتزم عند إثبات وجود عقد العلاج بتبصير وإخطار المريض بحالته الصحية ..."[49].

ويعتبر القضاء اليمني حديث العهد بقضايا المسئولية الطبية، فلم تكن مسئولية الاطباء مثارة بشكل ملحوظ امام القضاء اليمني إلا في العقدين الاخيرين مما ترتب عليه قلة في احكام المسئولية المدنية للطبيب.

والجدير بالذكر ان المشرع اليمني كغيرة من التشريعات العربية لم يتعرض للمسئولية الطبية بنصوص قاطعه وهذا ما لمسناه في كل التشريعات المتعلقة بمهنة الطب[50]وترك أمر معالجتها للقواعد العامة في المسئولية المدنية تحكم الفعل الضار والخطأ والعلاقة السببية.

ومع ذلك فأن القضاء اليمني أعتبر مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية تطبق بشأنها المواد (304 317-) من القانون المدني اليمني رقم (14) لعام 2002م والذي نظم أحكام المسئولية التقصيرية في الباب الثالث من الكتاب الثاني بعنوان " الاضرار بحقوق الغير وتنشأ عنه المسئولية التقصيرية ، وهذا ما نجده في حكم محكمة شرق تعز في 20 نوفمبر 2007م ، والذي قضت فيه بمسئولية أحد أطباء المستشفيات الخاصة نتيجة خطاء طبي أدى الى وفاة المريض أثناء خضوع

46) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق ،ص136

47) د.محمود حسين منصور، مرجع سابق ص 207

48) نقض مدني في 26 يونيو 1969 م ، مجموعة أحكام النقض – الطعن رقم 111 لسنة 35،ص20-1075

49) قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى المغربي، عدد 2149 -بتاريخ2001/5/31 ملف مدني عدد 2000/5/1/1801، منشور بمجلة الإشعاع،العددالخامسوالعشرون،يونيو2000،ص 171. إلى 176

50) أنظر القانون رقم (28) لسنة 2000م بشـأن إنشاء المجلس الطبي، قانون رقم (26) لسنة 2002م بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية، قانون رقم(60) لسنة 1999م بشأن المنشآت الطبية والصحية الخاصة.

المريض لعملية جراحية ، فأشارت المحكمة صراحة الى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية[51]، وكذألك الحكم الذي قضى بمسئولية احد المستشفيات الخاصة عن اخطاء احد الاطباء على اساس مسئولية المتبوع عن اعمال التابع [52] ، مما يعني خضوع المسئولية لقواعد المسئولية التقصيرية .

نستخلص مما سبق إن القضاء اليمني مازال يعتبر مسئولية الطبيب مسئوليه تقصيرية، نتيجة ما لمسناه من قصور وجمود في التشريعات اليمنية المتعلقة بالنصوص التي تعالج المسئولية عن الأخطاء الطبية ، سواء في قانون العقوبات اليمني أو في أنظمة نقابة الأطباء اليمنيين أو العقوبات التأديبية للمجلس الطبي ، ومع قصور طرق الإثبات المتبعة في تحديد نوعية وحجم الأخطاء وحجم المسئولية عنها تغدو مسألة حماية الحق في الحياة والسلامة الشخصية للمواطن اليمني أمراً بعيد المنال إذا ما استمر الحال على ما هو عليه.

لذا يتوجب علينا ان نشير ونؤكد على أهمية مراجعة هذه القوانين وتعديلها من وقت لآخر لعدم مواكبتها للتطور العلمي والحاجة التي قد تدعو لتغيير كثير منها والإشارة الى تقنية التلقيح الصناعي حيث وان هناك كثير من المراكز الخاصة المتخصصة بذلك ولجوء أكثر من 3000 شخص الى التلقيح الصناعي.

وخلاصة القول: أنه اذا كانت مسئولية الطبيب عند معظم الفقه والقضاء مسئولية عقدية، فإنه من المسلم به وجود حالات تكون فيها المسئولية تقصيرية، كحالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام أو إذا ما باشر الطبيب عمله في ظروف عاجلة لا يتمكن فيها من الحصول على رضا المريض أو من ينوبه ، أو حالة امتناع الطبيب عن العلاج .ولكن يمكن القول أنه في مجال التلقيح الصناعي فإن مسئولية الطبيب أو المستشفى هي مسئولة عقدية تنشأ عن عقد يبرم بين الطبيب أو المستشفى والزوجين ويتم مثل هذا العمل الطبي في ظروف عادية لا تستدعي التدخل العاجل بل وبعد تروي وعمق تفكير بحيث يكون تحصيل رضا أطراف العلاقة ممكناً دائماً ، ولان كانت تتم عمليات التلقيح في بعض الاحيان في مستشفيات عامة، فأنها تتم وفق عقود خاضعة للقانون الخاص ، لأن مثل هذه العمليات ليست من الخدمات المقدمة للجمهور بوجه عام والتي تخضع للقوانين واللوائح.

ولكن يبقى السؤال بشأن الطفل المولود من عملية التلقيح الصناعي وهل يجوز أن تباشر باسمه دعوى المسئولية العقدية تجاه الطبيب مع انه لم يكن طرفاً في العقد المبرم مع الطبيب؟

لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا السؤال بالإيجاب، ومنحت الطفل حق مباشرة دعوى المسئولية العقدية[53]، ويبدو لنا أنها طبقت قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في هذه الحالة.

51) محكمة شرق تعز الابتدائية في 20 نوفمبر 2007 في الدعوى الجزائية رقم (59) حيث كان الحكم فيها " ولما كان الطبيب المذكور قد اجرى الجراحة التي ترتب عليها وفاة المريض ... ولمجموع ماسبق بيانه من حيثيات وأسباب سالفة وعملا بأحكام الشريعة الاسلامية والمواد 304، 305، 312، 313 من القانون المدني ، يلزم الطبيب المذكور بتعويض مقدراه..

