جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية / كلية القانون

التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين
(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب
خالد محمدحسن عباس الليباوي

إلى مجلس كلية القانون_ جامعة القادسية
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الاستاذ المساعد
مالك جابر حميدي
أستاذ القانون المدني المساعد

١٤٤٢هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (٥٠) ﴾

صدق الله العظيم

سورة الشورى/ الآية ﴿ ٤٩- ٥٠ ﴾

إقرار المقوم اللغوي

أشهدُ أنَّ إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ **(التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين ـ دراسة مقارنة)**، والمقدمة من الطالب "**خالد محمد حسن عباس**"، تم مراجعتها من الناحية اللغوية، وتصحيح ما ورد من اخطاء لغوية وتعبيرية، بعد أخذ الطالب بالملاحظات التي تم تسجيلها على متن هذه الرسالة، وبذلك أصبحت هذه الرسالة مؤهلة للمناقشة بقدر تعلق الأمر بسلامة الأسلوب وصحة التعبير.

الإمضاء:

المقوم اللغوي:أ.د. حسام حمد جلاب

التاريخ: / / ٢٠٢١

إقرار المشرف

أشهدُ بأنَّ إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ **(التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين ـ دراسة مقارنة)**، والمقدمة من الطالب "**خالد محمد حسن عباس**"، قد جرت تحت أشرافي في كلية القانون/ جامعة القادسية، وهي جديرة بنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

الإمضاء:

المشرف : أ.م.مالك جابر حميدي

التاريخ : / / ٢٠٢١

.....

توصية معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا.

بناءً على التوصية أعلاه، أرشح هذه الرسالة للمناقشة، لدراستها وبيان الرأي فيها.

الإمضاء:

المشرف: أ.د.أحمد حمدالله أحمد

التاريخ : / /٢٠٢١

قرار لجنة المناقشة

نشهدُ نحن أعضاء لجنة المناقشة، بأننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ **(التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين _ دراسة مقارنة)**، وناقشنا الطالب "**خالد محمد حسن عباس**" في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد أنها جديرة بالقبول بتقدير لنيل درجة الماجستير في القانون/ قسم القانون الخاص وبدرجة(( )).

الإمضاء:

الاسم: أ.د. عبدالمهدي كاظم ناصر
التاريخ: / / ٢٠٢١
(رئيساً)

الإمضاء

الاسم :أ.م.د. عمار كريم كاظم
التاريخ: / / ٢٠٢١
(عضواً)

الإمضاء:

الاسم : أ.م.د.سميرة حسين محيسن
التاريخ: / / ٢٠٢١
(عضواً)

الإمضاء:

الاسم: أ.م. مالك جابر حميدي
التاريخ: / / ٢٠٢١
(عضواً ومشرفاً)

صُادِق مجلس كلية القانون/ جامعة القادسية على قرار لجنة المناقشة

الإمضاء:
الاستاذ الدكتور
نظام جبار طالب
عميد كلية القانون ـ جامعة القادسية
التاريخ / / ٢٠٢١

الاهداء

إلى .....

خير خلق الله ورحمة للبشرية.

نبي الاسلام وخاتم الرسل محمد (ﷺ)

من كنت أتمنى أن يطيل الله بعمره كي يرى ثمرة غرسه.

والدي طيب الله ثراه .

من أرتفعت يدها بالدعاء تضرعاً ..... رمز العطاء والمحبة.

أمي أطال الله عمرها

من بلغ العلى وسار في درب الشهادة.

أخي طيب الله ثراه

من شد أزري وشاطرني أمري لأكمل الخطوات.

زوجتي وابنائي

من خفقت قلوبهم من أجلي حباً ووفاءً ... وكانوا لي عوناً وسندا.

أخوتي وأخواتي

من ساهموا معي بخبرتهم وآرائهم النيرة في هذه الرسالة.

أساتذتي الأفاضل

الباحث

شكر وامتنان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين النبي الأكرم محمد (ﷺ) وعلى صحبه المنتجبين الأطهار ومن اتبع هديهم إلى يوم الدين.

بعد أن منّ الله عليّ بإتمام هذه الرسالة يطيب لي أن أقدم خالص شكري للأستاذ المساعد **(مالك جابر حميدي)** المشرف على الرسالة لما بذله من جهد علمي منذ أن كان الموضوع فكرة حتى تكامله بصورته الحالية. اذ كان لتوجيهاته القيمة أثر واضح في كل خطوة من خطوات البحث، وامتناني للروح العلمية العالية التي تعامل بها معي ولمرونته وسعة صدره في متابعة إجراءات البحث، إذ يعجز الشكر عن إيفائه حقه متمني له دوام التقدم والارتقاء.

كما أقدم شكري وامتناني إلى عميد كلية القانون _ جامعة القادسية الاستاذ الدكتور **(نظام جبار طالب)** وإلى لجنة السيمنار **(أ.د. عبد المهدي كاظم ناصر)** **(أ. أسعد فاضل منديل)** وجميع أساتذتي الافاضل في كلية القانون_ جامعة القادسية لما قدموه من توجيهات سديدة وملاحظات علمية دقيقة كان لها أثر ايجابي في البحث، ولا سيما استاذنا الفاضل الدكتور **(نبراس ظاهر جبر)** رحمه الله وجزاه أحساناً وخيرا لما قدمه لي من توجيهات واراء سديدة كان لها الاثر الكبير في بلورت فكرة وخطة البحث.

كما لا يفوتني ان اتقدم بوافر امتناني إلى الدكتور **(عمار الزرفي)** كلية القانون_جامعة الكوفة، والدكتورة **(زينة غانم العبيدي)** عميد كلية القانون_جامعة الموصل، لما ابدوه من مشورة علمية وآراء سديدة طول فترة الدراسة، وللاخ **(عماد كريم)** لمواقفه الطيبة في تذليل العديد من الصعوبات.

واقدم جزيل شكري إلى منتسبي مكتبة كلية القانون_جامعة القادسية، ومكتبة كلية القانون_جامعة كربلاء، ومكتبة كلية القانون_ جامعة بابل، ومكتبة كلية القانون _ جامعة الكوفة، ومكتبة العتبة الحسينية والعباسية المقدستين، وكذلك مكتبة الروضة العلوية المقدسة لتعاونهم في توفير المصادر العلمية.

ووجب علي العرفان بالجميل ان أقدم شكري لجميع أفراد اسرتي الذين كانوا سنداً لي، وشكري لكل من قدم لي مشورة او كتاب جزاهم الله جميعا خير الجزاء.

الباحث

الملخص

يعد عقد تحديد جنس الجنين من العقود الطبية الحديثة، إذ هو اتفاق بين الزوجين و أحد المراكز الطبية المتخصصة بتحديد جنس الجنين، بهدف اختيار الجنس المرغوب به السليم مقابل اجر معين، ويكون تحديد الجنين أما قبل تخصيب البويضة أو بعد تخصيب البويضة و قبل غرسها بالرحم أو بعد الحمل، وان اهمية البحث تظهر في عمل تنظيم قانوني لكيفية ابرام هذا العقد وتنظيم شروطه ، ولحل المنازعات التي قد تثور بمناسبته، لتنظيم الجوانب المالية.

ولم يكن عقد تحديد جنس الجنين موضع اتفاق على مستوى الفقه والتشريع، إذ عارض اتجاه هذا العقد بدعوى أنه تدخل في المشيئة الإلهية أو يخالف هذه المشيئة، فضلا عن تأثيره على النسب السكانية، ويرى اتجاه اخر انه ينبني على فكرة الضرورة فضلا عن تلافي الامراض الوراثية.

وعليه يهدف البحث إلى تحديد مشروعية هذا العقد، وتحديد الطبيعة القانونية له، وأحكام المسؤولية الناشئة عنه، وتظهر مشكلة البحث في حالة اتلاف الأجنة غير المرغوب فيها، ومن ثم اتلاف أجنة قد تكون سليمة، وتحديد النطاق الموضوعي والزماني، وان المراكز الطبية تشترط عدم ضمان من وحدة الاخصاب بان الحمل سيكون ناجحا، فنلاحظ ان مسؤولية الضامن هي مسؤولية مدنية لا جزائية كون الجزاء ينصب كليا على الذمة المالية للملتزم وانشغال الذمة بالتعويض عن التلف والاتلاف في الأموال، وتحديد الطبيعة القانونية لالتزام المركز الصحي في عملية تحديد جنس الجنين ، ويضع بعض المركز الطبية شرط الاعفاء من المسؤولية، وهو يضر بمصلحة الزوجين على الرغم من توقيع العقد ،للحصول على موافقة الزوجين على اجراء العملية، والهدف منه منعهما من حق كفله الدستور لأي مواطن وهو حق التقاضي، وإن القضاء العراقي عدً هذه الشروط مناقضة للقانون وغير صحيحة، ومدى التزام المركز طبي في هذا النوع من العمليات الطبية، ومحاولة وضع تنظيم قانوني محدد لهذا النوع من العقود، وعليه فان المنهج الانسب لتحديد هذا العقد هو منهج البحث التحليلي، واختيار منهج البحث المقارن وذلك لدراسة احكام القانون العراقي والبريطاني والفرنسي والمصري والبحريني، وتسليط الضوء على موقف الشريعة الاسلامية من هذا العقد ومن ثم تناول البحث في فصلين لتحديد ماهية واحكام عقد تحديد جنس الجنين .

فهرست المحتويات

الموضـــــــــوع	الصفحة
الآية القرآنية	أ
إقرار المقوم اللغوي	ب
إقرار المشرف	ج
قرار لجنة المناقشة	د
الإهـداء	هـ
شكر وامتنان	و
المستخلص	ز
فهرست المحتويات	ح _ ط
المقدمة	١_٥
الفصل الاول: ماهية عقد تحديد جنس الجنين	٦_٦٧
المبحث الأول: مفهوم عقد تحديد جنس الجنين	٦_٣٨
المطلب الأول: التعريف بعقد تحديد جنس الجنين	٦_١٩
الفرع الأول: مراحل تكوين الجنين	٧_٩
الفرع الثاني: تعريف عقد تحديد جنس الجنين	٩_١٥
الفرع الثالث: عملية تحديد جنس الجنين	١٥_١٩
المطلب الثاني: خصائص عقد تحديد جنس الجنين وطبيعته القانونية	٢٠_٣٨
الفرع الاول: خصائص عقد تحديد جنس الجنين	٢٠_٢٩
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين	٢٩_٣٨
المبحث الثاني : مشروعية عقد تحديد جنس الجنين وشروطه وتمييزه عن غيره	٣٨_٦٧
المطلب الاول: مشروعية تحديد جنس الجنين	٣٨_٥٤
الفرع الاول: عدم جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية	٣٩_٤٥

الفرع الثاني: جواز تحديد جنس الجنين	٤٥_٥٠
الفرع الثالث: جواز تحديد جنس الجنين في حالة الضرورة	٥٠_٥٤
المطلب الثاني: شروط عقد تحديد جنس الجنين وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع	٥٤_٦٧
الفرع الاول: شروط عقد تحديد جنس الجنين	٥٤_٦٤
الفرع الثاني: تمييز عقد تحديد جنس الجنين عن غيره	٦٥_٦٧
الفصل الثاني: احكام عقد تحديد جنس الجنين	٦٨_١٢٥
المبحث الاول: اثار عقد تحديد جنس الجنين	٦٨_٩٩
المطلب الاول: التزامات الزوجين (الطرف الأول)	٦٨_٨١
الفرع الاول: التزامات متعلقة بالزوجين	٦٩_٧٥
الفرع الثاني: التزامات متعلقة بالعقد	٧٥_٨١
المطلب الثاني: التزامات المركز الطبي	٨١_٩٩
الفرع الاول: الالتزامات المتعلقة بالعمل الطبي	٨٢_٨٧
الفرع الثاني: الالتزامات المتعلقة بعملية تحديد جنس الجنين	٨٧_٩٩
المبحث الثاني: لمسؤولية المدنية الناشئة على عقد تحديد جنس الجنين	٩٩_١٢٥
المطلب الاول: طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن عقد تحديد جنس الجنين	٩٩_١٠٨
الفرع الاول: المسؤولية التقصيرية	١٠٠_١٠٢
الفرع الثاني: المسؤولية العقدية	١٠٣_١٠٦
الفرع الثالث: الخيار بين المسؤولتين والجمع بينهما	١٠٦_١٠٨
المطلب الثاني: احكام المسؤولية في عقد تحديد جنس الجنين	١٠٨_١٢٥
الفرع الاول: اركان المسؤولية	١٠٩_١١٦
الفرع الثاني: التعويض في المسؤولية عن عقد تحديد جنس الجنين	١١٧_١٢٢
الفرع الثالث: دفع المسؤولية للمركز الطبي	١٢٢_١٢٥
الخاتمة	١٢٦_١٣٠
المصادر والمراجع	١٣١_١٤٧
الملاحق	١٤٨_١٥١
Abstract	A

المقدمة

المقدمة

اولا: فكرة عن موضوع البحث:

إن عقد تحديد جنس الجنين هو من العقود الواردة على العمل الطبي وهو اتفاق طرفه الأول هو الزوجين (الزوج والزوجة) وطرفه الثاني هو(أحد المراكز الطبية المتخصصة بتحديد جنس الجنين)، ويقع محل العقد على اداء عمل هو اختيار الجنس المرغوب به السليم مقابل أجر معين، ويشترط عدم مخالفة النظام العام، وتقع آثار هذا العقد بوصفها الالتزامات والحقوق التي تترتب على طرفيه، إذ يلتزم الطرف الأول بدفع أجرة الطرف الثاني ويلتزم الطرف الثاني بالقيام بالأعمال الطبية الضرورية لتحديد جنس الجنين، ويشترط فيه حسب القواعد العامة ان يكون موجودا أو يمكن وجوده، ويكون تحديد جنس الجنين أما قبل تخصيب البويضة او بعد تخصيب البويضة وقبل غرسها بالرحم أو بعد الحمل، ويخضع عمل الطبيب لرقابة وزارة الصحة.

ويعد هذا العقد من العقود الطبية الحديثة التي مازالت لم تنلْ اهمية من الدراسات القانونية لتنظيم احكامها، إذ إن تحقيق المطلوب من عقد تحديد الجنس ينبني على عوامل واعتبارات عديدة، فهو لا يقع على عاتق الطبيب وحده، إذ إن هنالك عدة ظروف قد تؤدي إلى نجاح العملية أو فشلها كمناعة الجسم وحالته من حيث الوراثة، واصابته بأمراض أخرى، وان معظم الاعمال الطبية يوجد فيها نسبة من المخاطرة فلا يوجد اجراء تشخيصي أو علاجي خالٍ تماماً من المخاطر، ومن ثم جاءت الدراسة لتحاول أن تسلط الضوء على احكام هذا العقد.

ثانيا: اهمية البحث:

تظهر اهمية البحث من خلال تسليط الضوء على الاحكام القانونية لهذا العقد، إذ يلاحظ عدم وجود تنظيم قانوني لكيفية ابرام هذا العقد وتنظيم شروطه، ولحل المنازعات التي قد تثور بمناسبته، وعليه ينبغي اللجوء إلى الاحكام العامة الواردة في النظام القانوني للاستدلال على الاحكام القانونية لهكذا عمليات، إذ إن تحديد جنس الجنين فيه جوانب مالية وجوانب تتعلق بالقوانين الطبية، وجوانب تتعلق بالجانب الشخصي للإنسان أو الحالة الشخصية للزوج، وعليه يمكن الرجوع لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي

الذي أجاز في المادة (١، ف/٢) منه الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية الأقرب ملائمة لنصوص القانون العراقي.

ثالثاً: اشكالية البحث:

تبرز مشكلة البحث في البحث في مدى مشروعية عقد تحديد جنس الجنين، إذ يقتضي هذا العقد اتلاف الاجنة غير المرغوب فيها، ومن ثم اتلاف اجنة قد تكون سليمة، وما هو نطاقه الموضوعي والزماني، إذ تُثار مشكلة تحديد محل هذا العقد؟، ومدى التزام المركز الطبي في هذا النوع من العمليات الطبية، فهل يلتزم المركز الطبي من لحظة ابرام العقد إلى لحظة التحديد ام يمتد التزامه ليشمل غرس البويضة الملقحة في رحم الام والانتظار إلى الولادة أم إلى لحظة تكوين الجنين وثباته، وما المدة التي يمكن اطلاق تسمية الجنين فيها؟

وإن تحديد جنس الجنين بحد ذاته لم يحصل عليه اتفاق سواء قانوني أو فقهي، إذ عده جانب من الفقه انه تدخل في المشيئة الإلهية، ودليل أثبات ذلك قوله تعالى : (اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِندَهُ بِمِقْدَارٍ) [١]، وقوله تعالى : (هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ) [٢]، ومن ثم يطرح جانب من الفقه فكرة الضرورة لاختيار جنس الجنين.

وبذلك يتبين للباحث ان يكون هنالك أسباب طبية لاختيار الذكر أو الانثى، وان تقنية اختيار وتحديد جنس الجنين لتلافي الامراض الوراثية المتعلقة بجنس معين ليس فقط مخصص للأزواج غير القادرين على الإنجاب من دون مساعدة طبية الذين سبق وان انجبوا طفلاً أو أطفالاً مصابين بمرض وراثي أو تشوه خلقي فالتلقيح الاصطناعي في هذه الحالة يصبح بمثابة وقاية من الامراض الوراثية والصبغية وليس تقنية للإنجاب فقط وعلى هذا فان أجراء التشخيص السابق لزراعة اللقيحة في رحم الزوجة واختيار الحيوان المنوي السليم الحامل الكرموسومات الانثوية أو الذكرية لتلقيح بيضة الزوجة يعد خياراً بديلاً لتشخيص الوراثي اثناء الحمل لأن هذا الأخير يحمل مخاطر انهاء الحمل في حالة وجود تشوهات أو امراض وراثية.

---

[١] سورة الرعد – الآية ٨.

[٢] سورة آل عمران – الآية ٦.

وتتجسد مشكلة البحث هناك قصور تشريعي في عدم وجود تنظيم قانوني محدد لهذا النوع من العقود، إذ تنظم المراكز الطبية المتخصصة في تحدد جنس الجنين العلاقة بينها وبين الزوجين من خلال استمارات جاهزة تتضمن بنود كاملة ولا تتيح للزوجين مناقشتها سواء من حيث مدى موافقتها للنصوص القانونية ام من حيث قيمة المبالغ المترتبة على الزوجين، وتتضمن معظم هذه الاستمارات شروط تفرض على الزوجين تهدر حقوقهما كطرف ثاني في العقد منها شرط عدم الضمان عن أي خطأ سواء كان عقدي ام تقصيري، وشرط عدم رفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن المسؤولية المتحققة جراء عدم تنفيذ العقد، وهو ما يخالف الطبيعة القانونية لالتزام بتحديد جنس الجنين كونه التزام بنتيجة، وتتسم بعض هذه الاستمارات بصياغة قانونية مربكة لا تدل على طبيعة الالتزام الاصلي، وهو اختيار الجنس المرغوب، ولم تقوم هذه المراكز بتحديد جنس الجنين لأغراض طبية فقط، وإنَما تقوم بتحديد جنس الجنين وفقا للرغبة الزوجين في اكثر الاحيان، وهذا يؤدي إلى اتلاف الاجنة السليمة وكذلك ينتج عنه اخلال بالتوازن السكاني.

وتبرز مشكلة البحث كذلك في ان التقدم العلمي في مجال الطب أدى إلى ظهور طرق حديثة لتحديد جنس الجنين، منها ما يكون قبل التخصيب من خلال التحكم في الحيوانات المنوية، ومنها ما يكون بعد التخصيب وقبل غرس البويضة بالرحم فضلا عن اتباع طريقة ثالثة وهي تحديد جنس الجنين بعد الحمل، وعليه ما الأحكام القانونية لهذا العقد وما مسؤولية كل من طرفيه، وكيف يتم التعويض عنها؟

رابعاً: اسئلة البحث:

السؤال الرئيسي:

١. ماهو التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين؟

الاسئلة الفرعية:

٢. ماهي الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين؟

٣. ماهو موقف القانون العراقي والشريعة الاسلامية من عقد تحديد جنس الجنين؟

٤. ماهي الالتزامات المترتبة على طرفي عقد تحديد جنس الجنين؟

٥. ماهي المسئولية الناشئة عن عقد تحديد جنس الجنين؟

خامساً: أهداف البحث:

يهدف البحث إلى التطرق لتحديد مشروعية هذا العقد وطبيعته القانونية، وتحديد الطبيعة القانونية للالتزامات الناشئة عنه، إذ قد يقترب عقد تحديد جنس الجنين من عقد الإذعان إذ يكون المركز الطبي مستقلا بوضع الشروط التي يضعها، ويترك للمريض الموافقة عليها من دون مناقشة، وهو ما تؤيده فكرة ضعف المريض بالنواحي الطبية وعدم المامه بالمشكلات الصحية التي تواجهه تثير مسألة خضوعه التام لشروط المركز الطبي سواء من الناحية العلاجية والمخاطر المترتبة عليها، وهوما يقتضي تحديد الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، إذ يحكم العقد العلاقة بين الطبيب والمريض فضلا عن القواعد العامة، وقواعد المهنة الطبية. ومن ناحية ثانية أسهم وجود الخبرة العلمية لدى المركز الطبي التي تكفل له الالمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بموضوعات العقد التي يبرمه مع الزوجين في منحه مركز اقوى سواء من حيث الناحية العلمية والاقتصادية، إذ يتمتع المركز الطبي بمستوى عال من المعرفة التامة بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد إلى جانب مركزه الاقتصادي والمالي المرتفع، في حين يكون الزوجين بوصفهما الطرف المذعن شخصاً بسيطاً من حيث المركز الاقتصادي ومن حيث مستوى الدراية والمعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد، وهذا التفاوت خلق نوعاً من الإذعان المزدوج سواء من حيث الإذعان الاقتصادي أو العلمي.