52) محكمة شرق الامانة الابتدائية في 12مارس 2008م ، في القضية رقم(117 لسنة 1428ه (غير منشور) ، د. أنور يوسف حسين عبدالكريم –ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانونيين المصري واليمني – رسالة دكتوراه- جامعة اسيوط، 2012، ص22 .

53) نقض مدني فرنسي في 17 نوفمبر 2000م مشار اليه عند د. محمد سعد خليفة المسئولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دراسة لحق الجنين في التعويض، دار النهضة العربية2003م، ص55.

وهذا هو الرأي الصواب من وجهة نظرنا.

المطلب الثاني
أركان المسئولية المدنية للطبيب في التلقيح الصناعي

تمهيد:

لكي تتحقق المسئولية الطبية لابد من توافر ثلاثة عناصر مجتمعه تشكل في مجموعها أركان المسئولية الطبية وهي: خطأ الطبيب وكذا الضرر الواقع للمريض من جراء ذلك الخطأ، ثم قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر الواقع للمريض، وسنبينها بإيجاز في الفروع الاتية:

الفرع الأول: الخطأ الطبي
أولاً: تعريف الخطأ الطبي

الخطأ هو الاساس الذي تقوم عليه المسئولية المدنية في أصلها العام، فمبدأ آلا مسئولية بدون خطأ يعد مبدآ راسخاً وقانوناً في المسئولية ،ومن تم كأن الخطأ الاساس الذي تنهض علية مسئولية الطبيب سواء اعتبرنا مسئوليته عقدية أم تقصيرية ، ولكن ما هو خطأ الطبيب؟

إزاء خلو التشريعات الطبية من نص يقرر مسئولية الاطباء عن اخطائهم وبالتالي عدم تعريف المشرع للخطأ الطبي فقد تعددت التعريفات لمفهوم الخطأ الطبي. حيث عرفه بعض الفقهاء بأنه " أخلال بواجب سابق كان بالإمكان العلم به ومراعاته"[54]ويذهب رأي أخر الى تعريفه بأنه «انحراف الطبيب عن السلوك الطبي العادي والمألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصّر إلى درجة يُهمل معها الاهتمام بمريضه [55] ، كما ذهب بعض الفقه الى تعريف الخطأ الطبي بأنه : تصرف الشخص تصرفا لا يتفق والحيطة التي تقضي بها الحياة ألاجتماعية[56].

ويتبيّن لنا من خلال التعاريف السابقة أن الخطأ عيب يشوب مسلك الانسان لا يأتيه رجل عاقل متبصر أحاطت به ذات الظروف الخارجية التي احاطت بالمسئول عن الخطأ، وبالتالي يمكن القول أن الخطأ الطبي يقوم على توافر مجموعة من العناصر تتمثل بعدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب، والإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وإغفال بذل العناية التي كان باستطاعة الطبيب فعلها.

ولما كان خطأ الطبيب مرتبطا بمضمون التزامه فأن المستقر عليه فقهاً وقضاء التزام الطبيب التزام ببدل عناية وليس بتحقيق نتيجة تكمن في عنصر الاحتمال المهيمن على نتائج العمل الطبي

54 - د. عبدالسلام التونجي: المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، القاهرة،1966،ص257

55) د. شرف الدين محمود: المسؤولية التقصيرية للأطباء، ...

56) د. محمد مصطفى القللي: المسئولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الاول –القاهرة،1948،ص 211

من حيث كون هذه النتائج تخرج عن سيطرة الطبيب فلا يستطيع التحكم بها وفقا للأصول العلمية المستقرة ([57])، ومن ثم يقال إن الطبيب يعالج والله هو الشافي، فضلا عن ذلك فأن كثير من الاعمال الطبية لازالت في دائرة القصور بحيث لا يمكن توقع نتائجها بصورة قاطعة [58].

لقد سبقت الشريعة الإسلامية كل التشريعات الحديثة في إرساء قواعد المسؤولية الطبية بما يكفل حماية الطبيب ويحفظ حقوق المريض ويشجع على تطوير المنهج العلمي للمهمة الطبية.

وما يقال في التزام الطبيب في العمل الطبي بوجه عام يقال أيضاً بالنسبة لعمليات التلقيح الصناعي فالطبيب لا يلتزم بنجاح مثل هذه العملية ،بل يقتصر عمله على بدل العناية اللازمة وفقا للأصول العلمية الثابتة[59]، فإذا فشلت العملية أو نتج عنها جنينا مشوهاً، أو تعددت الأجنة ، كل ذلك لا يجعل الطبيب مسئولاً الا إذا ثبت تقصيره بأنه لم يقم بالفحوصات اللازمة قبل اجراء العملية أو أن العملية تمت خلافاً لما تقتضيه الاصول الطبية في إجرائها.

وإذا كان خطأ الطبيب يتمثل في عدم بدل العناية اللازمة عند مباشرته للعمل الطبي أو في العناية اللاحقة بالمريض فإن المعيار الذي يقدر به خطأ الطبيب هو معيار موضوعي يتمثل في سلوك الطبيب العادي ، مع الأخذ بعين الاعتبار التخصص العلمي للطبيب والظروف الخارجية التي أحاطت به أثناء قيامة بالعمل الطبي ، بحيث يعد الطبيب مخطئا إذا لم يبذل العناية التي كانت باستطاعة الطبيب العادي في نفس مستواه المهني وظروفه ان يبذلها ، فلا يؤخذ بعين الاعتبار الظروف الذاتية للطبيب المدعي عليه كالسن أو الحالة الذهنية ونحوهما فمثل هذه الظروف لا تؤخذ بالحسبان عند تقدير الخطأ [60].

والطبيب يسأل عن جميع اخطائه سواء كانت اخطاء فنية أم عادية ، وسواء كانت الاخطاء يسيرة أم جسيمة ، فلم يعد هناك قبولا للرأي الذي كان يذهب الى قصر مسئولية الطبيب بالنسبة لعمله الفني على الاخطاء الجسيمة دون اليسيرة[61]، فهذا الرأي أصبح مهجوراً ، فغدا المستقر عليه أن الطبيب يسأل عن جميع أخطائه أياً كانت صفتها بشرط ثبوت الخطأ في جهته ثبوتاً قطعياً لا احتمالياً .

57) د. عبد الرشيد مأمون: المرجع السابق، ص59

58) والقول بأن التزام الطبيب التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة أنما يمثل الاصل العام الذي لا يمنع أن يكون التزام الطبيب التزام بنتيجة، فالطبيب يلتزم بنتيجة مفادها سلامة المريض من الاضرار الخارجة عن العمل الطبي بمنعته الفني، كالأضرار الناتجة عن استخدام الاجهزة والادوات المعيبة ويلتزم ايضاً بنتيجة في مجال نقل الدم وعمل التركيبات الصناعية الطبية

59) د. على حسين نجيده: بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية، التلقيح الصناعي وتغير الجنس، 1990م،ص 42.

60) د. أحمد شعبان طه: فكرة الخطأ المهني وصورة في نطاق المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2009م،ص 139..وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها:"أن واجب الطبيب في بذل العناية مناطة ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعملة مع مراعاة تقاليد المهنة والاصول العلمية الثابتة، وبصرف النظر عن المسائل التي أختلف فيها أهل المهنة.."، نقض مصري في 22مارس 1966م.

61) حيث وجد اتجاه في الفقه يفرق بين الخطأ العادي والخطأ الفني للطبيب، فالأول ينشأ عن أخلال الطبيب بواجب الحيطة والحذر الذي يقع على كافة الناس فيسأل الطبيب عن هذا الخطأ أيا كانت درجته، أما الخطأ الفني فيتمثل في أخلال الطبيب بالأصول العلمية الطبية ،ومثل هذا الخطأ لا يسأل عنه الطبيب الا اذا بلغ درجه من الجسامة .انظر د. سليمان مرقس: مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى، بحث في مجلة القانون والاقتصاد، س7،1937،ص 157

كما لا يعفى الطبيب من المسئولية عند إجراء عمليات التلقيح الخارجي في أماكن غير مرخص لها، فقد اتجهت أغلب الدول إلى تحديد مستشفيات أو مراكز طبية أو عيادات متخصصة بأطفال الأنابيب وذلك لكي يتسنى للجهات المسئولة مراقبة التنفيذ في كافة مراحله.

فقد توعّدت دائرة الصحة والخدمات الطبية في دبي بعقوبات للمخالفين لقرار حظر إجراء عمليات الإخصاب خارج الرحم "أطفال الأنابيب" في المستشفيات والمراكز الصحية والعيادات الخاصة ، "خوفًا من اختلاط الأنساب وذلك نتيجة التلاعب في البويضات الملقّحة ، والمتاجرة فيها ،أو إجراء أبحاث عليها أو تعرّضها للخطأ الطبي وتعتبر الطبيب الذي يخالف القرار قد ارتكب مخالفة كبرى ، ما يستوجب توقيع عقوبات مشدّدة عليه بسحب ترخيص مزاولة المهنة ،ومنعه من العمل نهائيًا في الإمارة ، ووضع اسمه في القائمة السوداء لمنعه من العمل في الدولة ،مضيفًا أن المنشأة التي يعمل فيها الطبيب المخالف سيتم إغلاقها ، لمخالفتها قرار الحظر ،كما وأصدرت بذلك تعميمًا موجّهًا للقطاع الطبي الخاص.

وتعد هذه الخطوة جدا مهمة لمنع انتشار تفشي تقنية الاخصاب خارج الرحم في القطاع الخاص وتأخذ طابع تجاري بحث ونحن بدورنا نؤكد على التشديد على ذلك في ادأب وقوانين مهنة الطب وان تشدد على عقوبة مرتكبيها ، ولكن يجب الاشارة اليه بأنه للأسف لا تمتلك المستشفيات الحكومية في اليمن امكانيات متاحة لتنفيذ هذه العمليات واقتصرت على القطاع الخاص. وهذا اكبر خطأ من قبل الدولة ترك المجال فقط للقطاع اللخاص التفرد بهذه العمليات.

ثانياً : صور الخطأ الطبي

تتعدد الاخطاء التي تقع من الطبيب فمنها ما يتعلق بالعمل الفني ، ومنها مالا يتعلق به ولكن تفرضه اخلاقيات المهنة ومبدأ الثقة المفترض في العلاقة بين الطبيب ومريضه ، ومن هذه الاخطاء :

1 - انعدام الرضاء بالعمل الطبي:

يعد الرضا بالعمل الطبي من قبل المريض شرطاً لمشروعية هذا العمل ، فإذا باشر الطبيب العمل الطبي على جسم المريض دون سبق الحصول على موافقة الأخير كان مثل هذا العمل غير مشروع ويضع الطبيب تحت طائلة المسئولية ، ومن هنا ينبغي على الطبيب قبل اجراء العمل الطبي في غير حالات الاستعجال أو الضرورة أن يحصل على رضا المريض أو من ينوبه قانوناً. لهذا تتطلب المراكز المتخصصة بإجراء التلقيح الصناعي ضرورة موافقة الزوج والزوجة على هذه العملية موافقة صريحة ومكتوبة فموافقة الزوجة تخضع لمقتضيات ممارسة مهنة الطب ، وموافقة الزوج تخضع للقواعد العامة[62]. كما ان من مصلحة الحمل أن يكون هذا الشرط متوفرا .[63] فإذا امتنعا كلاهما أو احدهما لا يجوز للطبيب اكراههما على ذلك ، أو اتباع طرق احتيالية لإجراء العملية ، فالطبيب

62) د. عبد الرشيد مامون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، ص45 وما بعدها طبعة دار النهضة العربية ، د.محمد المرسي زهرة : الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،ص45

63) لقد بين أحكام القانون المصري في شأن المسئولية الطبية في المادة (10) بأنه "لايجوز إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها، إلا من الزوجين وبناءً على موافقتها على ذلك كتابة وبشرط أن يكون ذلك أثناء قيام الزواج الشرعي بينهما"

يعد مخطئاً إذا أوهم الزوج أنه إنما يأخذ عينه من حيواناته المنوية لإجراء الفحص عليها ثم يلقح الزوجة بها ، وكذلك الحال فيما إذا قام الطبيب بتلقيح الزوجة وهي تحت تأثير التخدير أو أوهمها بأنه إنما يجري لها عملية استكشافية. فهنا يمكن أن يسأل الطبيب باعتباره فاعلا أصليا عن (جريمة هتك العرض بالقوة) حيث يكفي لقيامها ملامسة عورة شخص أو الكشف عنها رغما وبدون رضاها وبذلك يتوفر الركن المادي لتلك الجريمة.