سادساً: منهج البحث:

إن المنهج الانسب لتحديد هذا العقد هو منهج البحث التحليلي، وأختير منهج البحث المقارن، وذلك لدراسة احكام القانون العراقي والبريطاني والفرنسي والمصري والبحريني، كون القوانين المختارة للمقارنة تتضمن بعض تفصيلات هذا العقد، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية من هذا العقد وتحليل آراء الفقهاء وبيان الأفضل منها لمعالجة أحكام العقد.

سابعاً: هيكلية البحث:

لغرض الاحاطة بدراسة موضوع (التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين) قسمنا البحث على فصلين، نتناول في الفصل الأول ماهية عقد تحديد جنس الجنين، وسنقسمه على مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم عقد تحديد جنس الجنين، وفي المبحث الثاني ذاتية عقد تحديد جنس الجنين، ونخصص الفصل الثاني لأحكام عقد تحديد جنس الجنين، ونتناوله في مبحثين، نتناول في المبحث الأول

اثار عقد تحديد جنس الجنين، وفي المبحث الثاني المسؤولية المدنية الناشئة على عقد تحديد جنس الجنين ونختتم البحث بخاتمة لاهم النتائج والمقترحات التي نتوصل اليها ونسأل الله تعالى التوفيق والسداد.

الفصل الاول

ماهية عقد تحديد جنس الجنين

الفصل الأول

ماهية عقد تحديد جنس الجنين

يعد عقد تحديد جنس الجنين من العقود الحديثة بالنسبة للعقود الطبية، ومن ثم لم يحظَ بعد بالعناية التشريعية الكافية، فلم ينظم أحكامه المشرع العراقي أو المصري، وإنَما اكتفى كل منهما بإيراد بعض النصوص التي تنظم العمل الطبي بصورة عامة ألا إن المشرع البريطاني اهتم بهذا العقد نظرا لما يشكله من أهمية بالغة في تحديد الكثافة السكانية وجعله لأسباب طبية حصراً، أما المشرع الفرنسي فقد ذكر بعض النصوص الخاصة بالتلقيح الصناعي وحصره لأغراض العقم أو لأمراض وراثية حصراً، وفيما يخص المشرع البحريني فقد حضر تحديد جنس الجنين وسمح به لأسباب مرضية فقط، وعليه ينبغي التطرق لتحديد هذا العقد، وبيان معالمه، كما يقتضِ التطرق للطبيعة القانونية لهذا العقد، فمن المقرر ان الالتزام بالعقود قد يكون التزاما بنتيجة وقد يكون التزاما ببذل عناية، ويرتب كل من هذين الالتزامين آثاراً تظهر في تحديد المسؤولية على المدين بالالتزام، ومن ناحية أخرى اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين الرافض والمؤيد لهذا العقد، وعليه سنتناول هذا الفصل في مبحثين، نخصص المبحث الأول لمفهوم عقد تحديد جنس الجنين، ونتطرق في المبحث الثاني لمشروعية عقد تحديد جنس الجنين وتمييزه عن غيره.

المبحث الأول

مفهوم عقد تحديد جنس الجنين

لغرض تحديد مفهوم عقد تحديد جنس الجنين سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعريف بعقد تحديد جنس الجنين، ونتطرق في المطلب الثاني لخصائص هذا العقد وطبيعته القانونية

المطلب الأول

التعريف بعقد تحديد جنس الجنين

إن التعريف بعقد تحديد جنس الجنين في ظل عدم وجود تنظيم تشريعي يحدد التعريف بهذا العقد يطرح تساؤل مفاده: ماهو هذا العقد وما هو موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة منه؟ وللإجابة عن هذا التساؤل سنقسم التعريف بعقد تحديد جنس الجنين على ثلاثة فروع، نتطرق في الفرع الأول مراحل تكوين الجنين وفي الثاني تعريف عقد تحيد جنس الجنين وفي الفرع الثالث عملية تحديد جنس الجنين .

الفرع الأول

مراحل تكوين الجنين

أن الجنين قد يمر بعدة مراحل وبحسب علم الاحياء، فقد يبدأ بمرحلة اللاقحة ذات الخلية الواحدة إلى الانسان الناضج، والتخصيب قد يحدث عندما تنجح خلية الحيوان المنوي في الدخول وتندمج مع خلية البويضة، وتجتمع المادة الوراثية للبويضة والحيوان المنوي كي يشكلا خلية كي تشكل خلية واحدة قد تسمى اللاقحة، وتظهر مراحل التطور للجنين خلال أول ثمان أسابيع من النمو، وفي بداية الأسبوع التاسع يطلق على ذلك الجنين الجرثومي اسم الجنين الحي، ومن ثم يلاحظ أن الجنين الحي قد يبدأ من المرحلة الجرثومية التي تبدأ من بداية الأسبوع التاسع وقد يطلق على الجنين الحي في النماء السابق للولادة، فنستنتج أن الجنين طبيا قد يبدأ من الاسبوع التاسع في المرحلة الجرثومية، وهي التي تعرف بأنها جنين لأنها تحوي المجموعة الكاملة لمواد الوراثية، وقد تستمر مراحل تطور الجنين إلى المرحلة التالية وهي المعيدة عندما تتشكل طبقات التبرعم الثلاث للجنين في عملية تسمى تكون الانسجة، ثم يتبعها عمليات تكون العصيبة وتخلق الأعضاء، ومقارنة بالجنين الجرثومي فأن الجنين الحي له ملامح خارجية يمكن تمييزها وطقم اكثر اكتمالا من الأعضاء النامية[١].

وتبدأ عملية تحديد الجنس من خلال الاخصاب وقد تمثل عملية الاخصاب التقاء الحيوان المنوي مع البويضة، ويحدث الاخصاب في جسم المرأة تحديدا في العضو المعروف بقناة فالوب، وفي حالة ان يخترق الحيوان المنوي الجدار الخارجي للبويضة الناضجة من أحد المبيضين لدى المرأة، وبعد ذلك تنتقل البويضة المخصبة والناجمة عن عملية الاخصاب إلى رحم الزوجة عبر إحدى قنوات فالوب، ثم تغرس في رحم الزوجة خلال العملية التي تعرف بالانغراس التي قد تمثل، التي تمثل اول مرحلة من مراحل الحمل ويتعلق موضوع تحديد جنس الجنين بالحمل، إذ قد يرتبط التحديد من خلال اكتمال التلقيح ومن ثم يغرس الجنين بالرحم، لتبدأ عملية الحمل، ويطلق على مرحلة نمو الجنين داخل رحم الزوجة ، حيث يحدث الحمل بعد الأخصاب، ويبدو النمو للجنين وتطوره من لحظة حدوث الاخصاب، ويتم حساب عمر الحمل ابتداء

---

[١] د.حازم بدر، مراحل نمو وتطوير الجنين في بطن الام، مقال منشور على موقع العين:https://al_ain.com، تاريخ الزيارة ٣/٢٠ /٢٠٢٠، وقت الزيارة ٩:٥م.

من اليوم الأول ولآخر دورة شهرية للزوجة الحامل وتعد معرفة عمر الحمل امراً مهماً من اجل المتابعة الدقيقة للفحوصات حمل الزوجة وتطور ونمو الجنين[١].

أما في القران الكريم فقد وردت عملية تكوين الجنين في سورة المؤمنين في قوله تعإلى : ومن ثم يمكن تحديد المراحل التي يبدأ فيها تكوين الجنين على النحو الاتي: (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ(١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا اَخر فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ) [٢]

١. **مرحلة النطفة:** وتبدأ تلك المرحلة من لحظة الخروج للحيوانات المنوية من الزوج لنجاح حيوان منوي وأحد منها فقط في اخصاب بويضة الزوجة ، وينتج عن تلك الاخصاب النطفة والمكونة ماء الزوج وماء الزوجة، وهو ما دلت الايات الكريمة بلفظ (ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً)[٣].

٢. **مرحلة العلقة:** وتبدأ هذه المرحلة منذ تعلق النطفة برحم الزوجة وتشبثها به بعد الاخصاب، إذ قد تسير النطفة المخصبة في رحلة قد تستمر من خمسة إلى عشرة يوم حتى أن تصل إلى جوف رحم الزوجة فتخرج منها استطالات خلوية قد تنغمس في جدار حتى يمكنها امتصاص الغذاء من دم الام[٤].

٣. **مرحلة المضغة:** تبدأ تلك المرحلة في الأسبوع الثالث للحمل، وتعد مرحلة تكوين جديدة للجنين أو قد تظهر صورة الجنين في صورة شبيهة بمضغة الطعام وقد تستمر في التغذية والانقسام حتى ان تصبح

---

[١] يارا تعامرة، طرق تحديد جنس الجنين بشكل علمي، مقال منشور على موقع موضوع: http:// mawdoo3.com ، تاريخ الزيارة ٣/١٠ /٢٠٢٠، وقت الزيارة ٣٠ :٦م.

[٢]سورة المؤمنون، الايات (١٢-١٤)

[٣] المزيد من التفصيل ينظر د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مشتاق عبد الحي عبد الحسين، عن اثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون جامعة بابل، العدد الثاني/السنة التاسعة، ٢٠١٧، ص٢٢٠.

[٤] رباز حجير، مراحل تكوين الجنين في القران الكريم، مقال علمي منشور على الموقع التالي: https://www.sayidaty.net ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٧، وقت الزيارة ٣٣: ١٠ ص، د.جعفر عبد الأمير ياسين، الإجهاض في القوانين العراقية (دراسة قانونية اجتماعية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٨-١٩.

مضغة مخلقة، ويشير معنى مخلقة هو التمايز في شكل الأعضاء، ومن ثم يبدأ في تلك المرحلة تكوين الأعصاب والحواس والغدد من بصر وسمع[١]

٤. **مرحلة تكوين العظام واللحم:** تبدأ تلك المرحلة من نهاية الشهر الأول وبداية الشهر الرابع حيث تبدأ مرحلة تخلق العظام والتي يتكون منها جسد الجنين، وتظهر فيها أولى المراحل لتطور الجنين إذ تكسى العظام بالعضلات واللحم، وهو ما يعدها الفقه بمرحلة نفخ الروح وهي تكون في نهاية الشهر الأول وبداية الشهر الرابع، هو ما أشار اليه الخالق الكريم بمعنى ((ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ))[٢]، وهو إنشاء جنين قد يكون مختلف عن مراحل الجنين الأولى حيث تتميز الأعضاء في هذه المرحلة تمييزا واضح، ويشير إلى اكتمال مراحل الخلق[٣].

ومن ثم نلاحظ الاختلاف بين الوصف العلمي والقرآني للجنين، فيبدأ الجنين بحسب الرؤيا العلمية منذ بداية الأسبوع التاسع وهي مرحلة الجنين الجرثومية، أما في القران الكريم فيبدأ مع نهاية الشهر الأول وبداية الشهر الرابع، ومما تقدم يمكن وضع تعريف لغوي لهذا العقد وهو (وهو اتفاق بين طرفين هما المركز الطبي والزوجين يلتزم بمقتضاه الطرف الاول بتحديد الجنين المختار من قبل الطرف الثاني في عملية الاخصاب)

الفرع الثاني

تعريف عقد تحديد جنس الجنين

العقد لغة: نقيض الحل، وعقده يعقده عقدا، وهو اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذا ما اتفق عليه [٤]، واما الجنس فهو اسم يدل على الأصل وأعم من النوع [٥]، اما الجنين فهو الولد الذي في

---

[١] د. صاحب محمد حسين نصار، فقه الطب، دراسة مقارنة في الاحكام الشرعية لبعض المسائل الطبية، ط١، الشؤون الفكرية والثقافية، العراق، ٢٠١٨ ص١٠٣ـ ١٠٤.

[٢] سورة المؤمنون، الاية (١٤).

[٣] د.عبد الجواد الصاوي، أطور الجنين ونفخ الروح، منشور على الموقع الرسمي لرابطة العالم الاسلامي _ وكالة الشؤون التنفيذية، https://www.eajaz.org تاريخ الزيارة، ٢٧/ ٥ / ٢٠٢٠، وقت الزيارة ٤٤: ٣م.

[٤] مجدي الدين الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١١١٨.

[٥] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٧، ص٤٧.

البطن، وهو من الاجنان، وهو الستر، لأنه أجنه بطن امه[١]، أي: ستره، قال تعالى ((وَإِذ إِنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنفُسَكُم هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَىٰ))[٢]

واجتن الجنين في البطن مثل جنة، والجنة، بالضم: السترة، الجمع الجنن، فالجنين ما استتر في بطن امه، فأن خرج حيا فهو ولد، وان خرج ميتا فهو سقط، والجنين في (علم الاحياء): النبات الأول في الحبة، والحي من مبدأ انقسام اللاقحة حتى يبرز إلى الخارج والجمع: أجنة، واجنن[٣].

ويعرف تحديد جنس الجنين بصورة عامة بأنه القدرة على اختيار الجنس المرغوب فيه السليم قبل الحمل، إذ تستخدم بعض الطرق للمساعدة في تغيير الاحتمالات تجاه الجنس الذي يتم اختياره، عن نسب مواليد تصل إلى (١٣٠) ذكرًا لكل (١٠٠) أنثى في بعض البلدان[٤]، إذ يلجأ الزوجان إلى التقنيات الطبية المساعدة وذلك لاختيار جنس الجنين اما لأسباب شخصية اجتماعية كأن يكون الزوجان قد انجبا ذكوراً عدة، ويريدان إنجاب انثى، ويمكن للزوجين اختيار جنس المولود بالاستعانة بالوسائل الطبية، قد تكون لأسباب شخصية اجتماعية كأن يكون الزوجان قد انجبا ذكوراً عدة، ويريدان إنجاب انثى، أو العكس فيلجأن إلى الطبيب لإنجاب طفل من الجنس المرغوب فيه، بهدف إيجاد نوع من التوازن بين عدد الذكور وعدد الاناث داخل الاسرة الواحدة، أو أن الزوجين يفضلان جنس على اَخر[٥] أو قد يكون لاسباب طبية، وهذا هو هو الشائع فيلجأن إلى الطبيب لإنجاب طفل من الجنس المرغوب فيه، والتلقيح الاصطناعي يكون من خلال ادخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة، بهدف الاخصاب والإنجاب ولا يتم

---

[١] جرجي شاهين، المعتمد، قاموس عربي_ عربي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠، ص٨٨.

[٢] سورة النجم، الاية (٢٢).

[٣] فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الامام الاوزاعي للدراسات الاسلامية، بيروت، ٢٠٠١، ص٥٧_ ٥٨، معجم المعاني الجامع عربي_عربي، متاح على الموقع الالكتروني https://www.almaany.com، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٠، وقت الزيارة ٣:٤٥م.

[4] Batool AlKhalili& Majd Mrayyan, Gender Selection: A Position Statement, journal Advances in Life Science and Technology, February 2016, Vol(40), p(36).

[٥] سمية صالحي، حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، بحث منشور في دفاتر السياسة والقانون، مجلة مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي قاصدي _مرباح، العدد الخامس عشر، جوان ٢٠١٦ ، ص٤٤٨.

ذلك عن طريق الممارسة الجنسية بل يكون ذلك بطريقة اصطناعية أو بأدوات معينة والأسباب الطبية عديدة مثل حالة الإصابة بالأمراض الوراثية التي تحدث عند جنس دون الآخر[١].

ويعرف عقد تحديد جنس الجنين بأنه عبارة عن اتفاق طرفه الأول هو الزوجين (الزوج والزوجة) وطرفه الثاني(طبيب مختص أو أحد المراكز الطبية المتخصصة بتحديد جنس الجنين) وذلك لاختيار نوع معين من الاجنة مقابل اجر معين بشرط عدم مخالفة النظام العام، واما محل هذا العقد فهو بحسب طرفيه، فبالنسبة للطرف الأول هو دفع اجرة الطرف الثاني وأماَ محل العقد بالنسبة للطرف الثاني فهو الاعمال الطبية التي يجريها لتحديد جنس الجنين ويشترط فيه حسب القواعد العامة أن يكون موجوداً أو يمكن وجوده، وان يكون معيناً أو قابلاً للتعين وان يكون قابل للتعامل فيه ويكون تحديد الجنين أمَا قبل تخصيب البويضة أو بعد تخصيب البويضة وقبل غرسها بالرحم أو بعد الحمل، ويخضع عمل الطبيب لرقابة وزارة الصحة [٢].

أمَا على مستوى التشريعات فلم ينظم المشرع العراقي عقد تحديد جنس الجنين ولم يتطرق إلى تعريفه وهو اتجاه محمود اذ لايعنى المشرع بالتعريفات الا أن المشرع العراقي نظم أحكام مهنة الطب، ونص على أنه (تهدف وزارة الصحة إلى تهيئة المستلزمات الضرورية التي تكفل للمواطن حق التمتع باللياقة الصحية الكاملة بدنيا وعقليا ونفسيا على وفق ما هو مبين من قانون الصحة العامة)[٣].

فالقانون العراقي لم يعالج هكذا عمليات أباحةً أو منعاً، على الرغم من انه أورد احكام خاصة لتوفير الوسائل التشخيصية والعلاجية في مجال العقم وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة وبما لا ينافي احكام الشريعة الإسلامية والقيم الأخلاقية [٤].

---

[١] وارتي غنية، تحديد جنس الجنين واثره على الميراث _دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن تجمع قانون الاسرة، جامعة الجزائر بلا سنه طبع، ص٣.

World Health Organization, Preventing gender-biased sex selection. World Health Organization: Geneva,(2011) Available at: http://whqlibdoc.who.int/publications

[٢] د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام،دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥، ص١٢٥، د.زينة غانم العبيدي، د. يسرى وليد إبراهيم، مشروعية عقد تحديد جنس الجنين، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق_ جامعة الموصل، المجلد(١٧)، العدد(٦١)، السنة (٢٠١٩)، ص٧.

[٣] المادة (١) من قانون وزارة الصحة رقم(١٠) لسنة ١٩٨٣.

[٤] المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم (١٩) لسنة ٢٠١١.

وعليه ينبغي اللجوء إلى الاحكام العامة الواردة في النظام القانوني للاستدلال على الأحكام القانونية لهكذا عمليات حيث ان تحديد جنس الجنين يمس الجانب الشخصي للإنسان أو الحالة الشخصية للزوج ، وبالتالي يمكن الرجوع لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي أجاز في المادة (١/ف٢) منه [١] (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى بمبادئ الشريعة الإسلامية الأقرب ملائمة لنصوص القانون العراقي ومن ثم ندعوا المشرع العراقي إلى تنظيم هذا العقد لأهميته ووضع أطر قانونية للعقد الطبي نظرا للتطور المتلاحق على الصعيد العالمي في هذا المجال لمواكبة الدول المتقدمة الأخرى.

ولم ينظم المشرع المصري هذا العقد ألا إنه أشار في قانون (٤١٥) لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة الطب على أنه (لا يجوز لأحد أبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو اجراء عملية جراحية أو وصف ادوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الادميين للتشخيص المعملي بأي طريقة كانت، أو وصف نظارة طبية، وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية وبجدول نقابة الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الاخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد)[٢].

وأما أول تنظيم لتحديد الجنس في العالم فقد صدر في المملكة المتحدة متمثلا بقانون الاخصاب البشري والاجنة البريطاني لعام (١٩٩٠) المعدل (٢٠٠٨)، وذلك رغبة من المشرع البريطاني للموازنة بين الحقوق الدستورية للأسرة، بما في ذلك الحق في الخصوصية داخل حدود الزواج والإنجاب وتنظيم الاسرة، وعلى أساس ان اختيار الجنس غير الطبي يعني حضر الإجهاض الجنسي الانتقائي أيضاً، ولذلك فرض عدد من القيود على السماح بالإجهاض والخصوصية الزوجية والاستقلالية التناسلية، ولذلك حدد المشرع البريطاني معنى" الجنين"، بأنه (الامشاج وما يرتبط به التعبيرات، والجنين بشري حي حيث يكون الاخصاب كاملا) [٣] .

---

[١] نصت المادة الاولى/٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٨.

[٢] قوانين وتشريعات مزاولة مهنة الطب الصيدلة واعداد ومراجعة أسامة أنور، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٣، ص٧.

[٣] ينظر القسم الاول من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

وحدد معنى الجنين بأنه الجنين البشري الحي وقرر بأن الجنين بيضة في طور الاخصاب أو يخضع لأي عملية أخرى تؤدي إلى الاخصاب، فأن الاخصاب لا يكتمل حتى ظهور اثنين زيجات الخلية[١]، وقرر بأن الاجنة التي يتم احداثها في المختبر تنشأ من خلال الاخصاب أو أي عملية أخرى من خلالها يتم انشاء الجنين كاملة[٢].

وحدد في البيوض التي تعد اجنة وهي التي تصل إلى أي مرحلة من مراحل النضج، مما يؤدي إلى تكون الجنين، وتشمل الحيوانات المنوية التي تحمل صفة الذكورة أو الانوثة على حد سواء[٣]، وقرر أن يعامل الانسان كجنين أو كبيض نطفة أو امشاج[٤]، ومنعت أي شخص أن يوضع في امرأة (أ) جنين غير الجنين المسموح به (ب) أي تداعيات غير البيض المسموح به أو الحيوانات المنوية المسموح بها[٥] .