من جانبنا نشدد على أن هذا الشرط يجب أن ينطوي بنص قانوني تضمنه قوانين المهن الطبية في اليمن.

2 - انعدام التبصير:

لا يكفي وجود الرضا بالعمل الطبي بل لابد أن يكون هذا الرضا مستنيراً ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أحاط الطبيب المريض بكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وطبيعة العمل الطبي المزمع اجراؤه وبدائله ومخاطرة ، ومن ثم يعد الطبيب مخطئا إذا أهمل في إعطاء المعلومات للمريض ، أو زوده بمعلومات مضللة بغية جرة الى قبول الخضوع للعمل الطبي.[64]

وعلى ذلك فالطبيب في مجال التلقيح الصناعي ينبغي عليه إعطاء المعلومات الكافية للزوجين عن وضعهما الصحي من حيث أهمية عملية التلقيح وإمكانية الاستعاضة عنها بعمل أخر وكذلك الجوانب المتعلقة بهذه العملية من حيث نجاحها أو فشلها ومخاطرها أن وجدت فإن هو اخفى هذه المعلومات أو بعضها عد مخطئا.

3 -الخطأ في التشخيص:

التشخيص مرحلة تسبق مراحل العلاج، وهي أدق وأهم من المراحل الأخرى، ففيها يحاول الطبيب معرفة ماهية المرض ودرجة خطورته وتطوره وبناء على ذلك تتكون لديه معطيات يقرر على ضوئها ما يجب القيام به وهذا لا يتوفر لديه إلا بعد القيام بإجراءات من شأنها إبعاد الخطأ كالتحاليل وتصوير الأشعة والاستعانة بالأطباء الآخرين ذوي الاختصاص. فإذا ثبت أنه تسرع في وصف المرض وفحص المريض بصورة سطحية كان مسئولا عما يحدث عن ذلك من عواقب وخيمة ولا يعفى من المسئولية إلا إذا كانت الأعراض متداخلة ومعقدة بحيث يخطئ في تحديد أسبابها أي طبيب من نفس المستوى.

ففي مجال التلقيح الصناعي يعد الطبيب مخطئا إذا لم يجر الفحوصات اللازمة والكافية للزوجين والتي على ضوئها يمكن أن يقرر ضرورة اجراء عملية التلقيح من عدمه وإمكانية نجاح هذه العملية، ولذلك إذا أغفل اجراء الفحوصات التي يستخلص منها مخاطر اجراء العملية والأمراض الوراثية أو الغيروراثية التي يمكن أن تصيب المولود وما إلى ذلك وأثبت انه كان يستطيع تفادي ذلك

64) حيث تنص المادة (22) من قانون مزاولة المهنة الطبي اليمني على أنه"يجب الحصول على موافقة المريض أو ولي أمرة قبل أجراء أي تدخل طبي، الا في الحالات الطارئة".

وأهمل حقت علية المسئولية الجنائية او المدنية حسب الأحوال [65].

4 -الخطأ في العلاج:

بعد التشخيص تأتي مرحلة العلاج وكيفيته. فالطبيب في هذه المرحلة غير مجبر بتحقيق نتيجة ولكنه ملزم ببذل عناية الطبيب اليقظ الذي يحرص على مصلحة المريض فيبعد عنه ما يضره قدر إلا مكان وفقا للأصول العلمية الثابتة وما توصل اليه العلم. فيختار ما يراه مناسبا. فإذا وصف دواء غير مناسب للمريض أو أخطأ في تقدير جرعته وترتبت عن ذلك أضرار كان مسئولا عنها. وله أن يوازن بين أخطار العلاج وأخطار المرض ويمنع عليه العلاج بقصد التجارب العلمية فلا تجوز المغامرة في جسم المريض.

فإذا ما وازن الطبيب بين مخاطر أجراء عملية التلقيح الصناعي وفائدتها ووجد أنها لا تهدد حياة الزوجة أو لا ينتج عنها طفل مشوه أو مريض بعاهة وقرر اجرائها بعد موافقة الزوجين فإنه ينبغي أن يتخذ كافة الوسائل اللازمة لإجراء مثل هذه العملية والتي تقتضيها الاصول العلمية وان تكون لديه الامكانيات المادية والعلمية لإجرائها بالطرق العلمية السليمة.

ولا يتوقف الأمر عند الاصول العلمية بل أيضاً ينبغي على الطبيب إتباع واجب الحيطة والحذر وما تقتضيه الأمانة في هذه المرحلة وخصوصاً عند حفظ البويضات أو السائل المنوي ونقلها ، حيث ينبغي على الطبيب حماية البويضات الملقحة والمحافظة عليها من الاختلاط او الاستبدال بغيرها كأن يقوم بخلط انبوب يحتوي على حيوانات منوية مع أنبوب اخر يحتوي على بويضات تعود لامرأة اخرى ليست زوجته أو بالعكس وذلك عند قيامه بالتلقيح الخارجي فإذا تعمد ذلك او اهمل في المحافظة عليها وأدى ذلك الى الخلط فيعتبر الطبيب مسئولا عن ذلك لما يمكن ان يحقق اضرار صحية واجتماعية ومخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية وعلى ضوء ذلك لا يعفى الطبيب او مساعدة من المسائلة.

ولا يتوقف الامر عند اجراء الطبيب للعملية بل عليه متابعة الحالة الى أن يولد الجنين ، فإذا أهمل في اجراء الفحوصات للأم اثناء الحمل أو أمتنع عن مواصلة الاشراف على عملية الحمل ونتج عن ذلك مخاطر على حياة الأم أو الجنين ، عد الطبيب مسئولا عن ذلك.

5 -إفشاء اسرار المريض:

من الالتزامات التي تقع على الطبيب عدم إفشاء اسرار مريضه التي وصلت الى علمه بحكم مهنته[66]، سواء علم بها من المريض نفسه أو استنتجها الطبيب من تلقاء نفسه أثناء خضوع المريض للعمل الطبي.

ومن تم يعد الطبيب مخطئا إذ هو أفشى سر من اسرار مريضه في غير الحالات التي اباح له

65) د.عبدالوهاب عرفة ، مصدر سابق، ص99

66)المادة (23) من قانون مزاولة المهن الطبية اليمني ، كذلك المادة(258) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

القانون ذلك ، ومن حالات الإباحة رضاء المريض بالإفشاء والإبلاغ عن الجرائم والإدلاء بالشهادة أو دفاع الطبيب عن نفسه امام القضاء [67].

نستخلص مما ذكر أن انحراف الطبيب عن الحدود الطبيعية لرسالته المهنية التي أمنه عليها القانون واللوائح والتشريعات الطبية تعد سبباً لفقدان الحصانة التي تمنحها إياه تلك الرسالة، وبالتالي فان إخلال الطبيب في تنفيذ هذا الالتزام تجاه مريضه يجعله عرضة للمسائلة عن ذلك الإخلال.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ، مما يعني أن الخطأ إذا لم يترتب عنه ضرر فانه لا مجال لإعمال قواعد المسئولية المدنية، وبعد التأكد من خطأ الطبيب يتم تحديد الأضرار التي أصابت الزوجة والزوج سواء كانت بوفاة الزوجة او بعقمها، او بإصابتها بأمراض معدية ناتجة عن التلقيح، وكذلك عن الأضرار المادية التي تكبدتها والآلام النفسية والجسدية التي أصابتها بالإضافة الى تعويض الزوجين عن تفويت فرصة الإنجاب.

نستخلص مما سبق أن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة لخطأ الطبيب يمكن أن تكون مادية كالمساس بصحة الإنسان وسلامته الجسدية كلما ترتب عنها خسارة مالية كالإصابة التي تجعل الشخص عاجزا كليا أو جزئيا عن الكسب أو التي تكبله نفقات علاجية باهظة[68]، وأدبية أو معنوية مثل الاضرار الذي تلحق الشخص في كرامته أو شرفه أو قيمته الأخلاقية، ويعد افشاء السر الطبي من قبل الطبيب أو مركز زرع الاجنة بالخاضعين لعمليات التلقيح الصناعي من الاضرار المعنوية التي تلحق بالمريض.

ولا تقع المسئولية قانونا إلا على الاضرار المباشرة فقط فلا يسأل الطبيب عن الاضرار غير المباشرة الناتجة عن خطئه سواء كان ذلك في المسئولية العقدية أم في المسئولية التقصيرية

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لتحقق المسئولية العقدية أن يكون هناك خطأ من الطبيب وضرر للمريض وإنما يلزم أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في وقوع هذا الضرر وإلا انعدمت المسئولية المدنية[69].

إثبات أركان المسئولية:

الأصل أن مدعي التعويض يجب أن يثبت أركان المسئولية جميعاً بما فيها خطأ الطبيب

67)المادة(23) من قانون مزاولة المهن الطبية اليمني

68) صبري محمود الراعي ورضا السيد عبد العاطي: المرجع السابق، ص 211

69) عبد القادر العرعاري: المرجع السابق، ص 47

والضرر ورابطة السببية وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ1946/1/29بقوله "... ويشكل الإخلال الخاطئ والضار بهذا الالتزام سببا لمسئوليته التعاقدية التي يتعين على المريض الذي يدعي سوء تنفيذ الطبيب لالتزامه، أن يثبت الفعل الضار الذي ينسبه إليه وكذا الضرر الذي لحق به ([70])

فما دام التزام الطبيب تقتصر على الالتزام بوسيلة أو بذل عناية ، فيكون على المريض الذي يدعي خطأ الطبيب أن يثبت الضرر الذي أصابه من جراء الخطأ الذي ارتكبه الطبيب ،و إثبات وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر والواقع أنه غالبا يسهل اثبات هذه الرابطة عن طريق القرائن إذ غالبا ما تكون هذه الأخيرة واضحة وذلك بكافة طرق الاثبات ،وتبقى للقضاء السلطة التقديرية الكاملة لاستخلاص الخطأ ، وغالبا ما يعمد إلى الاستعانة بالخبراء ،مادام الأمر يتعلق بمسائل فنية. إلا أنه لا يوجد ما يمنع المدعى عليه من دفع مسؤوليته بأن يهدم هذه القرائن عن طريق إثبات انعدام العلاقة السببية بين خطئه والضرر الذي لحق المصاب كأن يثبت أن الضرر ناتج عن سبب أجنبي عنه.

وإذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق المريض إلا أن هناك حالات استثنائية لا يلزم فيها المريض بإثبات الخطأ الذي يكون مفترضا بقوة القانون ويتحقق هذا في حالتين:

- كلما كان الطبيب ملتزما بضمان سلامة المريض أي متحملا بنتيجة ففي هذه الحالة يكون الخطأ مفترضا من جانب الطبيب بمجرد وقوع الضرر.
- متى كان الطبيب مسئولا عن فعل الشيء ويتحقق ذلك في حالة كون المسئولية تقصيرية.

الـخاتمــة

من خلال دراستنا لهدا الجانب رأينا ان التلقيح الصناعي كان محل تنظيم واسع من قبل التشريعات الغربية والمؤتمرات القانونية والطبية والدولية ، وعلى العكس من التشريعات في العالمين العربي والإسلامي ، اذ جاءت خالية من الاشارة الى هذا الموضوع باستثناء ما ورد في القانون الليبي والجزائري .