وقد حدد المشرع البريطاني الشروط التي يمكن للسلطة بموجبها منح والغاء التراخيص لمقدمي الخدمات الطبية ومراكز التخزين وعلماء الأبحاث الذين يقومون بالبحث في الامشاج والأجنة البشرية[٦].

وحدد القانون مفهوم الموافقة في الجدول(٣) لجميع المشاركين في التقنيات الإنجابية المساعدة بالإضافة إلى تزويد هيئة الاخصاب البشري والاجنة بسلطة الموافقة على شروط الترخيص، وقدد حدد القانون المبادئ العامة في منح الترخيص وحدد العقوبات لمخالفة احكامه بما في ذلك الغرامات والسجن، لا تتجاوز عشر سنوات، بسبب انتهاكات مختلف شروط الترخيص، واشترط قواعد إجراءات السلامة في عيادات الخصوبة، يشمل الحفظ والتبريد الامن للبيض والاجنة، يتم تخزين البيض والاجنة لمدة عشر سنوات بعد العلاج الاولي إذا قرر المريض عدم متابعة حمل اخر، يمكن التبرع بالبيض والاجنة للبحث أو لزوجين اخرين لعلاجات الخصوبة، وحدد تخزين الحيوانات المنوية والبيض والاجنة في النيتروجين السائل باستخدام الحفظ بالتبريد وهو ما يعرف بتجميد الخلايا أو الانسجة الكاملة إلى درجات حرارة دون الصفر، وحظر تحديد جنس الجنين وجعله لأسباب طبية فقط، وليس بإمكان الزوجين أو المركز الطبي التخلص من الجنين

---

[١] ينظر القسم الاول من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٢] ينظر القسم الثالث من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٣] ينظر القسم الرابع من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٤] ينظر القسم السابع من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٥] ينظر الفقرة ٢ من القسم الثاني من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٦] ينظر المادة ٩ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

الآخر بالاختيار وإنَما يجب أن تقتضي الضرورة الطبية ذلك ومنع القانون البريطاني اختيار جنس الجنين لأسباب غير طبية[١].

أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق إلى تعريف هذا العقد، ألا إنه منع أي مساعدة طبية على الإنجاب ومن ضمنها تحديد جنس الجنين الا بشرط علاج العقم أو تجنب الامراض الوراثية [٢] وذكر الاجنة في قانون الصحة العامة[٣] عدد (٥٤٨_٢٠٠٠) المؤرخ في ١٥ حزيران ٢٠٠٠ إذ نص على انه (يُقصد بالمنتج العلاجي الإضافي أي منتج، باستثناء الأجهزة الطبية المذكورة في المادة (1-5211 L)، يتلامس مع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو المنتجات المشتقة من جسم الإنسان أو من أصل حيواني في أثناء حفظها أو تحضيرها أو معالجتها أو تعبئتها أو نقلها قبل استخدامها العلاجي على البشر، وكذلك أي منتج يلامس الأجنة في سياق نشاط المساعدة الطبية للإنجاب)[٤]

أما موقف المشرع البحراني من اختيار جنس الجنين فقد اجاز اختيار جنس الجنين إذا كان لأسباب تتعلق بأمراض وراثية، فقد نصت المادة (٧) الفقرة (د) (يحظر انتقاء النوع أو النسل إلا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين)[٥] ومن ثم يلاحظ أن التزام المركز الطبي القانوني

---

[١] ينظر القسم الحادي عشر من المادة ٢٢ من قانون التخصيب البشري والاجنة البريطاني لعام ٢٠٠٨

[٢] الفقرة (١) من المادة (١٥٢) من القانون رقم (٦٥٣) لسنة (١٩٩٤) الذي نظم احكام تقنية التلقيح الصناعي.

[٣] قانون الصحة العامة، عدد (٥٤٨_٢٠٠٠) المؤرخ في ١٥ جوان (٢٠٠٠).

[٤] المادة (١٢٦٣-١) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٠ ـ ٥٤٨) بتاريخ ١٥/حزيران/٢٠٠٠، وفي أوربا حول اختيار جنس الجنين قبل الولادة ان اكثر من اهتم بهذه الظاهرة هي دول البلقان وقد تم تشريع اتفاقية (افيدو) لعام (١٩٩٧)(اتفاقية حماية حقوق الانسان وكرامه الانسان فيما يتعلق بتطبيقات علم الاحياء والطب) في المادة (١٤) يحضر استخدام تقنيات الاخصاب المساعد لاختيار جنس الجنين، الا إذا كان ذلك بهدف تجنب مرض وراثي مرتبط بالجنس، ان إمكانية اختيار الافراد بناء على وجود امراض وراثية تنشط المواقف المتعلقة بتحسين النسل والتي فما يتعلق بالاختيار قبل الولادة لجنس الجنين، ومن هذه الدول بريطانيا وفرنسا لمزيد من التفصيل يراجع تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها، وينظر ايضاً وثيقة الاجهاض الصادرة عن مركز الدراسات القانونية/ الايطالية.

Aborto Selettivo Di Genere Documnto del Centro Studi Giuridici Di-Con-Per Donne, 2011.

متاح على الموقع الالكتروني: http://www.diconperdonne.it/sito/images/curricula

[٥] انظر المادة (٧) من قانون البحرين رقم (٢٦) لسنة (٢٠١٧) بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والاخصاب.

يبدأ من لحظة الاخصاب إلى حين مرحلة الانغراس وبداية مرحلة الحمل، اما لحظة وصف الجنين الحي فتبدأ من نهاية الشهر الأول للحمل.

الفرع الثالث

عملية تحديد جنس الجنين

تتم عملية تحديد جنس الجنين بعدة طرق ألا إن اشهرها والتي تتبعها المراكز الطبية المتخصصة هي أما طريقة فصل الاجنة (pGD)، أو طريقة فرز الحيوانات المنوية، فسنتناولها على النحو الاتي:

الطريقة الاولى: طريقة فصل الاجنة (PGD)

يتم اختيار جنس المولود باستعمال طريقة فصل الاجنة (PGD)، فهذه الطريقة هي اكثر الطرق ضمانا للنجاح حاليا حيث ان نسبة نجاح الحمل بالجنين المراد تحديده تصل من(٩٩_١٠٠%) وقبل التطرق لتفاصيل هذه العملية يتم مناقشة الموضوع مع الزوجين و دراسة بعض النقاط المهمة ومنها:

١ــ عمر الزوجة.

٢ـ عدد الأطفال في العائلة و جنسهم .

٣ــ الوضع الصحي للزوجة وإمكانية تكرار الحمل و طريقة الولادة

٤ـ نسبة تقبل حصول حمل بجنين غير مطلوب كون هذه الطريقة محصورة تقريبا من الخطأ فأن هذا يجنب المريضة الحمل الإضافي والتكاليف واختصار الوقت والجهد للعائلة ككل [١].

وتتم هذه الطريقة بعدة مراحل:

أ: المرحلة الأولى: تبدأ بتحريض الاباضة عن طريق ابر هرمونات تعطى للزوجة من بداية الدورة، ويتم خلال هذه المرحلة مراقبة البويضات باستمرار لغاية وصولها الحجم المطلوب للسحب، وتنشيط المبيض بالعقاقير والهرمونات ليتم اخراج اكثر من بيضة ناضجة في حدود اربع بيضات في وقت واحد، ومتابعة

---

[١] ينظر مركز رزان التخصصي لعلاج العقم وأطفال الانابيب، مقال بعنوان طرق تحديد جنس الجنين، ٢٠١٩. https://www.razan.center.com، ود. حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل واثبات النسب في صور الأخصاب الاصطناعي_دراسة مقارنة، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص١٨.

البيضات بواسطة الموجات فوق الصوتية يومياً حتى يتم معرفة عدد وحجم البيضات المتكونة مع متابعة التحاليل الهرمونية التي تدل على نشاط المبيضين، وعندما تصل الهرمونات إلى النسبة المطلوبة ويتم التأكد من وصول البيضات إلى مرحلة النضج[١].

ب: المرحلة الثانية : يقوم المركز الطبي خلال هذه المرحلة بسحب البويضات من رحم الزوجة عن طريق ابرة مهبلية خاصة تحت التخدير العام، ويتم تلقيح البويضة مجهريا في اليوم نفسه، وقد تطورت عملية استخراج البيضات من خلال ادخال أبرة في البطن تحت تأثير المخدر الموضعي أو الكلي حسب تقرير الطبيب المختص ويمكن ملاحظتها على شاشة جهاز الموجات فوق الصوتية وهذه الطريقة تمتاز بسرعتها وسهولتها، وهنا تظهر مسألة مدى قدرة المركز الطبي على فصل الحيوانات المنوية بطريقة الغربلة قبل اجراء عملية التلقيح المجهري لزيادة عدد الاجنة للجنس المطلوب، إذ إنه يمكن تدارك عدم مسؤولية المركز الطبي بأتلاف البويضات الملقحة التي لا تحتوي على الجنس المرغوب به وفق بنود العقد المتفق عليها، فلو يستطيع المركز الطبي تحديد الحيوانات المنوية التي تحمل كروموسوم الجنس المرغوب فيه لأمكن تدارك عدم اتلاف البويضات قبل التلقيح، ألا إنه وجدت الدراسات عدم إمكانية ذلك في الوقت الحالي[٢] .

ج: المرحلة الثالثة : يتم في هذه المرحلة استعمال الطرد المركزي لعملية الانابيب، ومن ثم الحصول على بيضة واحدة أو اكثر من المرأة ، ووضع الاجنة في حاضنات خاصة لمدة أيام (٣) لحين وصول كل جنين إلى مرحلة ٦ ـ ٨ خلايا، ومن ثم وضعها في محلول خاص مناسب لنموها ويأخذ المني من الزوج ويستخدم الطرد المركزي لتركيز الحيوانات المنوية ، ويوضع مع البيضات ومن ثم وضع البيضات الملقحة في جهاز حضانة، ومن ثم يتم ثقب جدار الجنين وسحب خلية واحدة من غير ان يؤدي ذلك إلى ضرر أو اذى في الجنين وتدرس الخلية بطريقة صبغ الكروموسومات (FISH) لتحديد الجنين[٣].

---

[١] قصي علي عباس الشمري، المسؤولية الجنائية عن عمليات أطفال الانابيب (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق قسم القانون العام، جامعة النهرين، ٢٠١٥، ص٣٧.

[٢] د.شيماء حسن، طريقة التلقيح الصناعي بالتفصيل، مقال على الموقع التالي: https://www.supermama.me تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢، وقت الزيارة ٢:٠٥.

[٣] ينظر مركز رزان التخصصي لعلاج العقم و أطفال الانابيب، المصدر السابق.

د: المرحلة الرابعة : يتم في هذه المرحلة تحديد الجنس المطلوب إذ يقوم المركز المتفق معه بعملية فرز الاجنة بعد تحديد جنس المولود، وتعمل تقنية تحديد جنس الجنين من خلال التحكم في جنس المولود إذ توصل العلماء إلى وسيلة بيولوجية يمكن بها تحديد جنس الجنين واختيار الجنس المرغوب لدى الزوجين إذ إن ماء الرجل يحمل نوعين من الجينات (Y) وتكون مسؤولة عن انتاج الذكور و(X) تكون مسؤولة عن الاناث ولتخليق الذكور تلقح الزوجة بالأولى وفي حال الرغبة تلقح بالثانية[١]، إذ استطاع العلماء فصل هذه الجينات حسب الرغبة فبعد الحصول على البيضة الملقحة توضع الاجنة في رحم المرأة بين اليوم الثاني إلى اليوم الخامس، وتنقل الاجنة بشكل قطرات إلى داخل عنق الرحم بواسطة قسطرة، وتراقبه من خلال الموجات فوق الصوتية، ولا يتم ارجاع إلا الأجنة السليمة المرغوب في جنسها إلى رحم الزوجة بواسطة قسطرة خاصة وذلك بإدخالها عن طريق المهبل وعنق الرحم لتثبيتها في جدار الرحم، ويتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل عن طريق اجراء الفحوصات وكذلك الفحص بالموجات فوق الصوتية في مدة تتراوح من يومين إلى ثلاثة أيام وبعد الاندماج بين النطفة والبويضة، وتتم عملية تحديد جنس الجنين اثناء الاخصاب الصناعي الخارجي، عن طريق استخراج بويضة المرأة ووضعها مع الحيوانات المنوية للرجل، ومن ثم توضع في أنبوب له نفس السائل اللازم للنمو وتعاد إلى رحم المرأة بعد حدوث الانقسام من يوم إلى يومين لتنمو وتتطور بعد ذلك، إذ إن اخصاب البيضة يجري خارج الجسد في الاخصاب الصناعي الخارجي ثم تنقل البيضة المخصبة إلى رحم المرأة لذلك يسمى هذا النوع بالإخصاب المعملي اوالمختبري أوالتلقيح في انابيب الاختبار[٢].

ويرى بعض الباحثين ان هذا التحكم في نوع الجنين يشكل اضطرابات قد تهدد التكوين السكاني، فإذا لم تسفر هذه العملية عن الهدف المرجو منها فأن ذلك سيؤدي إلى استغلال الرغبة لتحقيق أغراض غير مشروعة، فضلا عن معاملة الطفل كالإنتاج الموصي عليه وتسليمه بمواصفات معينة وهو تصور غير مقبول أخلاقيا واجتماعيا، فالهدف من تقنيات أطفال الانابيب ليس انتاج طفل بناء على طلب أو توصية

---

(1) Serour, G. I,Transcultural issues in gender selection. In International Congress Series, 2004, p(21).

[٢] عباس هاني حمزة، تقنيات الاخصاب الخارجي في بعض اللبائن، بحث مقدم لنيل درجة دبلوم عالي في الكلية التقنية، هيئة التعليم التقني_المسيب، ٢٠٠٨، ص١٤.

وإنَما فقط مكافحة مشكلة العقم والتغلب عليها، وعليه يمكن مواجهة هذا التهديد من خلال الاقتصار في هكذا عمليات على المراكز الرسمية المتخصصة أو المجازة من قبل الدولة ليتم الابتعاد قدر الإمكان من تحويل هذه المراكز إلى أسواق لاختيار المطلوب من قبل الزوجين وأبعاد هكذا مؤسسات صحية عن الغاية التي من اجلها نشأ التلقيح الصناعي عموما، ويتم عملية تحديد جنس الجنين بعد عملية انابيب الأطفال[١].

هـ : المرحلة الخامس : يتابع المركز في هذه المرحلة حدوث الحمل لمدة أسبوعين عن طريق وضع خطة شاملة تتضمن إعطاء مثبتات للحمل، وهذه المرحلة تعد المرحلة الاسهل من مراحل تحديد جنس الجنين، إذ تصل نسبة نجاحها تقريبا إلى (٩٩ %) كما انها لا تشكل خطرا على الاجنة حيث ان الخلية المفحوصة تؤخذ من جنين ما زال في طور الانقسام مما يؤدي إلى حدوث أي تشوهات أو تأثيرات جانبية على المولود لاحقا ولكن تقلل نسبة حدوث الحمل بدرجة بسيطة جدا عن الطرق الأخرى لأطفال الانابيب العادية التي لا يصاحبها اختيار لجنس الجنين[٢] .

الطريقة الثانية: طريقة فرز الحيوانات المنوية:

تبدأ هذه المرحلة في عقد تحديد جنس الجنين بالقيام بعملية التحديد من خلال فرز الاجنة غير المرغوب فيها، وهي تتم من خلال فرز الحيوانات المنوية التي تحمل علامة الانوثة عن تلك التي تحمل علامة الذكورة وبعدها يتم تلقيح بيضة للزوجة بالحيوان المنوي المرغوب فيه عن طريق تقنية الاخصاب الصناعي البشري الخارجي أو الداخلي وتتم في إحدى الطرق التالية:

أ. الفصل اعتمادا على الكتلة:

تستند هذه الطريقة إلى حجم كتلة الحيوان المنوي فهناك فرق بين كتلة الحيوان المنوي المؤنث والحيوان المنوي المذكر حيث يكون الأول اثقل كتلة من الثاني وعلى أساس ذلك الاختلاف يتم الفصل بين النوعين بوساطة الطرد المركزي فترتفع الحيوانات المنوية الذكورية إلى الأعلى أو إلى سطح الانبوب لأنها الاخف وتنزل الحيوانات المنوية المؤنثة للأسفل لأنها الأثقل.

---

[١] قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٨٧_٨٨.

[٢] ينظر مركز رزان التخصصي لعلاج العقم وأطفال الانابيب، المصدر السابق.

ب. الفصل اعتمادا على الشحنة الكهربائية:

ويتم وضع السائل المنوي للرجل داخل أنبوب خاص ويتعرض الحيوان المنوي الذي بداخل الانبوب إلى تيار كهربائي فيتحقق من خلاله الفصل بين الخلايا المؤنثة والخلايا المذكرة لاختلاف سرعة كل منهما كون كل منهما تحمل شحنات كهربائية غير متساوية مما يسهل الفصل بينهما[١].

ج. الفصل اعتمادا على سرعة ولمعان رأس الحيمن:

يرى المختصون أن سرعة الحيوان المنوي المذكر تكون أكبر من الحيامن المؤنثة وبهذا يصبح من السهل الفرز بين الحيوانات المنوية المؤنثة والحيوانات المنوية المذكرة وبالتالي تلقيح البويضة بنوع الحيمن المرغوب فيه[٢] .

ث. الفصل اعتمادا على الحمض النووي (DNA):

إن هذه الطريقة تقوم على أساس الاختلاف المتواجد بين محتوى الحمض النووي (DNA) للحيوانات المؤنثة والمذكرة وهذا الاختلاف هو بسبب الفارق بين احجام الكروموسومات وتتم هذه الطريقة من خلال وسم المنويات بمادة فلورية اشعاعية ملونة يتم تحميلها على الحمض النووي (DNA) للحيامن، وبعد ذلك يتم قياس كمية التفلور، ومن ثم فأن نقصانها دلالة على الذكورة وزيادتها دلالة على الانوثة ألا إنه ما يعيب هذه الطريقة كون يتم تلقيح البويضة بحيوان منوي معرض للمواد الاشعاعية والتي تؤثر سلبا على الجنين وقد يولد مشوها.

---

[١] د. حاتم امين محمد عبادة، التحكم في جنس الجنين بين النظريات الطبية والاحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١مصر، ٠، ص٤٧.

[٢] د.عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والاجنة، دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠١٥، ص٧٤.

المطلب الثاني

خصائص عقد تحديد جنس الجنين و طبيعته القانونية

لغرض تحديد خصائص عقد تحديد جنس الجنين و طبيعته القانونية سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول خصائص عقد تحديد جنس الجنين ، وفي الفرع الثاني الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين.

الفرع الاول

خصائص عقد تحديد جنس الجنين

يتصف عقد تحديد جنس الجنين بوصفه عقداً طبياً بعدة خصائص، سنتناولها على النحو الاتي:

أولا : عقد تحديد جنس الجنين من العقود الرضائية:

إن الأصل في العقود الرضائية، والعقود الطبية بصفة عامة هي عقود رضائية من حيث الأصل، إذ لا تتطلب صيغة شكلية معينة[١]، ويعرف العقد الرضائي بأنه العقد الذي يتم بتوافق إرادتي اطرافه من دون الحاجة إلى صورة معينة[٢]، ألا إن هناك استثناءات في بعض الاعمال الطبية التي تنطوي على مخاطر بالغة وتؤثر في صحة الانسان وحياته كالتجارب الطبية، وعمليات استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها، والإجهاض غير العلاجي، ومع ذلك فأن هذا لا يغير من طبيعة العقود الرضائية، وإذ يعد عقد تحديد جنس الجنين من العقود الرضائية فيكفي لانعقاده مجرد تبادل ارادات طرفيه واقتران القبول بالإيجاب، إذ لا يشترط الكتابة لانعقاده فيمكن اثباته بطرق الاثبات كافة بما في ذلك البرقيات والخطابات والتلكسات والفاكسات، فأن كان المركز الطبي قد اشترط كتابة العقد فأن ذلك لا يحول دون رضائية العقد[٣].

---

[١] زينة غانم العبيدي، مصدر سابق، ص٣٤.

[٢] د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٢٧.

[٣] يرى أحد الباحثين ان النسبة الغالبة من الأطباء يفضلون الرضاء الشكلي (المكتوب) للمريض بأي عمل طبي، ويميز بين نوع العمل الطبي فيما إذا كان علاجيا أو جراحيا: فإذا كان العمل الطبي جراحيا هذا يفترض ان يكون رضاء المريض مكتوبا وبنسبة (١٠٠%) متى كان ذلك ممكناً اما إذا كان العمل الطبي علاجيا ففي هذا الفرض يكفي الرضاء الشفوي كأصل عام والا فأنه يشكل عبئا على عمل الطبيب، زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٣٤.
Clémen. J.M t, *Les grands principes du droit de la santé* , Etudes hospitalières, 2005, p(113)

لان الكتابة هنا تشترط لأثبات العقد لا لانعقاده هذا من جانب، ولا في حالة اتخاذ العقد صورة النموذج المطبوع المعد من قبل المركز الطبي ليقتصر دور الزوجين على التوقيع من جانب اَخر[١].

والقاعدة العامة ان يشترط رضا المريض ليبدأ الطبيب بعملية العلاج، فلا يمكن للطبيب القيام أو مباشرة العملية الطبية إلا بموافقة المريض بوصفه ركن من أركان العقد الطبي بعامة وعقد تحديد جنس الجنين بصورة خاصة [٢] فيشترط رضا الزوجين للقيام بعملية تحديد جنس الجنين.