أولاً: النتائج:

وعلى ضوء كل ما سبق التطرق إليه يمكن القول أنه لن يعجز أي شخص عن الموازنة بين مساوئ و أضرار التلقيح الاصطناعي ومنافعه إذ تقريبا يمكن حصر هذه الأخيرة في تحقيق حلم الأمومة أو الأبوة إذا أراد الله نجاحها ، إذ يصبح المصابين بمرض العقم هدفا سهلا لعمليات النصب و الاحتيال خاصة و إن كانوا لا يهتمون بالجانب المادي ، ففي ظل غياب الرقابة على استعمال هذه التقنية ستعم

70) قضية تصدى فيها القضاء العصري المغربي لتقع يد مجموع الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الطبية، الأمر يتعلق بقضية السيدة (Garnier) ضد الدكتور (Comte) حيث أصيبت تلك السيدة بقرحة معدية (ulcèredudénal) وعندما ذهبت عند طبيبها واستشارته وصف لها العلاج بالأشعة بواسطة آلة الأشعة مما ترتب عنه نوع من الالتهاب الحاد من نوع Radioscopiques فطالبته بالتعويض قضائيا أمام المحكمة.

الفوضى نظرا لثقافة المجتمع اليمني و الضغوطات الاجتماعية و النفسية التي تمارس على العاجز عن الإنجاب بصفة عامة ، و على المرأة بصفة خاصة ، بل قد يصل اليأس بالمريض إلى درجة عدم احترام الشروط المتفق عليها شرعا و قانونا بالتنسيق مع الطبيب لاسيما و أن هذه العمليات تجري في عيادات خاصة.

- إن الإنجاب الصناعي بين زوجين حال قيام رابطة الزوجية حقيقةً أمر مباح شرعاً، بشرط أن تراعى ضوابطه والتي من أهمها : أن يكون بناء على تقرير طبي صادر من ثلاثة أطباء متخصصين في أمراض النساء يفيد بأن الزوجة لا يمكنها الحمل إلاّ بهذه الطريقة، وأن تتم العملية بين زوجين وأثناء قيام الحياة الزوجية، وأن يحصل الطبيب على موافقة كتابية من الزوجين.
- إن اباحة التلقيح الصناعي بين الزوجين والرضا به لا يعفي الطبيب من المسئولية ، فالطبيب وإن كان لا يلتزم بنتيجة هي نجاح هذه العملية إلا انه يكون مسئولاً اذا ثبت مخالفته الاصول العلمية الثابتة في اجرائها ، أو عدم مراعاة واجب الحيطة والحذر في ذلك.
- أن الامر الذي يمثل إشكالية كبرى في اليمن هو عدم تمكن المستشفيات الحكومية من اجراء تلك العمليات بالإضافة الى عدم وجود قانون ينظّم عمليّة التلقيح الاصطناعي وغياب دور الدولة في الرقابة على مراكز التلقيح الخاصة.

ثانياً : التوصيات:

- نخلص مما تقدم الى ضرورة تبني إصدار قانون خاص وواضح في اليمن يتضمن المسئولية الجزائية الطبية بشكل عام ويفرد في هذا القانون فصل خاص بتنظيم عمليات التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ، يهدف لبيان مدى شرعية هذه العمليات والشروط الواجب توافرها بها حتى يكون الطفل الناتج عن هذه العمليات ابناً شرعياً . فلا يجوز اللجوء لهذه العمليات إلا إذا توافرت عدة شروط وهي أن يثبت بناء علي تقرير طبي صادر من ثلاثة أطباء مسلمين متخصصين في أمراض النساء وأطفال الأنابيب بأن الزوجة لا يمكنها الحمل إلا بهذه الطريقة ،وان يحصل الطبيب علي موافقة كتابية من الزوجين بعد تبصيرهما بكافة المخاطر المحتملة للعملية ونسب نجاحها.
- ضرورة تضمين نصوص قانونية تمنع زرع أكثر من لقيحيتين أو ثلاث في رحم الزوجة، مع التشديد على منع الاحتفاظ بمني الزوج وبويضات الزوجة منعاً باتاً، وعلى أتلاف والتخلص من الأجنة الزائدة عن طريق تركها دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي. ،وهو ما انتهى إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته السادسة بجدة في شهر مارس 1990م .كما لا يسمح بقيام ما يسمى ببنوك المني لأي سبب من الاسباب ،حيث يؤدي هذا إلى احتمالات وجود الخطأ بدون شك، حتى ولو كانت واحداً في الألف ، أن احتمالات وجود الخطأ موجودة مهما كتب عليها الاسم لأن الاسم أحيانا يكتب خطأ. واستندنا في ذلك الى رأي د. محمد

البار([71]).

- تضمين مواد في نصوص القانون تشدد على منع التعامل مطلقا مع الجينات التي تتم بغرض التحكم في جنس الجنين أو بغرض تغيير صفاته الوراثية أو تحسين النسل ، وذلك لأنه مع الوقت والزمن قد ينقلب المجتمع الي ذكوري لرغبة الكثيرين في إنجاب الذكور، مما سيفتح الأبواب لكثير من الأضرار مقابل مكسب بسيط ، كما يحظر التعامل مع الجينات بهدف تغيير صفات الجنين الوراثية.
- حظر كافة أنواع التلقيح الصناعي او الاخصاب الخارجي الذي يتم عن طريق الاستعانة بنطفة متبرع او بويضة امرأة غير الزوجة ، والطفل الذي يولد من خلال هذا الطريق يعتبر طفلا غير شرعي .
- حظر كافة عمليات الإخصاب الخارجي في الانابيب التي تتم بين بويضة الزوجة ونطفة الزوج ، ثم يُعَاد فيها البويضة المخصبة منهما ، لتزرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة (يسمى الرحم المستأجر) وهي تجارة منتشرة في كثير من دول العالم يلجأ إليها البعض كوسيلة للتكسب في مواجهة الفقر وهو ما نخشى منه ان يقوم بعض الازواج بإجبار زوجته علي تأجير رحمها للتكسب ، وهو ما يتسبب في مشاكل عديدة ، فضلا عن أنه مع مرور الزمن قد يصبح هذا الامر نوعا من الوجاهة الاجتماعية فتقوم السيدات الثريات بتأجير أرحام الفقيرات لتريح نفسها من عناء الحمل او تجنبا لزيادة الوزن.
- نوصي بضرورة تقيد هذه العمليات في سجلات خاصة تثبت فيها شخصية كل من الزوجين وكافة البيانات الخاصة بهما وموافقتهما علي إجراء هذه العملية ، ومضمون التقارير الطبية التي توضح الضرورة الملجئة إليها ، علي أن يتم حفظ هذه السجلات حماية لأطرافها ولاسيما عند الخلاف حول اي شرط من شروطها.
- إجراء عمليات التلقيح الصناعي الداخليفي المستشفيات والمراكز الطبية، على ان يرخص بها وزير الصحة وفقا لشروط توضح فى اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وبالنسبة للتلقيح الخارجي فيمنع أجراء هذه العمليات الا في المستشفيات الحكومية وبكادر مسلم .مع تضمين نصوص ذات عقوبات مشدده بالنسبة للمخالفين لهذه الشروط وكل من يخالف أحكام هذا القانون.
- إنشاء هيئة خاصة يكون لها سلطة ومهام تنظيمية وإشرافيه ، تختص بالإخصاب المساعد كوسيلة فاعلة وناجحة في حالات العقم ، تكون مهمتها تنظيم عملية الترخيص للجهات التي تقوم بهذه العمليات ومراقبة الأداء بها ومتابعة التطور في هذا المجال وإجراء الأبحاث العلمية.
- في ضوء غياب قانون للمساءلة عن الاخطاء الطبية وعدم تناول قانون الاطباء أي نصوص يتم الاحتكام إليها لتعويض الناس عن الأضرار التي تلحق بهم ، نشدد على انشاء مرجعية طبية قانونية متخصصة في متابعة قضايا الأخطاء الطبية.

71) أنظر رد الدكتور محمد علي البار على سؤال رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهامشية من 8 إلى 13 صفر 1407 هـ / 11 إلى 16 أكتوبر 1986م حول مسألة حدوث الخطأ بالعينات ومسألة بقاء النطف أو الاحتمال، وهل هذان الأمران يحتملان كذلك في التلقيح الداخلي أو لا يكونان إلا في التلقيح الخارجي؟

- تفعيل قانون المجلس الطبي الذي وافق عليه مجلس النواب عام 2000م والذي مضى عليه خمسة عشرة سنه دون ان يفعل ، ومن مهامه الوقوف امام الاخطاء الطبية ، ونأمل في أن المجلس الطبي المشكل يؤدي مهامه في تتبع الأخطاء الطبية ومحاسبة مرتكبيها والعمل على تطوير المهن الطبية.

المـراجـــع

أ: كتب التفسير: -

1. الإمام أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي: تفسير القران العظيم، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، يدون طبعه ،1998م1419-ه.
2. أ. د-وهبه الزحيلي: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، الطبعة الاولى، دار الفكر، دمشق ،1418هـ 1998-م.
3. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري المسمى (جامع البيان في تأويل القران)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية بيروت، 1418هـ 1997-م
4. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، للعلامة محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
5. محمد رشيد رضاء: تفسير القران الحكيم المشهور بتفسير (المنار)، الجزء الثاني، بدون طبعه ودار نشر.

ب: كتب الحديث:

1. صحيح الإمام مسلم مع الشرح: طبعة دار الفكر –بيروت-لبنان
2. محمد بن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري.
3. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل – تأليف محمد ناصر الدين الألباني -المجلد السادس – المكتب الإسلامي الطبعة الثانية 1405-1985م.
4. صحيح سنن الترمذي: تأليف محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.
5. صحيح سنن أبي داؤود: تأليف محمد ناصر الدين الألباني دار المعارف.

ج: كتب اللغة:

1. مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مطبعة دار الفيحاء والمنهل ، دمشق.
2. لسان العرب: المؤرخ المسلم أبو الفضل جمال الدين (ابن منظور) محمد بن مكرم الأنصاري الرُوَيفعي الإفريقي من نسل رويفع بن ثابت الأنصاري
3. مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز – وزارة التربية والتعليم -مصر، رقم الطبعة غير معروف ، 1994م.
4. ابن أنيس: المعجم الوسيط: الجزء الثاني، الطبعة الثانية.

د- × كتب الفقه

1. الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة ألشرعية والآراء المذهبة، واهم النظريات الفقهية الجزء العاشر تأليفا لأستاذ الدكتور وهبه الزحيلي دار الفكر المعاصر رقم الطبعة 1418-1997م
2. الممتع في شرح المقنع الجزء الرابع لطيف زين الدين المنجيالتنوخي الحنبلي الطبعة 1418-1997 دار خضر للطباعة بيروت لبنان.
3. المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الدمشقي الصالحي الحنبلي المتوفى سنه 620 هجرية الجزء التاسع دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.
4. لطائف المعارف فيما لمواسم العام من الوظائف المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ) الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر الطبعة: الأولى، 1424هـ/2004م.
5. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار عن أحاديث سيد الأخيار –تأليف الأمام محمد بن على الشوكاني -الجزء الخامس –دار بن الهيثم القاهرة –بدون طبعة –تسجيل الإيداع للطبعة 2004م.
6. الشرح الممتع على زاد المستقنع – تأليف الشيخ محمد بن صالح العثيمين –المجلد الخامس- مركز فجر للطباعة – المكتبة الإسلامية في القاهرة __إيداع الطبعة ب 2002م.
7. فقه الكتاب والسنة دراسة مستفيضة تتناول كل أبواب الفقه على مختلف المذاهب والآراء والتعرض لعامة القضايا الفكرية في ضوء الإسلام بأسلوب موضوعي معاصر-أعده أبو مالك كمال بن السيد سالم – المجلد الثالث – المكتبة التوفيقية القاهرة مصر __الطبعة بدون __ إيداعه كان ب 2003م.
8. فقه السنة – للسيد سابق-دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة القاهرة مصر –الطبعة الأولى 1419-1999م.
9. المتناثر من الحديث المتواتر: محمد بن جعفر الكتاني أبو عبد الله، دار الكتب السلفية، الطبعة الثانية.
10. شرح الإلمام بأحاديث الأحكام: باب الإقرار: تقي الدين ابن دقيق العيد، تحقيق عبد العزيز بن محمد السعيد، دار أطلس للنشر والتوزيع، 1408هـ1997م.
11. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملقن سراج الدين أبو حفص تحقيق مصطفى أبو الغيط عبد الحي -محمد عبد الله بن سليمان -ياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1425 – 2006م.
12. الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية ابن عابدين على الشرنبلاني: المجلد