والرضا في العقود الطبية قد يكون معيباً إذا أخل الطبيب بأحد الالتزامات التي يتوجبها العقد الطبي والتي تلزم الطبيب بالتبصير وبالسر المهني إذ يصبح رضا المريض فيها معيباً نتيجة عدم التزام الطبيب فيها بتبصيره بالمرض الذي يصيبه، فعلى سبيل المثال أن الزوجين قد يكون هناك نسبة حدوث حمل نتيجة الملاقاة الطبيعية بينهما قوية باتباع بعض التعليمات والادوية، إلا إن الطبيب لا يكشف لهما عن هذه النسبة ومن ثم يوقعان في غلط في انهما يجب ان يقوما بالتلقيح الاصطناعي نتيجة عدم تبصير الطبيب بالنسبة الحقيقية لحدوث الحمل بشكل طبيعي، فيعد رضائهما معيبا لأنه مبني على غير الحقيقة إذ وقعاً نتيجة استغلال الطبيب عدم امتلاكهما الخبرة العلمية الكافية للكشف عن هذه النسبة، فالالتزام بالتبصير بصورة عامة يشمل المعلومات الضرورية للتعاقد وتقديم النصيحة للزوجين عندما يتعلق الأمر بمسألة معقدة أو مركبة لحدوث الحمل، وهذه النصيحة تشتمل على تقييم المنافع المتوخاة من عقد تحديد جنس الجنين إذا كانت تمثل مصلحة جديرة بإبرامه، ويلتزم المركز الطبي بهذا الالتزام لأن لديه الدراية والتخصص الكافي التي تسمح له بتبصير المريض، وأن يكون عالماً بالبيانات التي يتعين عليه تبصير الزوجين بها، نتيجة وضع ثقتهما فيه، ومن ثم يكون الرضا معيبا إذا استغل المركز الطبي هذه الثقة في إيقاع الزوجين في غلط لدفعهما نحو إبرام العقد، إذ يستفاد من عدم خبرة الزوجين، ذلك لحرمان المركز الطبي من الاستفادة بطريقة تعسفية من جهل وعدم دراية الزوجين[٣].

---

[١] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص٣٠٥.

[٢] د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بأراء الفقه واحكام القضاء، ط١، منشورات ئاراس ، ٢٠٠٦، ص٤٩، مالك حمد محمود، مصدر سابق، ص٤٩.

[٣] د.أحمد محمود حسين ود. زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، مجلد (٨) السنة الحادية عشر، العدد (٣٠)، ٢٠٠٦.

وبالنسبة لعقد تحديد جنس الجنين فأنه قد لاحظنا من خلال الاطلاع الميداني على بعض العقود التي تضعها بعض المراكز الطبية المتخصصة[١] انه يشترط أن يوقع الزوجان على استمارة مطبوعة مسبقاً تشتمل في بعض شروطها على (تعهد الزوجان بالموفقة على العملية، يوقع الزوجان بعدم مقاضاة المركز الطبي في حال فشل العملية لأي سبب كان، وانه يحتفظ المركز في رفع دعوى التشهير في حال رفع أحد الزوجين دعوى على المركز الطبي).

ويلاحظ أن هذه الشروط تحرص على ايرادها معظم المستشفيات الخاصة لضمان الحماية القانونية الكاملة، ولتحرص على عدم قيام المريض أو من يمثله بمقاضاة الطبيب حتى لو ارتكب خطاً طبياً عادياً أو فنياً[٢].

ويلاحظ ان هذه الشروط تحمل في معناها الاعفاء من المسؤولية، وهو ما يضر بمصلحة الزوجين على الرغم من توقيع العقد إنَما للحصول على موافقة الزوجين على اجراء العملية وليس الهدف منه منعهما من حق كفله الدستور لأي مواطن وهو حق التقاضي، ويلاحظ ان القضاء العراقي اعدَ ان هذه الشروط هي مناقضة للقانون وغير صحيحة، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز (أن قرار محكمة بداءة كركوك غير صحيح ومناقض للقانون إذ اعتبرت من توقيع المريض نزول عن حقه في مقاضاة الطبيب الجراح، والمستشفى خصوصا أن الطبيب قد قصر في عمله)[٣].

إذ نقضت محكمة التمييز قرار محكمة بداءة كركوك بأن توقيع المريض على استمارة اجراء العملية موافقة صريحة منه على العملية، وبالوقت نفسه نزولا عن حقه في مقاضاة الطبيب الجراح أو المستشفى لأي سبب كان على وفق الصيغة التي وضعت في اضبارة المريض علما أن الطبيب قد قصر

---

[١] وقد تكونت هذه الرؤيا من خلال زيارة بعض المراكز في بغداد و الحلة و النجف، على الرغم من صعوبة الحصول على نسخة من هذه العقود كون ان هذه المراكز لا تسمح بتصويرها أو اخذ نسخة منها الا اننا قد حصلنا على نسخة لهذا العقد من مستشفى الحياة في النجف بتاريخ ١٥/ ٥/ ٢٠٢٠ اما قبل هذا التاريخ لم يسمحوا لي بأخذ نموذج، اما مركز طيبة في الحلة لم يسمح لي بأخذ نموذج خلال زيارته في تاريخ ٤ / ٦ / ٢٠٢٠ وأيضا عند زيارته قبل هذا التاريخ .

[٢] زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٤٤.

[٣] قرار محكمة التمييز في العراق ذو الرقم/ ٤٣٩/ م٣ / ٢٠٠٢ صدر في ١٩/ ٥ / ٢٠٠٢ غير منشور، نقلا عن زينة غانم يونس العبيدي، المصدر السابق، ص٤٤.

في عمله الطبي تجاه مريضه، إذ اعتبرت محكمة التمييز أن هذا القرار غير صحيح وأن مصلحة المريض تقتضي الحق في المطالبة بالتعويض ومقاضاة الطبيب لتقصيره .

كما أن قانون الاخصاب البشري وعلم الاجنة البريطاني عام (١٩٩٠) وضع موافقة الزوجين كتابة وذلك لضمان موافقتها على عملية الانجاب[١].

ثانيا: عقد تحديد جنس الجنين من العقود الملزمة للجانبين:

يعد عقد تحديد جنس الجنين عقد ملزم للجانبين، لأنه يلقي على عاتق طرفيه التزامات متبادلة، فيلتزم المركز الطبي بتحديد الجنس والاعلام وتقديم النصح والحفاظ على سلامة الزوجة، مقابل التزام الزوجين بأداء مقابل مالي، واحترام و تنفيذ تعليمات المركز الطبي، كما يتميز عقد تحديد جنس الجنين بأنه من عقود الثقة فيقتضي ان يكون تنفيذ العقد بمقتضى مبدأ حسن النية، ويقوم هذا المبدأ على الزام المتعاقد لتنفيذ العقد على وفق ما اشتمل عليه بطريق تتفق مع ما تقضيه متطلبات حسن النية وهو ما أكدهُ عليه المشرع العراقي، إذ نص على (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[٢].

كما يقتضي مبدأ الثقة بين الطرفين التزام الطرفين بما يمليه العقد بحيث يسلم الزوجان مسألة التحكم بالعملية للمركز الطبي بناء على الثقة بين طرفي العقد، وذلك لصفة الاحتراف في جانب الطبيب بوصفه مهنياً محترفاً ضمن تخصص عمليات التلقيح الصناعي، على خلاف الطرف اَلاَخر وهو (الزوجين)[٣].

---

[١] نقلا عن د.حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل واثبات النسب في صور الاخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص١٢٥.

[٢] المادة (١٥٠/ فقرة ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، تقابلها المادة (١٤٨ / فقرة ١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، د.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية_دراسة مقارنة بين القوانين المدنية ومشروع القانون المدني الموحد مع الاشارة إلى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العالمية، بيروت، ١٩٧١، ص٦٠_٦٢.

[٣] بوليل اعراب، مصدر سابق، ص٤٣.

ألا إنه ثمة رأي يتجه إلى أن العقد الطبي غير لازم فيمكن للزوجين انهاؤه متى ما فقدا الثقة بالطبيب [١].

ويرى الباحث أنه يجب أن يكون عقد تحديد جنس الجنين من العقود الملزمة للجانبين ومن ثم لا يمكن لأحد طرفيه انهاؤه بإرادته المفردة، حتى ولو فقد الثقة بالمركز الطبي لسبب أو لأخر، فعامل الثقة يدخل في إبرام العقد وليس في تنفيذه فلو أبرم العقد يجب على الطرفين تنفيذ التزاماتهما على وفق البنود التي اتفقا عليها ، فإذا اخل أحد طرفيه بالتزاماته قامت مسؤوليته العقدية بناء على هذا الاخلال .

ثالثاً: عقد تحديد جنس الجنين من عقود الإذعان:

يعرف عقد الإذعان بانه العقد الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط معينة يقررها المتعاقد اَلاخر، فلا يكون أمامه ألا أن يقبل الشروط من غير مناقشتها و يتعاقد على أساسها أو يرفض إبرام العقد[٢].

ويقترب عقد تحديد جنس الجنين من عقد الإذعان من ناحية أن ضعف المريض بالنواحي الطبية وعدم المامه بالمشكلات الصحية التي تواجهه تثير مسألة خضوعه التام لشروط المركز الطبي سواء من الناحية العلاجية والمخاطر المترتبة عليها، ومن ثم تكون هذه الثقة غير مقيدة بشروط وغير خاضعة لرقابة أحد، وهو ما يجعل المركز الطبي مستقلاً بوضع الشروط التي يضعها، ويترك للمريض الموافقة عليها من دون مناقشة [٣].

---

[١] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص٢٨٤.

[٢] د.ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية_ كلية القانون، جامعة تكريت، العدد (٥)، السنة (٢)، ص٤٢. وكذلك انظر د.احمد شوقي عبد الرحمن، المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام، بلا دار نشر، ٢٠٠٨، ص٣٤-٣٥.

[٣] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص٢٧٣.

Alexandra Guillemain, LA Formation du Contrat Msdical_Droit Commun Des Contrats Ou Droit SPECIAL?, Master 2 Droit du Marché, 2011, p(21).

ويرى بعض الفقهاء ان الخبرة الفنية التي يملكها المركز الطبي، التي يجهلها الزوجان تجعل من المركز الطبي مسيطرا من جانب وضع الشروط في العقد، وهو ما شجع بعض الأطباء في المطالبة بأن تكون الثقة بين المريض وطبيبه غير مشروطة وغير خاضعة للرقابة[١].

وتظهر صفة الإذعان في العقد المبرم بين الطرفين عند قيام المركز الطبي بتنظيم العقد بتفاصيله، إذ يقتصر دور الزوجين على قبول شروطه كما هي و دفع الاجر المتفق عليه.

ويترتب على ذلك أن الزوجين هما الطرف المذعن والمركز الطبي هو الطرف المذعن له، ومن ناحية ثانية أسهم وجود الخبرة العلمية لدى المركز الطبي التي تكفل له الإلمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بموضوعات العقد التي يبرمه مع الزوجين في منحه مركزا اقوى سواء من حيث الناحية العلمية أو الاقتصادية، إذ يتمتع المركز الطبي بمستوى عال من المعرفة التامة بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد إلى جانب مركزه الاقتصادي والمالي المرتفع، في حين يكون الزوجين بوصفهما الطرف المذعن شخصا بسيطا من حيث المركز الاقتصادي ومن حيث مستوى الدراية والمعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد، وهذا التفاوت خلق نوعا من الإذعان المزدوج سواء من حيث الإذعان الاقتصادي أو العلمي، وهو ما أدى إلى وجوب فرض نوعاً خاصاً من صور الحماية للطرف المذعن سواء بفرض ضرورة إعلام الطرف المذعن بكل المعلومات الضرورية حول العقد من جهة، فضلا عن مواجهة شروط العقد التعسفية عبر تشريع قوانين خاصة بحماية المتعاقد المذعن.

إن وصف عقد تحديد جنس الجنين بأنه عقد اذعان تكون في حالة وضع المركز الطبي عقداً كاملاً لكافة شروطه مع بيان مبلغ اجمالي لكل خدمة من الخدمات التي يتضمنها، إذ يتمتع المركز الطبي بمستوى عال من المعرفة التامة بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد إلى جانب مركزه الاقتصادي والمالي المرتفع وليس امام الزوجين سوى القبول أو الرفض حيث يوصف اذعان المتعاقد بأنه الرضا بعينه فهو عندما يقرر بأن يتعاقد أو لا فأن الامر متروك لإرادته ورضاه ولا يغير من وصف العقد بأنه في الأصل هو عقد رضائي الاختلال في المساواة الفعلية بين طرفي العقد سواء كان الاختلال في العلم و الدراية، أو في القوة الاقتصادية كعقود الاحتكار لخدمات المرافق العامة فأن المساواة ليست شرطاً في العقد.

---

[١] عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، مصدر سابق، ص٧١.

ومن ثم يذهب رأي إلى أن العقد الطبي هو عقد اذعان وذلك لاختلاف المساواة في العلاقة بين الطبيب والمريض، فيكون هناك طرفين في العقد الطبي أحدهما الطرف القوي وهو الطبيب والآخر هو الطرف الضعيف وهو المريض الذي يكون في مركز ادنى من الطبيب نتيجة لجهله بالمسائل الطبية، فيلجأ إلى علم الطبيب لحماية صحته وحياته فيعطي للطبيب مطلق الحرية لاتخاذ ما يراه مناسباً لحالته الصحية، فيمكن للطبيب اتخاذ أي موقف يراه مناسبا في علاقته بالمريض[١].

فإن عقد الإذعان يقتضي وجود تفاوت واختلال كبير بين طرفي العقد من ناحية القوة الاقتصادية بين الطرفين كما ان عقد الإذعان يعطي للقاضي سلطات متعددة تتيح له الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبسلطة واسعة في تعديل عقد الإذعان[٢]، ومن ثم فقد اعتنت التشريعات ومنها المشرع العراقي بتوفير الحماية المطلوبة للطرف المذعن في حالة الإذعان من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تعديل أو الغاء شروط العقد التعسفية، إذ نصَ على انه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك على وفق ما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[٣] فضلا على تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان مديناً إذ نَص على انه (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا)[٤]، فيمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة فيه أو أن يعدلها أو ان يفسر عبارات العقد لصالح الطرف المذعن دائنا كان ام مدينا[٥].

ألا إن هناك من يرى ان العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على الثقة، وليس من مقتضى هذه الثقة أن يترك المريض للطبيب ان يعالجه كيفما يشاء، إنَما هي ثقة متبادلة تفرض المصارحة والتعاون المثمر بين طرفي العقد، فإذا شعر المريض بأن الطبيب قد أخفى عنه شيئا أو تعمد الكذب عليه يؤدي ذلك

---

[١] زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٣٤.

[٢] د. ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر، مصدر سابق، ص٥٣.

[٣] المادة (١٦٧/فقرة ٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل، يقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) المعدل.

[٤] المادة(١٦٧/ فقرة ٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، يقابلها المادة (١٥١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

[٥] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

إلى فقدان الثقة به، إذ يولد هذا الشعور في نفس المريض شعورا باليأس والإحباط مما يدفعه إلى المطالبة بأنهاء العقد وتغيير الطبيب[١]

وهناك رأي يقول لا يوجد وجه للشبه بين عقد الاذعان والعقد الطبي، كون الأول يشترط توافر رضا الزوجين اولاً بوصفهما طرفاً ضعيفاً في العقد، كون الطبيب ملزماً بأتباع اخلاقيات مهنة الطب بأخذ رضاء مرضاه بأي عمل طبي، والقبول في عقد الاذعان يقوم على اساس التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر بصيغة الموجب ولا يقبل المناقشة، وبالعكس ان العقد الطبي لا يبرم الا يدخل أطرافهُ في مفاوضة ومناقشة بخصوص المرض الذي قد يعاني منه المريض، ومناقشة ما تتطلب حالة المريض من أتخإذ اجراءات طبية قد تكون جراحية أو علاجية وما هي اَلاثار التي قد تترتب في حالة عدم خضوع المريض للعلاج، وكذلك دراسة اثار العلاج بعد اجراءه، فضلاً عن دفع الأجور المالية، وبعد كل ما ذكر قد يصل الطرفين إلى صيغة معتمدة ومتفق عليها لأبرام العقد بينهما، ويذهب هذا الرأي بقوله لا يمكن الدفع بأخلال المساواة بين أطراف العقد الطبي بالقول بأن عقد إذعان، بل يعد ما ذكر سبباً قد يفرض على الطبيب التزاماً بأعلام المريض والقيام بتبصيره بكل ما يخص حالته على ان يراعى نسبية ذلك، وهناك حالات قد تتطلب التشديد بالتبصير أو التخفيف منه على وفق طبيعة العمل الطبي وشخصية المريض نفسه ونوع مرضهُ[٢].

وتأكيدا لهذا الرأي فيرى بعض الفقهاء ان عقد الإذعان قد يقوم على أساس احتكار سلعة معينة هي موضوع العقد، ويؤكد ان العقدين قد يختلفان من حيث موضوع كل منهما إذ ينصب عقد الإذعان على البضائع أو السلع الضرورية[٣]، ألا إن عقد الإذعان هو في الواقع يختلف عن العقد الطبي بصفة عامة إذ إنه يرد على سلعة أو خدمة عامة يقدمها أحد المرافق الضرورية مع صدور ايجاب لكافة الناس وبشروط واحدة وقد يكون لمدة غير محددة[٤] في حين ان مهنة الطب لا تقوم على أساس الاحتكار الفعلي، فللزوجان الحق والحرية في ان يختار المركز الطبي الذي يعالجه أو أن يختار العلاج لدى إحدى المؤسسات العلاجية خاصة كانت ام عامة، وبهذا لا يمكن تصور وجود جهة معينة قد تحتكر العلاج، ويرى بعض الفقه انه لا

---

(1) Pansier et C. Charbonneau, « Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (1ère partie) », Petites affiches, 13 mars 2002 n° 52, p:(5).

[٢]) د. محمد سعيد رجدي، عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٨٦، ص٥٩.

[٣] عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، مصدر سابق، ص٧٣.

[٤] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص٢٧٣.

يمكن وصف العقد بأنه عقد اذعان لمجرد تمتع أحد الطرفين بمركز اقتصادي قوي يسمح له بفرض شروطه لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي وتوفر الايجاب الموجه إلى الجمهور، إذ يبقى عنصر الاحتكار لمرفق ضروري من ضروريات الحياة لجمهور المنتفعين، إذ يقتضي توفر هذا العنصر لوصف العقد بأنه عقد اذعان[١].

والباحث مع الرأي القائل بأن عقد تحديد جنس الجنين اقرب ما يكون إلى أنه عقد اذعان إذ يتضمن في كل صوره بصورة عقود تحتوي شروطا مسبقة تضعها المراكز الطبية، وهي لا تقبل المناقشة من قبل الزوجين إذ يشترط ان يوقعا على هذه العقود ليتم الانتقال إلى مرحلة العملية، اما بالنسبة لشرط احتكار سلعة معينة أو ضرورية لأحد المرافق والذي يجب ان يتضمنه عقد الإذعان فأن تحديد جنس الجنين لم يصل إلى مرحلة التطور بحيث انه يمكن لمعظم المراكز الطبية القيام بهكذا عمليات، إنَما نجد العكس تماما إذ لا يوجد مراكز متخصصة في هذه العملية سوى عدد قليل منها وهو ما يظهر مسألة احتكار هذا النوع من العمليات، ومن ثم يجد الزوجين نفسيهما مضطرين لأبرام العقد كما ورد في المركز الطبي، وعليه فأن عدَ العقد عقد اذعان يتيح للقاضي تعديل بنوده أو تعديل المراكز العقدية للوصول إلى توازن بين طرفي العقد.

رابعاً : عقد تحديد جنس الجنين عقد مستمر:

يتطلب تنفيذ عقد تحديد جنس الجنين مدة زمنية غير محددة بحسب النتيجة المطلوبة، ومن ثم يتصف بأنه عقد مستمر وليس فوري التنفيذ[٢]، إذ إنه من العقود المتتابعة إذ لا يكون تنفيذه فورياً وإنَما يتراخى تنفيذه لفترات طويلة بحسب حالة الزوجين المعروضة أمام المركز الطبي[٣].

---

[١]د.حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات_ مصادر واحكام الالتزام، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٦، ص٦٤_٦٦.

[٢]د.محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط١، سلسلة محاضرات جامعة مسيرة، ٢٠١٠، ص٧. الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص٢٨٥.

[٣] مالك حمد محمود، مصدر سابق، ص١١٧.

خامساً: عقد تحديد جنس الجنين عقد احتمال:

يعرف العقد الاحتمالي بأنه العقد الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين تحديد ما يقدمه أو ما يتلقاه إذ يترك امر ذلك لما يتحدد مستقبلا تبعا لحدوث أمر معين محقق الوقوع أو غير معروف وقت حدوثه[١].