الثاني: محمد بن فراموز: الشهير (ملا خسرو) الناشر ميرمحمد كتبخانة،

ه-الكتب المتخصصة

1. د. أنور يوسف حسين عبد الكريم –ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانونيين المصري واليمني -رسالة دكتوراه- جامعة اسيوط ، 2012م.
2. د. محمد سعد خليفة المسئولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دراسة لحق الجنين في التعويض، دار النهضة العربية 2003 م.
3. د. شرف الدين محمود: المسؤولية التقصيرية للأطباء.
4. د. على حسين نجيده: بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية، التلقيح الصناعي وتغير الجنس، 1990م.
5. د. أحمد شعبان طه: فكرة الخطأ المهني وصورة في نطاق المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2009م.
6. حسن عكوش: المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث -القاهرة، ط ٢. ١٩٧٠م.
7. د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني م1 الفعل الضار. ط5. تنقيح حبيب ابراهيم الخليلي، منشأة المعارف -الاسكندرية،1992م.
8. د. سماعيل محمد علي: الاعفاء من المسئولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارنا بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، سعد سمك للنسخ والطباعة –القاهرة 1996م.
9. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول (مصدر الالتزام)، دار النهضة العربية -القاهرة،1989م.
10. د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية، دار الفكر الجامعي –الاسكندرية،2006م.
11. أ. د. حسن الابراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1950م.
12. د. وفاء حلمي أبو جميل: الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا ، 1987م.
13. د. سهير منتصر: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في 22 يونيو 1936م، المحاماة، س17.
14. أ. د. أحمد محمود سعد، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، دار النهضة العربية 2007م.
15. د. عبد الراضي محمد هاشم، المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1994م.
16. د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية، منشاة المعارف-الإسكندرية.
17. د. سليمان مرقس: مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى، بحث في مجلة القانون والاقتصاد،

س1937،7.
18. د. عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق طبعة دار النهضة العربية.
19. د. مصطفى الزرقا: التلقيح الصناعي، مطبعة طربية، دمشق –سوريا.
20. العلامة عبد الرحمن أبن خلدون: المقدمة -فصل الكيمياء، طبعة دار الكتاب اللبناني مكتبة المدرسة— بيروت 1982م.
21. د. أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين اقوال الاطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي-الاسك ندرية 2011.
22. د. محمد علي البار: طفل الانبوب والتلقيح الصناعي، طبعة الدار السعودية 1990م.
23. د. رفعت كمال: علاج العقم وأطفال الانابيب ،كتاب اليوم الطبي- مؤسسة أخبار اليوم.
24. د. السيد محمود مهران: الاحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، الطبعة الاولى،2002م.
25. د: سامي راضي، رئيس قسم الأجنة في مركز دبي للأمراض النسائية والإخصاب، لوكالة الأنباء الألمانية (د.ب. أ)
26. د. الشحات إبراهيم محمد منصور: نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي –الاسكندرية 2011م.
27. د. محمد مرسي زهره: الانجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدود الشرعية، مطبوعات جامعة الكويت 1991م.
28. د. جمال ابو السرور: العقم في العالم الاسلامي.
29. د. بكر عبد الله ابو زيد: طرق الانجاب في الطب الحديث.
30. د. حسن سلام: الاخصاب خارج الجسم، بحث مقدم للجمعية المصرية للطب والقانون، ندوة طفل الانابيب 1985 م.

و-المجمعات والفتاوي الفقهية:

1. قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة من 19 – 28 يناير 1985 واكده قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر الثالث بعمان من 11-16 أكتوبر 1986م.
2. مجموعة الفتاوي الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد التاسع رقم (1225).
3. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، فتوى ب تاريخ23مارس 1980م.
4. قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر الثالث بعمان عاصمة المملكة الاردنية لهاشمية من 8-13 صفر 1407ه الموافق 11-16 أكتوبر 1986م.

ز-القوانين:

1. القانون المدني الفرنسي 2002.

2. أحكام القانون المدني المصري.
3. قانون الاسرة السويدي رقم 711 لعام 1988م.
4. قانون التلقيح الصناعي الايطالي رقم 40 لعام 2004 م
5. القانون رقم (28) لسنة 2000م بشـــأن إنشاء المجلس الطبي، قانون رقم (26) لسنة 2002م بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية، قانون رقم(60) لسنة 1999م بشأن المنشآت الطبية والصحية الخاصة.

ح-أحكام المحاكم والمجلات :

1. نقض مدني في 26 يونيو 1969 م، مجموعة أحكام النقض – الطعن رقم 111 لسنة 35.
2. قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 2149 -بتاريخ 31/5/2001 – ملف مدني عدد 1081/1/5/2000، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس والعشرون، يونيو2000، ص 171. إلى
3. محكمة شرق تعز الابتدائية في 20 نوفمبر 2007 في الدعوى الجزائية رقم (59).
4. محكمة شرق الامانة الابتدائية في 12مارس 2008م، في القضية رقم (117 لسنة 1428ه (غير منشور)
5. نقض مصري في 22مارس 1966م.
6. جريدة القيس الكويتية، 21 نوفمبر 2013 -العدد 14539
7. نقض مدني فرنسي في 17 نوفمبر 2000م.