سادساً: عقد تحديد جنس الجنين قائم على الاعتبار الشخصي:

يتصف العقد الطبي بأنه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي بالنسبة لطرفيه، فللمريض كامل الحرية في اختيار طبيبه، على وفق ما يراه ملائما، فيختار المريض الطبيب بناء على ما يتمتع به من إمكانيات علمية وقدرة في معالجة مرضه، ويترتب على الاعتبار الشخصي أنه ينقضي بوفاة أي طرف من اطرافه، ومن ثم أن الزوجين يختارا المركز الطبي الذي يكون مناسباً وفق ما يرونه، فإذا تعرض المركز الطبي بوصفه شركة تجارية إلى أي طريق من طرق انقضائها أو تعرض للإفلاس فينقضي عقد تحديد جنس الجنين حتى في حالة إحالة المركز الطبي عملية التحديد إلى مركز اخر، فأن الزوجين لا يجبران على متابعة العملية عند المركز الآخر إلا على وفق رضائها[٢].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين

اختلف الفقه في الطبيعة القانونية للعقود الطبية بصفة عامة، كما يؤثر تحديد الطبيعة القانونية لالتزام المركز الطبي في مسؤوليته وعليه سنتناول هذا الفرع في فقرتين وعلى النحو الاتي:

أولا: الاتجاهات الفقهية في الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين:

اختلف الفقه إلى ثلاثة اتجاهات في الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين:

الاتجاه الاول انه من عقود العمل :

يتسم عقد العمل بانه عقد رضائي وملزم للجانبين ومن عقود المعاوضة اذ ان كل من طرفي عقد العمل يقدم مقابل لما يبذله الطرف الاخر وانه من عقود المدة لان العمل ينصب في مدة معينة[٣] وهو الامر الذي دفع

---

[١] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق ، ص٣٠٩ .

[٢]زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٤٩.

[٣] د.عدنان العابد د.يوسف الياس، قانون العمل، شركة العاتك، بغداد، بدون سنة طبع ، ص١٩٨-١٩٩

ببعض الفقه[١] في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تحديد جنس الجنين انه من عقود العمل نتيجة لاوجه التشابه في المبررات بين كل من العقدين ألا إن هذا الرأي لم يصمد امام الانتقادات التي جاء في مقدمتها ان عقد العمل يتميز بعنصر التبعية الذي قد تعطي لصاحب العمل الحق في الرقابة والاشراف وكذلك توجيه العامل في أدائه للعمل والانصياع لتعليماته وأوامره، فتبعية العامل لصاحب العمل هي قد تكون في مجملها تبعية قانونية وقد تتخذ صورتان: الأولى تبعية فنية، وتتحقق في حالة امتلاك صاحب العمل الدراية الفنية لتوجيه العمل، وتحديد طريقة أدائه، وبالتالي إن صاحب العمل يهيمن على أداء العامل ويراقب مراحل انجاز العمل كافة، والثانية: تبعية تنظيمية وإدارية، وهي حق صاحب العمل في الرقابة والاشراف وتوزيع ساعات العمل والتنظيم الفني له، وحقه في فرض قواعد الأمن وسلطة التأديب، ألا إن العقود الطبية وان قد تكون تقترب من عقد العمل من حيث عنصري العمل والأجرة، ألا إن هذه النظرية لم تسلم من النقد من جوانب عدة خصوصا من جانب غياب عنصري التبعية التنظيمية والإدارية بين الطبيب والمريض[٢].

الاتجاه الثاني انه عقد وكالة:

ويذهب رأي اَخر إلى عدَ العقد الطبي ومن ضمنه عقد تحديد جنس الجنين هو عقد وكالة على أساس أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة، إنَما تخضع في حقيقة الامر لأحكام عقد الوكالة ومن ضمنها الخدمات تلك التي يؤديها الأطباء، ألا إن هذا الاتجاه قد تعرض لكثير من النقد فالوكالة في الأساس هي عقد تبرعي، لكن يجوز ان تكون بعوض وهذا بأتفاق الطرفين، وهو ما يختلف عن عقد تحديد جنس الجنين الذي هو من عقود المعاوضة [٣]، كما أن الوكالة هي عقد غير ملزم، إذ يجوز في الأصل للموكل عزل الوكيل، ويجوز للوكيل التنحي عن الوكالة، وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة أو قبل البدء فيه [٤].

---

[١] د.رمضان خضر شمس الدين، التنظيم القانوني لعقد العلاج الطبي في التشريعات العربية والتشريع الفرنسي المقارن، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص١٨ـ٢٣.

[٢] بوليل اعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة اكلي محند اولحاج_البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣، ص٢١_ ٢٥.

[٣] د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص١٠٨. الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن اضرار البدائل الصناعية الطبية أطروحة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠٠٦، ص٣٠٧.

[٤] مالك حمد حمود، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠٦.

الاتجاه الثالث انه عقد مقاولة:

ويرى اتجاه ثالث بان العقد الطبي بعامة هو عقد مقاولة، وذلك لان الطبيب يقوم بأداء عمل هو العلاج لقاء اجر معلوم، فأن العقدان قد يشتركان في عنصرين أساسيين، وهما العمل والأجرة ألا إنه قد وجهت له عدة انتقادات ومن ضمنها ان التزام الطبيب في العقد الطبي ببذل عناية وليس تحقيق الغاية من العلاج وهو الشفاء فيما عدا الحالات الاستثنائية التي قد يلتزم فيها الطبيب بالتزام محدد بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة المريض، وهي قد تختلف عن طبيعة الالتزام في عقد المقاولة الذي يكون بتحقيق نتيجة، وذلك بحالة صنع شيء أو القيام بالعمل المتفق عليه[١].

وعليه فأن الاتجاه الراجح انه عقد مدني، فإذا ما كان العقد الطبي من عقود المعاوضة في الأصل، وان الطبيب قد يؤدي خدماته مقابل اجرة، فقد يتصور أن يكون هدفه ربحياً وأنه من العقود التجارية، لكن يتميز بأنه يرد محله على جسم الانسان الذي يخرج عن دائرة المعاملات التجارية، فأن طبيعته القانونية تأبى أن تكون من العقود التجارية فهو أذن عقد مدني[٢].

ثانيا : الطبيعة القانونية لالتزام المركز الطبي :

يؤثر تحديد الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب أو الاخصائي، وسواء كانت العلاقة بين الطبيب أم الاخصائي والمريض محكومة بالعقد أم خاضعة للقواعد العامة، أن المرجع في تحديد مداها هو قواعد المهنة الطبية، والخطأ العادي هو عدم الحاجة إلى الرجوع لأهل الخبرة من الفنيين تأسيسا لصدوره من الطبيب أم الاخصائي خارج قواعد المهنة أن الأصل يبقى مع ذلك، وقواعد المهنة هي التي قد تحدد التزام الطبيب، وبخصوص ما يتعلق بالخطأ المهني أن الطبيب قد يعُد مخطئاً كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه أصول مهنته وأن التمييز التقليدي بين الالتزام بعناية والالتزم بنتيجة إنَما يستند لمعياريين رئيسين، فالإرادة قد تكون هي المعيار عند اشتراط الدائن تحقيق النتيجة، أما المعيار اَلاَخر فهو الاحتمال في ما يتعلق بمدى تحقق النتيجة، وعليه سنتناول في هذا الفرع تحديد نوع الالتزام في فقرتين وعلى النحو الاتي:

---

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ، المجلد الأول، ج٧، مصدر سابق ، ص١٨

(٢) د.أحمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص٤. د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠١٥، ص٤٨. بوليل اعراب بلعزوز رابح، مصدر سابق، ص٣٦، ٥٦.

١. الأصل الالتزام ببذل عناية:

إن عقد العلاج قد يوجب على الطبيب الالتزام بالسلامة، وذلك لا يعني الالتزام بشفاء المريض أو عدم اصابتة بعاهة مستديمة أو عدم تردي حالته إذ إن حالة الشفاء تكون مرتبطة بمناعة جسم الانسان وتمكن المرض منه، وكذلك مرتبطة بحدود التقدم العلمي المتصل بمعرفة المرض وعلاجه، كما ان تحقيق المراد من عملية تحديد الجنس يتوقف على عدة اعتبارات وعوامل كثيرة عوامل كثيرة واعتبارات، فهو قد لا يقع على الطبيب أم الاخصائي وحده بل قد تلعب عدة ظروف في نجاح عملية تحديد جنس الجنين كحالة المريض الوراثية ومناعته واصابته بأمراض اخرى، وأن معظم الأعمال الطبية يوجد فيها نسبة من المخاطرة فلا يوجد اجراء علاجي أو تشخيصي خالٍ تماماً من المخاطر[١].

فعلى الطبيب ان يبذل ما في وسعه في سبيل نجاح عملية تحديد جنس الجنين وبذل أقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية أو بمعنى اَخر يكون التزام الطبيب أو الاخصائي في الأصل التزاما ببذل عناية، ولكن هذا لا يمنع في بعض العمليات من أن يكون التزامه بتحقيق نتيجة.

من المقرر في العقود الطبية عموما ان الطبيب قد لا يلتزم بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إذ إن التزام الطبيب يكون في الأصل هو التزام ببذل عناية وذلك لأنه معالج، ومع ذلك فأن الفقه يجيز بان يتحول هذا الالتزام إلى التزام بنتيجة متى ما انصرفت ارادتا الطبيب والمريض إلى ذلك.

ويظهر التزام المركز الطبي تبعا للاتفاق، فيمكن أن يعُد المركز الطبي مريضه بنتيجة معينة [٢] مثل الالتزام بالسلامة، والسلامة تعني حماية المريض من خطأ الطبيب وكذلك حمايته من الأجهزة التي يستعملها، إذ إن عليه ان يستعمل أجهزة جيدة متناسبة مع ما يقوم به من عمل طبي أو جراحي، وأن

---

[١] وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية_كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨، ص٤٠.

[٢] بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل و زرع الأعضاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، جزائر، ، ٢٠١٩، ص٦٠.

يستعمل الات معقمة تحسبا لما يمكن ان يتولد من نتائج سلبية ووقاية للمريض من الضرر فشفاء المريض يتوقف على حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة إمعان المرض فيه، والوراثة والسن[١].

وكذلك يتوقف على مدى التقدم العلمي وانتشاره، فالقصور في علم الطب وعدم الانتشار قد يكونان مسدين لسد الطريق على شفاء العديد من الامراض، وثمة افات مرضية ما يزال علاجها مجهول إلى يومنا هذا وأن الطبيعة الغامضة للجسم البشري، وما قد يتعرض له الإنسان من ظروف يعاني أو يجابه من صراعات ومشاكل وهموم إنَما قد تجعل من غير المعقول بألزام الطبيب بشفاء المريض، في مثل هذه الأحوال وغيرها قد لا يستطيع التنبؤ أو الجزم بالنتيجة التي ستفضي إليها جهوده[٢].

لذا كان على الطبيب أو الاخصائي ان يبذل العناية المطلوبة بحسب طبيعة المرض الخاص بالمريض، ويصف للمريض علاجا قد يتفق ومعطيات الفن والعلم وأصول المهنة الطبية، أما القضاء العراقي فقد عدَ التزام الطبيب أو الاخصائي هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية، وقد قررت محكمة التمييز ان (التزام الطبيب بمعالجة المريض والعناية به لا يعني التزامه بضمان الشفاء والسلامة له، ولا يسأل ان ازداد المريض مرضا ما لم يكن بتقصيره، ولا يكون مقَصرا إذا استند في العلاج إلى أسس فنية وعلمية)[٣].

كما اتجهت محكمة النقض المصرية إلى أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية (الطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه وبنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة، وإنَما هو التزام ببذل عناية، ألا إن العناية المطلوبة منه تقتضي ان يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب)[٤].

---

[١] منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨ ص١٦٠ـ١٦٥. وانظر، محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٠، ص٩٩.

[٢] وائل تيسير محمد عساف، مصدر سابق، ص٤١. وانظر د. محمد زكي مصدر سابق، ص٤١.

[٣] قرار محكمة التمييز رقم /٥٣٥ /التمييزية ٦٨ في ٣٠ /١١ /١٩٦٨ نقلا عن زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٤٤.

[٤] حكم في /٢٦ / يونو / ١٩٦٩ / نقلا عن وائل تيسير محمد عساف، مصدر سابق، ص٤٣.

وتبين من هذا أن القضاء في مصر قد اخذ بالوجهة التي تقرر أن مسؤولية الطبيب أو الاخصائي هي مسؤولية ببذل عناية وليس تحقيق غاية.

فيتبين لنا أن التزام الطبيب أو الاخصائي هو في الأصل، التزام ببذل عناية، فإذا ما ساءت حالة المريض الصحية أو خاب العلاج ولم تتحقق النتيجة وهي تحديد جنس الجنين عند خضوع الزوجين للعملية، فلا يعد الطبيب أو الاخصائي مخطئا، ما لم يقم الدليل بأثبات ذلك الخطأ بأعتماد معيار موضوعي وهو قد يكون المعيار المعتمد وهو معيار الطبيب أو الاخصائي المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة وإذ يكون محاط بذات الظروف التي قد أحاطت الطبيب أو الاخصائي المعالج وذلك بمقارنة ما فعله هذا الطبيب المعالج بما كان سيفعله الاول على ان يكون الاثنان من مرتبة أو طائفة واحدة من حيث الاختصاص والشهادة ومن هذا المعيار يستطيع إثبات مسؤولية الطبيب.

وينبغي التعامل مع كافة الظروف الزمانية من حيث اعتماد المعايير الحديثة في تحديد جنس الجنين، والمكانية لعمل المركز الطبي، من حيث الأجهزة الطبية اللازمة، فتدخل في تقدير العناية الكافية التي بذلها المركز الطبي[١] ما دام التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية فليس من المعقول مطالبته بضمان سلامة المريض وذلك لان مثل هذا الالتزام لا وجود له.

ولذلك فقد اصبح من المحرم على المركز الطبي أن يبقى متمسكاً باهداب الماضي والعيش فيه بل يجب عليه ان يتماشى مع الحياة العصرية ويواكب التطور العلمي الحديث، فأن اغفل ذلك وجبت مسؤوليته، ومع ذلك يجب أن لا نغفل عن حرية كافية في اتباع طريقة علاجية معينة لم يتبعها طبيب اخر، بل ان المصلحة تقتضي أن تدع للطبيب قدراً من الحرية في ممارسة مهنته، فالمرضى هم ليسوا كالأشياء المثلية بحيث يكون احدها كالأخر.

٢. التزام بنتيجة:

إن لكل انسان الحق في الحفاظ على سلامة جسمه، ومن ثم قد تدعو اعتبارات الثقة في ائتمان الطبيب أو الاخصائي على ذلك قيام التزام قانوني يوجب على المركز الطبي ضمان سلامة المريض وهو ما

---

[١] نقلا عن د.محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء، الجراحين، أطباء الاسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والممرضات، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنه طبع، ص١٥٠.

تنهض عليه الالتزام بتحقيق نتيجة، إذ إن الالتزام بنتيجة يتواجد مع الالتزام بضمان السلامة في العقود بصفة عامة[١].

يمكن أن يكون التزام المركز الطبي بتحقيق نتيجة على سبيل الاستثناء فالأصل التزامه ببذل عناية، وأن فكرة الاحتمال تحول دون التزام الطبيب أو الاخصائي بتحقيق نتيجة ولكن إذا مازال هذا الاحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة [٢]

إن هناك التزام على المركز الطبي بتحقيق نتيجة في بعض الحالات التي لا تقبل الاحتمال كما في عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية وعمل التركيبات الطبية وتحديد نوع الكروموسوم الذكري والانثوي[٣].

فيبدو أن التزام المركزي الطبي في عمل التحاليل الطبية التزاماً بتحقيق نتيجة، ويسأل إذا لم تتحقق النتيجة محل الاتفاق ما لم يثبت أن إخلاله بالتزامه قد يرجع إلى سبب اجنبي ولا يد له فيه، وذلك لأن عمل المركز الطبي هنا مرتبط بأعمال تدخل ضمن اختصاصه وهي لا تقبل احتمال الصح أو الخطأ[٤].

كما أن التزام المركز الطبي في عمل التلقيح بين البويضة والمني يكون الالتزام فيه التزاماً بتحقيق نتيجة، وعلى الرغم من ذلك فيرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز تجزئة العقد بالاعتماد على بعض عناصره كالجانب الاقتصادي دون بعضهم اَلاَخر من عناصره والتي قد تكون مهمة وهي العمل الطبي للمركز، ومن ثم يبقى التزامه التزام بعناية[٥].

---

[١] فريدة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير مقدمة جامعة مولودمعمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢، ص١٤٣.

En ce sens, G. Méméteau, « *Cours de droit médical* », Les études hospitalières, 3ème éd., 2006, p. 355.

[٢] عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٤، ص٧١.

[٣] قتيبة جلولاء شنين، الخطأ المهني وأثره في تحقيق المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع العراقي_دراسة تحليلية معززة بالقرارات القضائية، بلا دار نشر، ٢٠١٨، ص٢٧.

[٤] فريدة كمال، مصدر سابق، ص ١٤٣.

[٥] بن عاطي مراد، مصدر سابق، ص٦٤. انظر وفاء حلمي ابو جميل، الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة الفكرية ، القاهرة، ١٩٨٧، ص٤٨.

وإذا كان خطأ المركز في عملية التلقيح خطأ عاديا وكان التزامه بتحقيق نتيجة وهي عمل التلقيح فلا ينبغي اغفال الأصل وهو ان خطأ المركز الطبي خطأ فني وأن المطلوب منه هو بذل عناية[١]

وإن مثل هذا الالتزام يقع على عاتق الطبيب أو الاخصائي فيما يتعلق بالدواء الذي قد يوصفه أو يعطيه للمريض من عيادته فيجب ان يضمن عدم توفير المواصفات العلمية فيه وغير فاسد، ولكنه لا يضمن فاعلية الدواء، وما إذا كان سيقضيً على المرض ام لا، ذلك قد يخضع لأسباب وعوامل كثيرة قد يكون منها استعداد الجسم ومدى تمكن المرض فيه .

والخطأ الذي يصدر من الطبيب أو الاخصائي كإعطاء دواء فاسد أو استخراج الامصال بوساطة مساعد الطبيب، مثلاً هو خطأ عادي، فيجب مسائلة الطبيب عنه، وعلى الطبيب ان يضمن سلامة المريض إذ إن الالتزام قد يكون التزاماً بضمان في كل عقد محله السلامة الجسدية وفي هذه الحالة يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، أما إذا امر الطبيب بأدخال المريض إلى المركز الطبي لاجراء عملية تحديد جنس الجنين يكون المريض في هذه الحالة بوضع مربك، كونه بعيداً عن أهله وذويه فيحيطه طابع من الضعف، فيجب على الطبيب أن يتوخى سلامة المريض من كل ما يؤذيه، كسلامته من الأمراض المعدية، وغير ذلك من الاخطاء (العادية)، فلوا وقع مثل ذلك يعُد خطأً عادياً ويسائل عليه الطبيب كون هذه الحالة وأمثالها تخرج عن الأصل في التزام الطبيب أو الأخصائي، ولا تتصل بالعلاج أو الجراحة بل في حالات عادية يمكن أرتكابها من أي شخص ولا تنحصر بأحد [٢]

والخطأ المتمثل في إعطاء دواء فاسد إنَما هو خطأ عادي يوجب المساءلة، وإلى جانب ذلك يضمن الطبيب سلامة المريض حيث ان الالتزام يكون التزاما بضمان في كل عقد محله السلامة الجسدية ويكون التزامه التزاما بتحقيق نتيجة، وتضمن هذه السلامة داخل المستشفى، فإذا أمر الطبيب بإدخال مريض إلى المستشفى وإلى صالة العمليات هناك فأن حالة المريض مع بعده عن اهله وذويه تحيطه بطابع من الضعف، فيجب على الطبيب ان يتوخى سلامته من الامراض المعدية وسلامته من كل ما يؤذيه وذلك كما لو انسكب ماء ساخن على جسمه فأصيب بحروق فلو وقع مثل هذا لعد خطأ الطبيب خطأً عادياً وذلك لأن هذه الحالة وامثالها هو مما يخرج عن الأصل في التزام الطبيب ولا يتصل بتداخل جراحي أو علاجي، بل

---

[١] وائل تيسير محمد عساف، مصدر سابق، ص٤٢.

[٢] د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة، ٢٠١٦، ص١٧٦.

بحالات عادية يمكن ان ترتكب من أي شخص ولا حصر لها ولكن مما يساق مثلا عليها يصطبغ بالتطبيب عادة وهو من مثل التقصير في التغذية وإعطاء الامصال بوساطة مساعدة مساعد الطبيب وإعطاء المغذي والاوكسجين وغيرها.

ومن جهة أخرى إن التزام المركز الطبي تجاه الزوجين لا يختلف سواء وجد هناك عقد بين الزوجين والمركز الطبي أو لا لذلك يتوجب على الزوجين اثبات وجود إلتزام على عاتق الطبيب المختص لتحديد جنس الجنين اما بناء على وجود عقد بينهما أو طبقا لأنظمة وتعليمات المستشفى الموجود فيه كما يجب على الزوجين اثبات عدم بذل الطبيب المختص العناية اللازمة لإجراء عملية تحديد جنس الجنين وذلك بإقامة الدليل على وجود اهمال أوخروج من جانب الطبيب عن الأصول العلمية المتعارف عليها، وبهذا الصدد ذهبت محكمة النقض المصرية (إلى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة فأن انكر المريض على الطبيب بذل العناية الواجبة فأن عبء اثبات ذلك يقع على المريض)[١].

والمشرع الفرنسي لم ينص صراحة على الالتزام بتحقيق نتيجة ولكن المشرع الفرنسي جعل التزام بنتيجة يقع على عاتق الطبيب أو المركز الطبي الذي يتعامل مع الاجنة، إذ إنه يلتزم في القيام باجراء عملية الاخصاب وزرع الجنين بعد فحصه والتأكد من سلامته، نصت على: (أن المساعدة الطبية على الإنجاب تشمل الممارسات العيادية والاحيائية التي تمكن من الحمل في الانبوب، ونقل الاجنة والتلقيح الاصطناعي...) [٢].

ويرى الباحث أن التزام الطبيب المختص بتحديد جنس الجنين يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة في المسائل المتعلقة بأجراء التحاليل الطبية السابقة للعملية كذلك يكون الطبيب ملزماً بتحقيق هذه النتيجة في حالة استخدامه للآلات أو أجهزة طبية معينة في اثناء تنفيذ العملية، فالمفروض في هذه الحالة أن يكون الطبيب المختص على علم ودراية كافية في كيفية استخدام هكذا الات أو أجهزة، فأن حدث وأصيب الزوجان بضرر معين جراء خطأ الطبيب في استخدامها أو وجود عيب أو عطب أصابها بالتالي تنهض مسؤولية

---

[١] نقض مدني مصري /٢٦ /يونيو/ ١٩٦٩، الطعن (١١١) السنة (٣٥) قضائية مجموعة احكام محكمة النقض ٢٠، نقلا عن محمد عبد القادر، مصدر سابق، ص١٠٤.

[٢]المادة (١٢٤١_١) من القانون رقم (٢٠٠٤_٨٠٠) في ١٦ /آب/ ٢٠٠٤

الطبيب في هذه الحالة وأساس هذه المسؤولية الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بضرورة استخدام آلات وأجهزة صالحة لا تصيب الزوجين بضرر معين فضلاً عن ضرورة اتقانه استخدامها[١].

المبحث الثاني

مشروعية عقد تحديد جنس الجنين وشروطه وتمييزه عن غيره

إن الحديث في مشروعية عقد اختيار جنس الجنين بالطرق المختبرية لم يكن موضع اتفاق بين الفقه، إذ اختلف الفقه إلى اتجاهين، الأول انكر مشروعية هذا العقد واتجه الآخر إلى جواز هذا العقد، كما يشترط ان تتوفر في عقد تحديد جنس الجنين عدة شروط سواء من حيث الزوجين أو من حيث المركز الطبي، ومن أجل تحديد ذاتية عقد تحديد جنس الجنين يجب تمييزه عما يشتبه من أوضاع، وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نبحث في الأول مشروعية عقد تحديد جنس الجنين وفي الثاني شروط عقد تحديد جنس الجنين وتمييزه عما يشتبه من أوضاع.

المطلب الأول

مشروعية تحديد جنس الجنين

إن تحديد جنس الجنين قد يتم باتباع طرائق طبيعية مباحة فلا يوجد فيها مخالفة للشرع والقانون[٢]، ألا أن بحثنا يتركز في مشروعية عقد تحديد جنس الجنين، فالعقد يقتضي وجود زوجين ومركز طبي

---

[١] بن عاطي مراد، مصدر سابق، ص ٦٤.

[٢] ورد في السنة النبوية حديث يثبت مشروعية التحكم بجنس الجنين بالطرق الطبيعية، ففي رواية ثوبان قال كنت عند رسول الله (ص) فجاء حبر من احبار اليهود فقال: أسألك عن شيء لا يعلمه أحد من اهل الأرض ولا نبي أو رجل أو رجلان ... جئت أسألك عن الولد ؟ قال رسول الله (ص): ماء الرجل أبيض وماء المرأة اصفر فإذا أجتمعا فعلا مني الرجل المرأة أذكر بأذن الله، والا علا مني المرأة مني الرجل أنثى بأذن الله، قال اليهودي: لقد صدقت وانك لنبي ثم انصرف فذهب . فقال رسول الله (ص): لقد سألني هذا عن الذي سألني عنه ومالي بشيء حتى اتاني الله به) وتستند مشروعية جنس الجنين باتباع طرائق طبيعية على قاعدة الأصل في الأشياء الاباحة، بكل شيء نافع وطيب فهو حلال ومباح ما لم يرد نص شرعي بتحريمه ولا يوجد نص شرعي أو قانوني يمنع الزوج من تحديد جنس جنينه القادم فضلا عن رغبة الابوين بتحديد جنس مولودهما القادم فطرية وثابتة لدى انبياء الله) (عليهم السلام): فدعا نبي الله زكريا (عليه السلام) المولى سبحانه وتعالى ان يرزقه الولد فقال تعالى في سورة مريم، الايتان ٧_٦ (قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا وَقَدْ بَلَغْتُ مِنَ الْكِبَرِ عِتِيًّا) (يَا زَكَرِيَّا إِنَّا

متخصص بهذا النوع من العمليات الطبية، ومن ثم فإن عمل الطبيب إنَما يتم باتباع الطرائق غير الطبيعية (مختبرية)، إذ إن التقدم العلمي في مجال الطب أدى إلى ظهور طرائق حديثة لتحديد جنس الجنين، منها ما يكون قبل التخصيب من خلال التحكم في الحيوانات المنوية، ومنها ما يكون بعد التخصيب وقبل غرس البويضة بالرحم فضلا عن اتباع طريقة ثالثة وهي تحديد جنس الجنين بعد الحمل، ومن ثم سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول لعدم جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية وفي الثاني جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية، وفي الثالث جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية في حالة الضرورة .

الفرع الأول

عدم جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية

اتجه بعض الفقه إلى عدم مشروعية تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية، وذلك لعدة أسباب، وهي :

أولا: يؤدي إلى اجهاض الاجنة غير المرغوب فيها:

إن مقتضى هذا العقد أنه يودي إلى اتلاف بقية الاجنة، ويطلق لفظ الجنين على الجنين في بداية المرحلة الجرثومية، وتتسم هذه المرحلة بانها تلي مرحلة الاخصاب[١]، وقد اكد بعض فقهاء الإمامية على حرمة اجهاض الاجنة، لأن الجنين كائن انساني تجب حرمته منذ لحظة الاخصاب إلى حين الولادة سواء في حالة الاخصاب الداخلي أو حالة الاخصاب الخارجي إذ إنه له قابلية الحياة لذا يحرم الاعتداء عليه، ومن ثم حرم الفقه الامامي اسقاطه لأي سبب، وكما لم يميزوا بين مرحلة ولوج الروح وما قبلها، ألا إنه قد اجازوا اتلاف الاجنة في حالة ترجيح المصلحة المترتبة على الانتفاع به لغرض العلاج أو البحث العلمي فيجوز ذلك في حالة إذا كان الجنين في المختبر محكوماً بالموت لعدم توفر رحم ليتم زرعه فيه وإذا ترك سوف يموت تلقائيا[٢].

نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ لَمْ نَجْعَل لَّهُ مِن قَبْلُ سَمِيًّا) لمزيد من التفاصيل ينظر د.زينة غانم العبيدي، د. يسرى وليد أبراهيم، مصدر سابق، ص١٦.

[١] طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب وبيان حكمها الشرعي، بحث منشور في مجلة دراسات، تصدر عن علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد (٤١)، العدد(١)، ٢٠١٤، ص٣٢٦ ـ٣٢٧.

[٢] محمد سعيد الحكيم، فقه الاستنساخ البشري والخلايا الجذعية وفتاوى طبية، الطبعة السادسة، دار الهلال، قم المقدسة، ٢٠١٣، ص١٢٨.

ألا إنه يبدوا ان هذه الحالة لا تنطبق على تحديد جنس الجنين والاجنة الأخرى غير المرغوب فيها لا يتم اتلافها لمجرد ان فرصتها في الحياة معدومة وإنَما لأنها غير مرغوب فيها فقط.

واختلف فقهاء المسلمين في مسألة بداية حياة الجنين فيرى بعضهم انها تبدأ من لحظة الاخصاب، بينما يرى اخرون انها تبدأ، بعد العلوق في حين ذهب اتجاه ثالث ألا إنها تبدأ بعد ولوج الروح، إذ يرى بعض فقهاء الامامية ان الجنين يتكون بمجرد تلقيح البويضة، ويعده إنساناً بمجرد حصول الاخصاب، لذا يحرم قتله اما مسالة ولوج الروح فليس لها اثر في ذلك سوى أنها من مراحل التكون والنمو التي تزيد من الدية المترتبة على قتله وكما أن الاعتداء على الجنين لا يختلف عن الاعتداء على الانسان الكبير المتكامل وفي الحالتين هو اعتداء على النفس المحترمة[١]، كما افتى بعض فقهاء الامامية بتحريم اسقاط الحمل من بداية تخصيب البويضة بالحويمن الا في حالة الضرورة قبل ولوج الروح، أما بعد ولوجها فلا يجوز ذلك مطلقا حتى في حال الضرر والحرج الشديدين، وتترتب الدية على اسقاطه وتجب الكفارة على المباشر بذلك[٢].

ويرى أحد الباحثين تبدأ الحياة الإنسانية للجنين من لحظة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وبدأ الانقسام لكي يكون مخلوقا بشرياً قابل للتطور والنمو وأن عملية استقبال الروح تقع أثناء حياة الجنين ولا تعد بداية لها إذ يبدأ الجنين بالانقسام مرورا بمراحل تكوينه إلى حين الولادة[٣].

ويرى بعض الفقهاء أن الحياة الإنسانية للجنين تبدأ من لحظة الاخصاب وتصبح المرأة حاملاً بمجرد عملية الاخصاب أي اندماج نواة الخلية الجنسية الذكرية مع نواة الخلية الجنسية الانثويةوفي حالة تمام عملية الاخصاب أصبحت البويضة ملقحة وبالتالي تعد جنينا يستحق الحماية القانونية منذ بداية الاخصاب[٤].

---

[١] السيد محمد سعيد الحكيم(دام ظله)، المصدر السابق، ١٢٧.

[٢] السيد علي الحسيني السيستاني(دام ظله)، منهاج الصالحين، ج١، ص٤٢٩.

[٣] د.نجيب لويس، تصرفات الجنين داخل الرحم، مقال علمي منشور على موقع لويس على الرابط التالي: https://www.layyous.com. تاريخ الزيارة ١٤ /٢ / ٢٠٢١، الوقت: ٣:١٩.

[٤] حاكم فيصل جبر سميج الجبوري، الحماية الجنائية للجنين جراء استخدام التقنيات الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص١٩.

ويرى بعض الفقه أن الجنين ما علم أنه ولد في بطن أمه سواء كان علقة أو دماً مجتمعاً ومن ثم فتدخل جميع مراحل تكوينه في تعريفه[١].

ويفرق بعض الفقهاء بين نمو الجنين وبدء الحياة فيه، فيرى أن الجنين تكون فيه الحياة من حين تكونه من البيضة والحيوان المنوي، فالبيضة والحيوان المنوي كلاهما فيه حياة، ألا إن الجنين يكون في أول(١٢٠) يوم من التقائهما في حالة نمو ألا إنه لا يوجد فيه حياة بمعنى جنين فالروح تنفخ فيه بعد (١٢٠) يوم وتتكون مع حركة الجنين الخالية من الإرادة و حركة الحس، ومن ثم يرى بتحريم الإجهاض ولو قبل الأربعين الا مع عذر[٢]

ويرى بعض الفقهاء المسلمين عدم جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية، وذلك؛ لأنه يخالف أرادة الله سبحانه وتعإلى ، فهو وحده الذي يصور الحمل في الارحام كيفما يشاء، فيجعله ذكراً أو أنثاً بحسب مشيئته وارادته عز وجل[٣].

ويرى بعض فقهاء الامامية وجوب أحترام الجنين بمجرد اكتمال عملية التلقيح التي تجعل منه انساناً يحرم قتله، لذا لا يجوز اجراء البحوث عليه إذا كانت تؤدي إلى موته، لوجود نصوص تدل على وجوب الدية بقتله، التي لا تكون إلا لاحترام الجنين، ولا تختلف حرمة الاعتداء على الجنين وهو في بطن أمه بين أن يكون ناتجا من تلقيح طبيي أو صناعي، وكذلك الجنين خارج الرحم فله حرمة ويمنع الشارع الاعتداء عليه إذا كان التخصيب لغرض زراعته في الرحم، كما أن حرمة الاعتداء على النفس المحترمة ثابتة أصلا من غير تمييز بين المساس به لغرض البحث أو العلاج[٤] اما المشرع العراقي فلم يحدد صراحة وقت بداية الحياة الإنسانية للجنين، واقر الحماية لهذا الكائن منذ لحظة الاخصاب إلى حين الولادة، فأن ثبوت

---

[١] خليل إبراهيم محمد، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٨_١٩.

[٢]د.محمد رأفت عثمان، المادة الوراثية . الجينوم، قضايا فقهية، مكتبة وهبة، بلا سنه طبع، ص١٢٢،١١٤.

[٣] د. زينة غانم العبيدي، د. يسرى وليد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٢.

[٤] السيد محمد سعيد الحكيم (دام ظله)، مرجع سابق، ص١٢٦ _ ١٢٧.

الشخصية القانونية للإنسان يكون بولادته حيا استنادا إلى نص المادة (٣٤ _ ١) من القانون المدني العراقي النافذ[١].

ثانياً: أن تحديد جنس الجنين يخالف أرادة الله تعالى :

أكد هذا الاتجاه أن الله من يصور من في الأرحام وأن اختيار جنس الجنين يعد تدخل في المشيئة الإلهية أو يخالف هذه المشيئة ودليل أثبات ذلك قوله تعإلى : (إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)[٢]، وقوله تعإلى، (هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاء لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ)[٣].

وقوله تعإلى : (يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)[٤] ويرى بعض الفقهاء حرمة تحديد جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة بصفة مطلقة، تبعا لحرمة عمليات التلقيح الاصطناعي ودليلهم في ذلك قوله تعإلى : (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ)[٥]، يتبين من خلال هذه الاية أن الله تعإلى هو من له الحق أن يتصرف في ملكه كيفما يشاء وهو من يهب لمن يشاء ذكورا واناثاً، ومن ثم أي تدخل بشري في تحديد جنس الجنين يعد تطاولاً على مشيئة الله تعإلى وإفساداً في الأرض وعبثا في النظام العام للكون، وان الله وحده هو يكتب رزق الانسان وإن رزق الانسان بذكر أو انثى ما كان عبثا بل بحكمة ومقدار وان التحكم بجنس الجنين ينافي حكمة الله وان الجنس المرغوب في تلك العمليات هو الجنس الذكري وهذا يشابه ما كان سائدا في أيام الجاهلية في وأد البنات فهذه القضية تأخذ بنا إلى الجاهلية المعاصرة لان فيه تغيير لخلق الله وقوله تعإلى: (هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ ۚ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ)[٦]، وبينت الآيات الكريمة أن العلم بما

---

[١] نصت الفقرة (١) من المادة (٣٤) على أنه (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته)، انظر كذلك مشتاق عبد الحي عبد الحسين، التنظيم القانوني للانتفاع بالأجنة البشرية. دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٦، ص٣٢.

[٢] سورة لقمان الاية (٣٤).

[٣] سورة ال عمران الاية(٦).

[٤] سورة الشورى الاية(٥٠).

[٥] سورة الشورى، اية(٤٩).

[٦] سورة ال عمران، الاية (٦).

داخل الارحام هو من الأمور الغيبية ولا يعلمه الا الله سبحانه وتعالى والآية دلت أن العلم بالأرحام أستأثر الله بعلمه وان الله تعالى هو الذي قادر أن يصور ما في الارحام حسب مشيئته وهذا يثبت أن لا يوجد بشر ان يعلم جنس الجنين فضلا عن التحكم فيه والقول بجواز التحكم في جنس الجنين يتعارض مع الحقيقة التي قررتها هذه الآيات ومصادم لها، وقد ذكر في السنة النبوية الخصوصية الإلهية بعلم ما في الارحام وعنده مفاتيح الغيب، (ومن جانب آخر ينتقد بعض الفقه هذا التفسير حول مشروعية تطبيق تقنية اختيار وتحديد جنس الجنين قبل علوقه في الرحم، وما استندوا اليه، ويرى أن سبب الخلاف يرجع في تأويل النصوص القرآنية التي تنص على أن العلم بما في الارحام هو من اختصاص المولى عز وجل، وهي من الأمور الغيبية التي لا يعلمها الا الله، فمن أول بأن المراد بالعلم بما في الارحام هو العلم التفصيلي لكل ما يتعلق بها قال بجواز اختيار جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة، ومن اعتبر أن الآية تخبر العباد عن غيبيات يصعب بناء الأحكام عليها قال بحرمة اختيار جنس الجنين بالتقنيات الطبية)[١]

ثالثاً: أن تحديد جنس الجنين لا يتلائم مع نهج الرسول الكريم (صل الله عليه واله وسلم) في الحث على زيادة النسل:

إذ قال رسول الله (صل الله عليه واله وسلم) (تزوجوا الودود الولود فأني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) فيدل هذا الحديث الشريف على الترغيب في نكاح المرأة الولود أو كثيرة الولادة وتحديد جنس الجنين يحقق لنا إنجاب الجنس المرغوب فيه من قبل الزوجين ونتيجة ذلك قد حققت الاسرة إنجاب الجنس المرغوب فيه وقد حققت ميلها الطبيعي في الإنجاب وبهذا قد توقفت طوعياً عن الإنجاب وهذا ما يخالف قول النبي الذي يحثنا على الإنجاب من غير تحديد نوعية الجنين[٢].

رابعاً: يؤدي إلى اختلال توازن المجتمع:

تكلمنا سابقا على اتفاق الفقه في مسألة تحديد جنس الجنين بالطرق الطبيعية وتحريم تحديد جنس الجنين إذا كان على مستوى الامة بالطرق الطبية الحديثة وإن المجتمع يسير بتوازن تحت ظل التدبير الإلهي، وقد لا تتوازن المجتمعات في جنسها البشري لأسباب كثيرة قد تكون بسبب الظروف الخاصة بها، وان الرغبة في أختيار الجنس قد تلقي رواجاً باختيار الجنس الذكري بخلاف اختيار جنس الاناث الذي لا

---

[١] وارتي غنية، مصدر سابق، ص١٢.

[٢] د.زينة غانم العبيدي، د. يسرى وليد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٣.

يلقي ذلك الزواج، وأن ذلك الاختيار أو الرغبة في اختيار الجنس الذكري كونه قادرا على العيش وأداء الكثير من الوظائف هذا سيؤدي إلى تناقص جنس الاناث، وبالتالي عدم حفظ الجنس البشري وهذا يعد عبثاً بنظام الخلق ويؤدي إلى أختلال التوازن بين الاناث والذكور[١].

وأما الدول التي منعت تحديد جنس الجنين لأسباب غير طبية فهي ترى أن الأزواج الذين يمارسون هذه الممارسة كانوا انانيين، بوصف أطفالهم سلعة وأن هذا التحديد ضد إرادة الله، كما رفض الكثير من الأمريكيين اختيار الجنس بسبب أنهم يعتقدون أن ذلك سيكون بمثابة سوء تخصيص لأمة الطبية ويجادل اخرون بان ممارسة اختيار الجنس هي مماثلة لتلك الجراحة التجميلية كما الأزواج يستخدمون أموال خاصة لدفع ثمنها، وعلى الرغم من أن هذه الإجراءات هي باهضه الثمن وأولئك الذين يستطيعون تحمل تكلفة باهظة، سوف يدفع ثمنها، واعرب البعض من مخاوفهم من ان الاستخدام واسع النطاق اختار الجنس لأسباب غير طبية سوف يودي إلى عدم التوازن نسبة الجنس في المجتمع، ويجادل منتقدو هذا الرأي بهذه المخاوف لا أساس لها من الصحة، بسبب غزو الاجراء وتكلفتها، وفي المملكة المتحدة وفي قانون (HFE) على الرغم من أن الكثير من الناس النظر في ممارسات مثل الإجهاض واختيار الجنس لتكون معنويا خطأ، انهم ليسوا على استعداد للحد من الحريات والحقوق التي يتمتع بها الافراد وسيستمرون في التمتع بها، وقلق وأحد هو ان الاستخدام الواسع النطاق لاختيار الجنس لأسباب غير طبية من شأنه ان يؤدي المجتمع إلى اسفل منحدر زلق لنقطة إن الإباء سوف تكون قادرة على تصنيع الأطفال في الأطفال المصممون عن طريق اختيار الخصائص الجينية الأخرى، مثل لون الشعر، لون العين، أو الطول[٢].

خامساً: إن تحديد جنس الجنين يستلزم كشف العورة المغلظة امام الطبيب الأجنبي:

أن عملية تحديد جنس الجنين قد تنفذ بسحب البويضات من الزوجة، ويتم بعد ذلك تلقيحها بالحيوانات المنوية الخاصة بالزوج، ومن ثم يستوجب بعد ذلك ارجاع تلك البيضة الملقحة إلى رحم الزوجة، وهذا يستلزم الكشف عن عورة المرأة المغلظة وهو أمر محرم لا يباح الا للمحظورات الضرورية ويجب كما حثنا الدين الإسلامي على حفظ العورات وصيانتها من الهتك.

---

[١] د.زينة غانم العبيدي، يسرى وليد أبراهيم، مصدر السابق، ص٢٤.

[2] South Carolina journal of international law and Business,vol, 101, p:(196)

سادساً: ان تحديد جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الانساب:

إن في عملية تحديد جنس الجنين قد تكون النطف معرضة للاختلاط وذلك يجب اتخإذ الضمانات اللازمة لمنع اختلاط النطف بغيرها بعد أخذها من الزوجين اما على سبيل العمد أو الخطأ فينتج ذلك إلى زرع بويضة أجنبية إلى رحم الزوجة وتعد تلك مفسدة وهي محرمة في الشرع والقانون[١]

سابعاً: أنها طريقة غير أخلاقية ومهينة لكرامة الزوج:

إذ يترتب على اباحتها في المجتمع الانحراف به عن الحدود المرسومة له فيرى بعض الفقهاء أن تحديد جنس الجنين على الرغم من انه وجد لغرض علاجي مشروع وهو ضعف الخصوبة عند الرجل أو المرأة فيجب ان يكون على وفق الشروط المرسومة له طبياً وشرعياً ولا يمكن ان ينحرف عن الحدود المرسومة له[٢].

الفرع الثاني

جواز تحديد جنس الجنين

اتفقت كلمة علماء الامة الإسلامية على جواز تحديد جنس الجنين بالطرق الطبيعية لإنجاب جنين من الجنس المرغوب فيه كما اتفقوا على تحريم التحكم في جنس الجنين إذا كان على مستوى الأمة باستعمال التقنيات الطبية الحديثة لأن ذلك يعد محاولة للإخلال بالنواميس الكونية وٍهذا ما أكدته توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، وقد تضمنت ما يلي (اتفقت وجهة النظر الشرعية على عدم جواز التحكم في جنس الجنين إذا كان ذلك على مستوى الامة، كما اتفقت كلمتهم على جواز تحديد جنس الجنين لتفادي المخاطر والامراض الوراثية المرتبطة بجنس معين، وهذا التحديد يسمى بالتحديد الطبي لجنس المولود، ولو كان الجنس المحدد مغاير لرغبة الزوجين، وهو يأخذ حكم التداوي المأمور به شرعا، لوجود الضرورة تبعا لجواز التلقيح الاصطناعي للضرورة الطبية) وقد اختلفوا في حكم تحديد جنس الجنين إذا نفذ بالتقنيات الطبية المساعدة إذا كان على المستوى الفردي فيكون جائزا إذا كان لضرورة طبية أما إذا كان لمجرد رغبة الزوجين

---

[١] وارتي غنية، المصدر السابق، ص١٢.

[٢] علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٣٣.

في اختيار انثى أو ذكر فيكون غير جائز وهو ما يطلق عليه بالتحديد الاجتماعي وهو الأكثر شيوعاً من التحديد الطبي[١].

إذ اختلف الفقه الإسلامي في شأن حكم اختيار وتحديد جنس الجنين قبل علوقه بالرحم، باتباع التقنيات الطبية الحديثة تبعا للأسباب الداعية لهذا التحديد إذ إن الاختيار يقتضي اتلاف الاجنة غير المرغوب فيها، فيرى بعض الفقه الإسلامي أنه يجوز اسقاط الجنين قبل مرحلة ولوج الروح ويسري هذا الجواز على اسقاط الجنين المخصب في المختبر إذ يرى هذا الرأي أنه يجوز انهاء حياة الجنين واتلافه قبل ولوج الروح سواء كان داخل الرحم أو خارجه علما أن له القابلية على الحياة[٢].

ويرى بعض الفقه أن هذا التحديد يمكن ان يكون لأغراض التداوي من الامراض والعلاج من العقم واحقية الزوجان بالحصول على الطفل، وقد اباحت الشريعة الإسلامية العمليتان الطبية لكون هكذا عمليات لا تخرج عن الاطار القانوني للزواج الذي وضعته الضوابط والشروط والاحكام في القانون، فيعد مباحا شرعا وقانونا، فالعملية التي يجريها الطبيب أو المراكز الطبية المخصصة متى ما روعي فيها الشروط الخاصة في العمل الطبي تعد مباحة؛ لأنها من الاعمال العلاجية، فالهدف من التلقيح الصناعي هو التغلب على عائق أو عارض مرضي يحول دون الإنجاب بالطريق الطبيعي، وعليه يمكن ادراج هذه العمليات ضمن عمليات الجراحة والعمل الطبي وتأخذ حكمها وهو الاباحة[٣].

واتجه بعض الفقهاء إلى جواز تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية وذلك وفق الحجج الاتية:ـ

أولا: اجازته بعض الآيات في القران الكريم:

أوردت بعض الآيات الكريمة أنه يجوز تحديد جنس الجنين فهو مشروع ولا يخالف إرادة المولى لأنه من باب الاخذ بالأسباب منها قوله تعالى (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ)[٤]، وقوله تعالى (قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَن تَشَآءُ وَتَنزِعُ الْمُلْكَ

---

[١] وارتي غنية، مصدر سابق، ص١٠.

[٢] محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، يصدرها مجلس النشر العلمي _ جامعة الكويت، العدد السابع عشر، مجلد (٧) ١٩٩٠، ص١٣٤.

[٣] هناء موزان ظاهر، التكييف الشرعي والقانوني لعمليات التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز البحوث والدراسات الاسلامية،العدد (٣٥)، المجلد (٢)، ص٥٣٤ـ٥٤٥.

[٤] سورة الشورى، الاية(٤٩).

مِمَّن تَشَآءُ وَتُعِزُّ مَن تَشَآءُ وَتُذِلُّ مَن تَشَآءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيءٍ قَدِيرٌ)[١]، على وفق تفسير هذه الآيات المباركة ان لجوء الانسان لتحديد جنس الجنين إلى طرائق غير طبيعية هو لا يتعارض مع المشيئة الإلهية لان الله تعإلى هو الذي سخر الأسباب للإنسان والله هو الفاعل هو المالك للكون ولا يقع فيه الا ما يريده، وكذلك هو العالم بما يتعلق بالجنين المعلق في لرحم من حي حياته وعمره وسعادته وشقائه واعماله.

ثانياً: اجازته بعض الاحاديث من السنة النبوية:

يرى بعض الفقهاء ان السنة النبوية أوردت مشروعية عقد تحديد جنس الجنين، إذ جاء عن أم سلمة (ر ض) ان ام سليم حدثت انها سألت نبي الله (ص) عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقال رسول الله (ص) إذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل، فقالت ام سليم: واستحيت من ذلك، وقالت وهل يكون هذا، وقال نبي الله (ص): فمن اين يكون الشبه؟ ان ماء الرجل غليظ وماء المرأة رقيق أصفر فمن ايهما علا أو سبق يكون من الشبه إذ يدل هذا الحديث على جواز الضبط والتحكم في جنس الجنين فإذا أراد الرجل جنينا ذكرا جعل منيه الأسبق وبالعكس يقال المرأة في حال إذا سبق منيها فيكون التحديد الجنس انثى[٢]

يتبين من ذلك ان العمل الذي يقوم به الطبيب وهو الاطلاع أو الفحص ما في داخل رحم المرأة هذا لم يعد اطلاع عن الغيب، وفي حالة اختيار جنس معين هذا لا يعد تدخل بالارادة، والمشيئة الإلهية فقد يتم تحضير الحيوان المنوي والبويضة ويباشر الطبيب بعملية التلقيح ولم تخصب البويضة أي لا ينجح الاخصاب على الرغم من تكرار المحاولات مرات عديدة ويتم التلقيح بأحدث الوسائل الطبية الحديثة لان الله تعإلى لم يشاء لها النجاح، (ويوكد بعض الباحثين أن اختيار جنس الجنين يكون من باب بذل السبل والامر لا يخرج عن مشيئة الله ألا إنه يجب ان يكون في اضيق الحدود وان يأخذ بالاحتياط الشديد فيما يتعلق بالنطفة والبيضات اثناء عملية تحديد جنس الجنين)[٣]

---

[١] سورة أل عمران، الاية(٢٦).

[٢] محمد بن احمد، شرح ثلاثيات مسند الامام احمد، اعتنى به وخرجه احمد فريد المزيدي، عادل بن سعد، مجلد (١) دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،٢٠٠٩، ص٤٧

(٣) د.زينه غانم العبيدي، د. يسرى وليد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢١.

ثالثاً: أن أحد الأسباب لإجازة هذا العقد هو مكافحة العقم:

إذ إن الدين الإسلامي لا يعارض استخدام التقنيات الحديثة لتحديد جنس الجنين ولا سيما أن نسبة نجاحها وصلت إلى (٩٨ %) [١]، فالعقم هو العجز عن الإنجاب لوجود علة أو عيب بالزوجين معا أو باحداهما وهما في سن يمكن الإنجاب فيه عادة[٢] .

رابعاً: ان الهدف من تقنية تحديد جنس الجنين هو مشروعاً:

لأنه يهدف إلى تحسين النسل كغاية للتلقيح الصناعي بعامةٍ وللتدخل باستخدام تقنية أطفال الانابيب على وجه الخصوص كون الاخصاب يتم خارج الجسم إضافة إلى ان تحسين النسل يصيب في الصميم كرامة وشرف الانسان ومن ثم يشكل تحديد جنس الجنين أهمية كبيرة في العمل الطبي، إذ إن اللجوء اليه لا يتم الا لهدف قهري، والعمل على التغلب على هذا المانع سواء كان المرض في عدم الاخصاب عند أحد الزوجين أو كليهما فان تحديد الجنس يكون مشروعاً إذا كان يجري بين الزوجين حصراً أي يكون هناك مانع مرضي في أحد الزوجين أو كلاهما يمنع الإنجاب بالطري الطبيعي، ومن ثم لا ضير من تخصيب بيضة الزوجة خارجيا بمني زوجها ومن ثم إعادة اللقيحة المخصبة إلى رحم الزوجة نفسها وهي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية من جهة ولا مع القوانين العراقية المنظمة لاحكام الزواج.

وقد أكد مكتب السيد السيستاني أن البويضة المخصبة بالحويمن في انبوبة الاختبار لا يجب زرعها في الرحم، ففي مفروض السؤال يجوز انتقاء واحدة منها واتلاف البقية، ومن ثم أجاز عملية تحديد جنس الجنين بغرض انتقاء بويضة واتلاف الباقي[٣]

---

[١] محمد خليل، مشروعية التحكم في نوع الجنين بشرط الضرورة مقال منشور على الموقع الرسمي لجريدة العرب الدولية (الشرق الاوسط) متاح على الرابط https://archive.aawsat.com، تاريخ الزيارة ٢/١ /٢٠٢١، ٣:٢٠ م

[٢] طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشريعة (دراسة فقهية طبية معاصرة)، بحث منشور في مجلة كلية الفراهيدي، تصدر عن كلية الاداب جامعة تكريت، الاصدار التاسع،المجلد(٢٧)، ٢٠١٦، ص١٧٩.

[٣] أشار مكتب السيد السيستاني في معرض اجابته عن استفتاء أورده الباحث في تأريخ ٢٠٢٠/١/١٦، ملحق (١) وقد تضمن السؤال الأول/ماحكم اختيار الجنس المرغوب فيه واعدام الاجنة الأخرى من خلال مركز الانابيب؟ وورد في استفتاء رقم (٥) مفروض السؤال: في عملية التلقيح داخل الانابيب قد تتكون عدة اجنة في ان واحد، مما يصبح زرعها كلها في رحم الام مسألة خطرة على حياة الام أو مميتة، فهل يحق لنا انتقاء جنين وأحد و اتلاف الاجنة الباقية؟.

وعلى الرغم من أن عملية تحديد الجنس الجنين بوصفها عملية بعد أطفال الانابيب لا تثير أي مشاكل شرعية إذا تم بين الزوجين، ومعنى ذلك إذا ما تم اخذ البويضة من الزوجة والنطفة الذكرية من الزوج وكان الحمل داخل الزوجة إذ اجمع غالبية الفقهاء بمشروعية هذه الطريقة من صور التلقيح الصناعي الخارجي، وهو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي بالقول (إن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من مبيض زوجته فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة حتى تلقح نطفة الزوج بيضة زوجته في أنبوب الاختبار حتى تبدأ اللقحة بالانقسام والتكاثر وتنقل في الوقت المناسب إلى رحم زوجته نفسها صاحبة البيضة لتعلق في جداره لتنمو حتى تصبحاً جنين وتلده الزوجة وهذا هو طفل الانبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله سبحانه وتعالى)[١]

فالشريعة الإسلامية أباحت العلاج من ألامراض وان هذه الطريقة وجدت لعلاج العقم وليست خلقاً وليس فيها تحدٍ لإرادة الله (سبحانه وتعالى)، ولو كان الأمر فيه تحدياً لقدرته (عز وجل) لقلنا لهم هاتوا بويضة وحيوانا منويا من عدكم، وقد إباح العديد من الفقهاء المعاصرين هذه الطريقة من طرق الأنابيب ورتبوا عليها الاحكام الشرعية والقانونية من حيث حقوق الطفل من ارث ونفقه ونسب وغيرها[٢].

ويرى أحد الباحثين (أن تقنية اختيار وتحديد جنس الجنين لتلافي الامراض الوراثية المتعلقة بجنس معين ليس فقط مخصص للأزواج غير القادرين على الإنجاب من دون مساعدة طبية الذين سبق وان انجبوا طفلا أو أطفالا مصابين بمرض وراثي أو تشوه خلقي فالتلقيح الاصطناعي في هذه الحالة يصبح بمثابة وقاية من الامراض الوراثية والصبغية وليس تقنية للإنجاب فقط وعلى هذا فإن إجراء التشخيص السابق لزراعة اللقيحة في رحم الزوجة واختيار الحيوان المنوي السليم الحامل الكرموسومات الانثوية أو الذكرية

---

[١] نافع تكليف مجيد، الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية / جامعة بابل، العدد (٣٧)، شباط ٢٠١٨، ص٣٨٨.

[٢] السيد علي السيستاني، المستحدثات في المسائل الشرعية، مؤسسة الامام علي، لندن، ١٩٩٦، ص٧٦، نقلا عن د.علي فوزي إبراهيم، مدى مشروعية أطفال الانابيب بين الفقه الإسلامي والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة القادسية، العدد (٢)، المجلد(٤)، كانون الأول /٢٠١١، ص١٩.

لتلقيح بيضة الزوجة يعد خياراً بديلاً لتشخيص الوراثي في اثناء الحمل لان هذا الأخير يحمل مخاطر انهاء الحمل في حالة وجود تشوهات أو امراض وراثية) [١]

الفرع الثالث

جواز تحديد جنس الجنين في حالة الضرورة

ذهب رأي من الفقه إلى ألاخذ بنظرية الضرورة الطبية، وإن حالة الضرورة يتوفر فيها اضطرار المريض إلى حفظ حياته، كما ان الأساس فيها وجود حالات صحية يكون فيها ضرر كبير أو مشقة شديدة جدا تضفي على العملية الطبية مسألة الاباحة عند ارتكاب المحظور شرعاً، وينتهي هذا الرأي إلى وجود شرطين هما: وجود الخطر على صحة المريض أو حياته أو المشقة الشديدة الخارجة، ووجود اجراء طبي محرم شرعا يؤدي ارتكابه إلى حماية المريض أو تخفيف المشقة الشديدة جدا عنه[٢]، فتحديد جنس الجنين وعلى فق الرأي المتقدم يجب أن يرافقه ضرورة طبية كأن يكون هناك مانعاً وراثياً أو وجود مرض معين في بعض الجينات دون اَخرى.

كما أن من شروط قاعدة الضرورة أن يكون الخطر محدقا بالمضطر، ومن شأن ترك الفعل المحظور تعريض حياته للخطر أو التسبب له بضرر بليغ لا يتحمل، على أن يكون أشد من الضرر الناتج عن ترك الفعل، وأن ينحصر الأمر بالفعل المحظور من دون غيره، وان لا يؤدي ذلك الفعل إلى هلاك شخص اَخر أو التسبب له بضرر اشد[٣].

ويميز بعض الفقه بين تحديد الجنس في حالة الضرورة و بين حالة تحديد الجنس في حالة عدم وجود أسباب طبية فإذا كان تحديد جنس الجنين لأجل تفادي بعض الحالات المرضية في بعض الامراض الوراثية، حيث انه إذا حملت الزوجة بأنثى في بعض الحالات أو بذكر في بعض الحالات الاخرى فان ذلك

---

[١] وارتي غنية، مصدر سابق، ص٢٠. انظر د.رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، الاستنساخ وتداعياته، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣١.

House of Commons Science and Technology Committee, Human Reproductive Technologies and the Law, Volume (I), Fifth Report of Session 2004–05, p(3).

[٢] خالد بن حمد الجابر، التأصيل الطبي للضرورة الطبية من وجهة نظر طبية حسب قواعد الشريعة الإسلامية، ورقة بحث مقدمة لندوة القواعد الفقهية المنعقدة في الرياض، الرياض، ١٤٢٩هـ، ص٩.

[٣] راجع نص المادة (٩١/ رابعا / ب) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة (١٩٨١).

يؤدي إلى وفاة الجنين أو اصابته ولذلك فهي تحدث عند الاناث (x) بأمراض وراثية، فهناك بعض الامراض التي تنتقل عن طريق الصبغي الجنسي دون الذكو[١]، وهذا التحديد يعرف بالتحديد الطبي لجنس المولود ويعد من الضروريات ونوع من أنواع التداوي المأمور به، لذا فأن هذا النوع من التحديد اتفق على جوازه، وجوازه هو مقتضى قول جمهور الفقهاء المعاصرين الذين اجازوا التلقيح الصناعي لوجود الضرورة، وهذا النوع من التلقيح الاصطناعي قد توفرت فيه الضرورة الداعية اليه، فيجوز اختيار جنس الجنين إذا كان الاختيار تبعيا[٢].

أما إذا كان اختيار جنس الجنين لغير الضرورة أي لعدم وجود أسباب طبية بل لمجرد اختيار الذكر أو الانثى وهو ما يعرف بالتحديد الاجتماعي وهو الأكثر شيوعا من التحديد الطبي، فقد احدث هذا التحديد جدلا كبيرا في مدى مشروعيته بين مؤيد ومعارض للعملية، فكانت اراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة كما يلي:

- **الرأي الأول**: يرى بجواز اختيار جنس الجنين مطلقاً لحاجة أو لغير حاجة، وهذا ما ذهب اليه قلة من الفقهاء المعاصرين، ومن المقرر ان ما جاز فعله جاز طلبه، بما ان التداوي لعلاج العقم جائز شرعا وهو من الاخذ بالأسباب، فلا ينافي التوكل على الله تعإلى وهو من باب السعي في إنشاء جنين فكذا تحديد جنسه من باب أولى.

فنظرية الضرورة هي حالة الشخص الذي يثبت له بوضوح انها الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر محدق به وبغيره، أن يسبب ضرراً أقل للغير[٣]، ويمكن تحديد شروط حالة الضرورة:

أولا: وجود خطر جسيم ويشترط في الخطر الذي يحيط بالمريض أن يكون جسيماً[٤] (والخطر الجسيم هو عادة الخطر الذي يهدد الانسان في حياته أو اصابته بأذى بليغ وبخلافه، فمثلا ان الخطر الجسيم يعد متحققاً إذا اقتنع الطبيب أن حياة الأم الحامل في خطر إذا لم يبادر إلى التضحية بالجنين، وبالعكس فأن

---

[١] د.عباس حسين مغير الربيعي، مدخل إلى علم الوراثة، ط١، الدارالمنهجية للنشر والتوزيع، ٢٠١٦، ص ١٦٤.

[٢] سمية صالحي، مصدر سابق، ص٤٥٤.

[٣] نقلا عن د.حسن محمد كاظم المسعودي، الأساس القانوني لعمليات نقل الدم_دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، مجلة قانونية علمية فصلية تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء المجلد (١)، ع (٢)، ٢٠٠٩، ص ٧٩.

[٤] الخطر الجسيم هو الخطر الذي يكون من شأنه احداث ضرر لا يمكن جبره أولا ينجبر الا بتضحيات كبيرة .

الخطر لا يعد جسيما ومن ثم لا يبرر حماية الطبيب كما هو الشأن بالنسبة لعمليات التجميل التي يجريها الطبيب لمرضاه إذا تضرر المريض من جراء هذه العملية) [١].

ثانياً: بالنسبة للشرط الآخر الذي ينبغي توافره في فعل الضرورة هو كون الأخير متناسب مع الخطر المراد اتقاؤه، وان من المعتاد في الاعمال الطبية لا بد القيام بعملية موازنة أو مقارنة بين الخطر والامل في شفاء المريض ومن هذا فان الموازنة قد تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد والمراد بالموازنة هنا ان يكون الخطر المراد تفاديه اكثر بكثير من الضرر الذي يحتمل وقوعة[٢].

فإن اختيار جنس الجنين قد يكون بوجود ضرورة داعية لذلك، كوجود أمراض ممكن أن تصيب الذكور أو الاناث في المستقبل كبعض الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر الكروموسومات.

- **الرأي الثاني**: (يرى أحد الباحثين أنه يجوز اختيار جنس الجنين على المستوى الفردي دون الجماعي مع وجود حالة الضرورة والتي يمكن بها اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في اصله وان تكون عملية اختيار جنس الجنين بالتلقيح الاصطناعي وفق ضوابط وشروط حتى تكون مشروعة، فالتدخل الطبي لاختيار جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الانساب أما على سبيل الخطأ أو العمد فأنه متى تحققت ضوابط وشروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي سواء الداخلي أو الخارجي وكانت مسألة اختيار جنس الجنين تبعا لذلك فأن هذا جائز لان المحاذير والمفاسد التي قد تتأتى جراء اختيار جنس الجنين بالتلقيح الاصطناعي أبيحت لحاجة تحقيق الإنجاب وعلاج العقم فإذا كان اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لضرورة فلا حرج من اختيار جنس الجنين عند اجراء عملية التلقيح الاصطناعي مع التقيد بالقيود والضوابط الشرعية)[٣].

(وتأكيدا على ذلك انعقدت عدة اجتماعات في مصر بمستشفى الشاطبي الجامعي بالإسكندرية وسميت بندوة طفل الانابيب عام (١٩٨٥)، إذ اوصت هذه الندوة بان عملية الاخصاب خارج الجسم أو ما يعرف بطفل الانابيب لا تتعارض في ذاتها مع الشرائع السماوية ولا تقاليد المجتمع أو قيمه العليا وإنَما يأتي

---

[١] نسرين محسن نعمة الحسيني، الحماية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٥٢.

[٢] نسرين محسن نعمة الحسيني، المصدر نفسه، ص ٦٧.

[٣] سمية صالحي، مصدر سابق، ص٤٥٦_٤٥٤.

التعارض فحسب من أساءه استعمالها، وان مصلحة الاسرة والمجتمع تقتضي الإفادة من التقدم الحاصل في مجال العلوم الطبية في الحدود المقبولة شرعا وخلقا)[١].

وان يقتصر الاخصاب المسموح له بان تأخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته حال قيام الزوجية بينهما، ويشترط رضاء كل منهما ويجب أن لا تجري عملية تحديد جنس الجنين إلا في حالة الضرورة وان لا يكون هناك خطراً على حياة الزوجة أو سلامة الجنين، ويجب الحفاظ على عدم اختلاط النطف أو اللقائح ووضع الضمانات الكفيلة لذلك ويلزم ان لا تجري عملية تحديد جنس الجنين الا في مراكز طبية متخصصة حصراً في هذا المجال، وان تكون على تلك المراكز الطبية رقابة من قبل الدولة حتى لا تقوم بأي مخالفة قانونية وتوفر لها كل ما يلزم لأجراء من هكذا عملية مسايرة للتقدم العلمي و للأثبات والضمان يجب أن يتم تدوين كل عملية يقوم بها المركز الطبي في سجلات خاصة ليدون فيها أسماء الزوجين وقيام الزوجية بينها وتثبيت موافقتها على اجراء العملية وسبب اللجوء لتلك العملية وكفالة الحماية القانونية للنطفة بعد اخذها من الزوجين واللقيحة حتى غرسها في رحم الزوجة وهذا يعد ضمانا للمركز الطبي والزوجين في حالة نشوب نزاع بين طرفي العقد [٢].

ويرى الباحث أنه يمكن فسح المجال لإمكانية العمل بهذه التقنية بين الزوجين إذا وجدت الضرورة الطبية والمسوغات الشرعية الداعية للخروج عن هذا الأصل لتلافي الامراض الوراثية المرتبطة بجنس معين، بحيث ينظر لكل حالة بحسبها سد لذرائع، وحتى لا تؤدي هذه التقنيات إلى مفسدة واتباع هوى الأزواج في تفضيل جنس الذكور على الاناث وهذا هو الغالب في المجتمعات العربية التي تحكمهم ثقافة النزعة الذكورية، لهذا يجدر بالزوجين الرضاء بما قسمه الله لهما من الذرية وفي هذا قال تعالى ((آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا))[٣].

---

[١] كتب البحوث المقدمة للجمعية المصرية للطب والقانون الندوة المنعقدة في ٢ / مايو /١٩٨٥ بخصوص أطفال الانابيب توصيات الندوة، ص١٤_١٥ نقلا عن قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص ٤٦.

[٢] كتب البحوث المقدمة للجمعية المصرية للطب والقانون الندوة المنعقدة في ٢/ مايو/ ١٩٨٥ بخصوص أطفال الانابيب، توصيات الندوة، ص١٤ _ ١٥، نقلا عن قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٤٦.

[٣] سورة النساء، الآية (١١).

ويرى الباحث ان عملية تحديد جنس الجنين هدفه نبيل وهو علاج المرض الذي أصاب أحد الزوجين والمساعدة في تحقيق الطفل الذي يسعى اليه كلاهما وان اشتراط رضاء الزوجين ثابت، ولا يمكن للطبيب تحديد الجنين من دون رضاء الزوجين[١]

المطلب الثاني

شروط عقد تحديد جنس الجنين وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع

يشترط توفر عدة شروط لأبرام عقد تحديد جنس الجنين، وهي تقترب من الشروط التي يقتضيها العقد الطبي بصورة عامة، باستثناء ما يتطلب العقد بصورة خاصة، كما يتشابه عقد تحديد جنس الجنين مع بعض أنواع العقود الطبية في بعض الخصائص ويختلف عنها في أخرى، وعليه ستناول هذا المطلب في فرعين نبحث في الأول شروط عقد تحديد جنس الجنين وفي الثاني تمييزه عما يشتبه به من أوضاع.

الفرع الأول

شروط عقد تحديد جنس الجنين

تنقسم هذه الشروط إلى شروط متعلقة بالزوجين وشروط تتعلق بالمركز الطبي، وعليه سنتناولها على النحو الاتي:

أولاً: الشروط المتعلقة بالزوجين:

يشترط لابرام عقد تحديد جنس الجنين توفر عدة شروط في الزوجين وهي:

١. أن تجري هذه العملية بين زوجين:

يشترط لعقد تحديد جنس الجنين أن يكون أحد أطراف العقد زوجين، وعرف المشرع العراقي عقد الزواج بأنه (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته أنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)[٢] فالزواج هو الأسلوب الشرعي الذي أختاره الله (سبحانه وتعإلى) للتولد وبقاء النسل الإنساني وتكاثره بالنسبة للدول الإسلامية والتي يستمد نظامها القانوني من أحكام الشريعة الإسلامية، فتتطلب عملية التلقيح الصناعي

---

[١] راجع نص المادة (٩١/ رابعا / ب) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة (١٩٨١).

[٢] الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل.

بصورة عامة ولاسيما تحديد جنس الجنين أن تجري بين زوجين أي بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة[١].

فالعلاقة الزوجية شرط ضروري وأساسي لعقد تحديد الجنس بحيث تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، فالقاعدة العامة أن يجري الاخصاب بين الزوجين بأخذ بويضة المرأة ونطفة الزوج وتتم عملية التخصيب وتعاد اللقيحة إلى رحم المرأة هذا هو الأساس القانوني والشرعي الصحيح[٢].

والقانون البريطاني لم يشترط لأجراء عملية تحديد جنس الجنين أن يكون عقد موجود بين رجل وامرأة ولم يعد مثل تلك العملية أن تكون مقصورة بين زوج وزوجة وقد أصبحت المطالبة بمثل هكذا عملية أشخاص لا تربطهم علاقة زوجية وإنَما يعيشون في ظل علاقة تعدها تلك القوانين علاقة شرعية وأن بعض النساء غير المتزوجات قد طالبن بأجراء مثل هكذا عملية للحصول على طفل دون أقامة أي علاقة زوجية مع رجل و يمكن القول بأن هذا الشرط من شروط إجراء تحديد جنس الجنين يمكن تطبيقه في المجتمعات الإسلامية فقط[٣].

واشترط المشرع الفرنسي ان يكون الرجل والمرأة اللذان يعدان الطرف (الاول) على قيد الحياة في سن الإنجاب، متزوجين أو بأستطاعتهما إثبات عيشهما معا منذ عامين على الأقل، وموافقين مسبقاً على عقد الاخصاب[٤]

---

[١] فهيم عبد الاله الشايع، التصرف بالنطف والبويضات واللقائح البشرية في مجال الاخصاب الصناعي واجراء التجارب وفقاً لاحكام القانون المدني (دراسة مقارنة في التشريع المصري والأردني)، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجمعية الاردنية ، المجلد (٤٥)، العدد (٤)، ٢٠١٨، ص ١٣٦

[٢] بعض الدول العربية وضعت عقوبات رادعة بحق كل من يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومنها نظام وحدات الاخصاب والاجنة السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم /٢٦٠/ في /٢١ / ١١ /١٤٢٤ هـ حيث نصت المادة (٣٢) منه (في حالة حقن نطف أو أجنة في امرأة من غير زوجها يعاقب بغرامة مالية لا تقل عن مائتا الف ريال والسجن لا تزيد عن خمس سنوات و الغاء ترخيص مزاولة المهنة)

[3]Preventing gender_biased sex selection, An interagency statement ONFPA, UNICEF, UN Women and WHO,WHO Library Cataloguing_in_ publication Data, World Health Organization, 2011, p: 3-5

[٤](٢١٤١-٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٠ . ٥٤٨) بتاريخ ١٥/حزيران/٢٠٠٠.

وقد حضر المشرع البحريني التلقيح الصناعي بنطفة غير نطفة الزوج أو تخصيب بويضة غير بويضة الزوجة[١]

٢. ان تجري عملية تحديد الجنس مع قيام الزوجية:

اشترط المشرع العراقي أن يتضمن العقد قيام الزوجية بين الرجل صاحب النطفة والزوجة صاحبة البويضة، إذ نص على أنه (يهدف المعهد إلى تحقيق اجراء البحوث و تجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية وحق المرأة صاحبة البويضة والرجل صاحب الحيامن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبويه الشرعيين)[٢].

ألا إن المشرع الفرنسي أجاز التلقيح الصناعي بين غير الزوجين من خلال وهب النطف إذ نص على(ان وهب النطف يتمثل في تقديم شخص ثالث المنويات أو البويضات بهدف المساعدة الطبية على الإنجاب) [٣]اما المشرع البحريني فقد نص (حظر استخدام التقنيات الطبية لغرض التبرع أو بيع الامشاج أو الاجنة)[٤]

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي ذهب إلى عدم اجازة زراعة الجنين في رحم الزوجة بعد وفاة الزوج، إذ يعتبر الهدف هو ولادة طفل لعائلة تقوم برعايته وتربيته، وهو ما ينتفي مع موت الزوج : (... لم يكن ممكنا للمساعدة الطبية على الإنجاب أن يكون لها هدف مشروع سوى توفير الولادة للطفل في كنف عائلة مكتملة، وهذا ما يستبعد اللجوء إلى مفهوم التخصيب في الأنبوب أو متابعته عندما تحل الرابطة بين الزوجين الذين

---

[١] نصت المادة (٧) الفقرة (ب) من القانون البحريني رقم (٢٦) لسنة (٢٠١٧) الخاص باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والاخصاب على (يحضر التلقيح بنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة).

[٢] البند (سادساً) من المادة ٢ من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم رقم (١٩) لسنة(٢٠١١).

[٣] المادة (١٢٤٤. ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٠_ ٥٤٨) بتاريخ ١٥/حزيران/٢٠٠٠.

[٤]المادة (٧) الفقرة ط من القانون البحريني رقم (٢٦) لسنة (٢٠١٧) الخاص باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والاخصاب.

كان عليهما أن ينتظرا الولد وذلك بموت الزوج قبل أن تكون قد تحققت المرحلة الأخيرة وهي زرع المضغة)[١].

أما المشرع البحريني فقد نصت المادة (٨) منه الفقرة (أ) على موافقة الزوجين كتابة على حفظ الأجنة وتتلف في حال انتهاء العلاقة الزوجية وكذلك انظر المادة (٦) والتي تضمنت وفي حال تحقق العلم بوفاة أحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب يجب الامتناع عن عملية التلقيح الصناعي[٢]

ومن ثم يتضح أنه يجب لتحديد جنس الجنين أن تكون هناك علاقة زوجية قائمة، فيشترط أن تكون بين رجل وامرأة علاقة زوجية وأن تكون هذه الرابطة ما زالت قائمة ولم تنته بوفاة أو طلاق وغيرها من طرق حل الرابطة الزوجية، حيث أن تحديد جنس الجنين يتم غالبا عن طريق تقنية أطفال الانابيب التي من خلالها يتم تلقيح بيضة الزوجة بالحيوان المنوي العائد للزوج خارجيا وأن من المستحيل قد يتم إنجاب الطفل بعد أنتهاء الرابطة الزوجية عن طريق الإنجاب الطبيعي لأي سبب من الأسباب كان من البديهي توفر هذا الشرط في الإنجاب الاصطناعي بصورهِ المختلفة.

واختلف الفقه في مسألة حق الزوجة في أكمال عملية التلقيح الاصطناعي ومن ثم تحديد جنس الجنين في حالة وفاة زوجها مصرا على الإنجاب وليس للورثة الحق في الاعتراض على ذلك وان اصابهم ضرر، وذهب بعض الفقه إلى من حق الزوجة في حالة الطلاق أو الوفاة أن تزرع اللقيحة في رحمها شريطة أن يتم تلقيحها قبل انفصال الرابطة الزوجية و أن يأتي الولد لأقل مدة الحمل [٣].

ويرى الباحث أن هذا الكلام وأن كان مقبولاً إزاء عملية التلقيح الاصطناعي ألا إنه محل نظر أمام عملية تحديد جنس الجنين، إذ إن عملية تحديد الجنس تؤثر تأثيرا مباشرا على توزيع الإرث وتحديد نصيب الورثة من التركة فإذا كان الجنين ذكراً فأنه يأخذ ضعف حصة البنت ويزداد الإرث تأثيرا في حالة حصول حمل لعدة أجنة ذكور .

---

(١) قرار محكمة باريس في ٥/ أيار/ مايو ١٩٩٨، دالوز ٢٠١٢، ٣٨٩. نقلا عن مشتاق عبد الحي عبد الحسين، مصدر سابق، ص٣٤

(٢) المواد (٨) الفقرة (أ)، (٦)) من القانون البحريني رقم (٢٦) لسنة (٢٠١٧) الخاص باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والاخصاب

(٣) فهيم عبد الاله الشايع، مصدر سابق، ص١٣٩ ـ١٤٠.

ويمكن ان يكون تحديد جنس الجنين بالطرق المختبرية على وفق شروط معينة لكي يحظى هذا العقد بالمشروعية وقد يتحقق ذلك للضرورة لكي يباح هذا العقد وعند تنفيذ هذا العقد يجب الالتزام بالضوابط الشرعية والأخلاقية، وتأكيداً على ذلك قرر مجلس المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته التاسعة عشر المنعقد بمكة في (٢٢) شوال (١٤٢٨هـ) الموافق في تشرين الثاني عام (٢٠٠٨م) أنه (لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار الجنين الا في حالة الضرورة العلاجية من الامراض الوراثية التي تصيب الذكور من دون الاناث وبالعكس فيجوز التدخل بالضوابط الشرعية المقررة على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة لا يقل عدد أعضائها من ثلاثة أطباء عدول تقدم تقريرها بالأجماع يؤكد حالة المريضة تستدعي أن يكون هناك تدخلاً طبياً حتى لا يصاب الجنين بالمرض ومن ثم يعرض هذا التقرير على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تجده مناسبا)[١]، كما يقتضي ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة والدقيقة على المستشفيات والمراكز الطبية التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية لتمنع أية مخالفة لمضمون هذا القرار، وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك[٢].

٣-شروط تتعلق بالاسرة: أن يحقق عقد تحديد جنس الجنين فائدة للأسرة سواء كانت فائدة صحية أو نفسية فالأولى مثل منع انتقال الامراض الوراثية لجنس معين دون الاخر، أما الثانية قد يلبي حلم الزوجين في حصولهم على جنين معين، ولا سيما بعد اشتياق الابوين له لتعاقب مواليد من جنس وأحد من دون أن تكون رغبة الحصول على جنس معين لكراهية الجنس الاخر.

٤-شروط تتعلق بالجنين المراد تحديد جنسه: الاهتمام بالجنين بوصفه محل العقد المراد تحديد جنسه بالحذر ولتفادي احداث تشوهات أو امراض قد يصاب بها جراء الفحوصات والأدوية وغيرها من الإجراءات الطبية التي تتخذ بحق هذا الجنين مع مراعاة اتخاذ المستوى الأعلى من الضمانات الضرورية لمنع أختلاط الانساب عند أجراء عمليات تحديد جنس الجنين بالطرائق المختبرية بالعبث بالأجنة[٣].

---

[١] نقلا عن د. زينة غانم العبيدي، د.يسرى وليد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٤.

[٢] قرر مجمع البحوث الإسلامية في الازهر شروط معينة لإضفاء الشريعة على عقد تحديد جنس الجنين ضمن فتوى إصدارها، وهذه الشروط هي: ١. عدم إنجاب الذكور مسبقاً ٢. الا يكون بقصد إنجاب الذكور ٣. الالتزام بالضوابط الشرعية والأخلاقية عند أجراء عملية اختيار جنس الجنين بالتلقيح الصناعي. زينة غانم العبيدي ود. يسرى وليد ابراهيم، مصدر سابق، ص٢٥.

[٣] د.زينة غانم العبيدي، د.يسرى وليد إبراهيم، المصدر السابق، ص٢٥.

٥-رضـا الزوجـين:

لم يتفق بعامةٍ حول مسألة اشتراط رضاء المريض في الاعمال الطبية، وهذا الاختلاف مرده البحث في اساس اباحة افعال الطبيب وعدم مسؤوليته عنها، وذلك ان الرضا الصادر عن المريض صريحاً كان أم ضمنياً هو الأساس الذي يعول عليه في اباحة العمل الطبي حتى ولو قام به شخص اَخر غير الطبيب ولم يتوفر لديه قصد العلاج ما دام رضا المريض متوافراً، فان اساس إباحة عمل الطبيب هو رضاء المريض بالعلاج الامر الذي يجعل من النشاط الطبي الذي يقوم به الطبيب مشروعاً، ذلك أن الطبيب لم يكن سوى ممثل عن المريض ليست له ارادة في العلاج إنَما ينفذ رغبة المريض في العلاج وبخلاف هذه الارادة ليس له اجراء العمل الطبي، وعليه فأن الرضا بحسب اصحاب هذا الاتجاه يعني نزول المريض عن الحصانة التي يقررها القانون لجسمه وذلك من خلال رضا المريض أو وليه ومن في حكمه، فان رضاء المريض كشرط لمشروعية مباشرة العمل الطبي على جسده يختلف عن رضاءه الذي ينعقد به العقد الطبي بين كل من الطبيب والمريض فالأول يشمل مراحل العلاج المختلفة إذ إنه رضاء متغير ومتجدد ويختلف في كل مرحلة من مراحل العلاج التي يمر بها العمل الطبي[١].

والرضا وحده ليس كافيا، إذ يجب أن يلتزم الطبيب بان يعلم المريض قبل أبرام العقد بكل المعلومات الكفيلة بجعل رضائه صادرا عن ارادة صحيحة، وهذا ما يطلق عليه بالالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، وهنا يجب الحصول على موافقة المريض الصريحة بكل علاج يقدم اليه أيا كانت طبيعته، ومن ثم فقبول العلاج يضاف إلى قبول العقد والرضا في كلتا الحالتين يجب أن يكون حراً مستنيرا.

كما يجب عدم الخلط بين ركن الرضا في العقد الطبي، وبين قبول العلاج والتصريح به في أثناء سريان العقد [٢]، ألا إنه يمكن استنتاج رضا الزوجين من انهما يبغيان قصد العلاج، وهو يعد شرطاً جوهرياً لمشروعية العمل الطبي بصورة عامة، ومن ثم يعد هذا الشرط شرط شخصياً، وهو شرط تشترك فيه جميع القوانين الداخلية فضلا عن الشريعة الإسلامية، فنجد أن هناك اتفاق شبه كامل على الأسس والشروط التي تنظم ممارسة مهنة الطب في الشرع وأيضاً في القانون، ولعل ما ورد متفقُ مع الفطرة السليمة [٣]

---

[١] مالك حمد حمود، مصدر سابق، ص١٢١ـ١٢٥.

[٢] د.علي حسين نجيدة، المصدر السابق، ص١٠ـ١١.

[٣] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص١٢٨.

ألا إنه يمكن ملاحظة ان قصد العلاج الذي يعد شرطا اساسيا للعقد الطبي عموما يختلف في عقد تحديد جنس الجنين، إذ لا يشترط أن يكون هناك علاجا من هذا العقد، فالزوجان يبغيان فقط تحديد الجنس المرغوب به ومن ثم لا يتضمن قصد العلاج.

ثانيا: الشروط الخاصة بالمركز الطبي:

يشترط في المركز الطبي في هذا العقد مراعاة القواعد والأصول العلمية الطبية الصحيحة وان يكون حاصلا على الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب وسنتناول هذين الشرطين على النحو الاتي:

١. مراعاة القواعد والأصول العلمية الطبية الصحيحة:

يجب ان يتبع المركز الطبي القواعد والاصول العلمية المعترف بها طبيا واتباع المبادئ الأساسية في علوم الطب، ويجب أن يكون الطبيب ملماً بها التي قد تعكس مخالفتها جهل فاضح بقواعد وأصول هذا العلم في هذا المجال، وهذه القواعد والأصول هي التي يعترف بها ويعتمدها القانون العراقي والقوانين المقارنة، وأن يترك للطبيب مساحة من الحرية في ممارسة عمله على أن لا يتجاوز الحدود الطبية المتعارف عليها أي بمعنى ليس المقصود من ذلك بأن يلتزم الطبيب بتطبيق ما يطبقه، أي بأن تكون له مساحة من الحرية وهذه الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها حصرياً وعملياً بين طائفة الأطباء والتي يجب على كل طبيب ممارس لمهنة الطب الالمام بها ومتابعتها لان تقدم الطب يومي ومستمر وما هو الان حديثا غدا سيكون قديما وربما أصبح خطأ[١].

كما يجب على المركز الطبي اتباع الشروط الفنية التي تتضمن شروط السلامة وتجنب وقوع الضرر، وهذه الشروط يجب أن تكون حكراً على الأطباء بالمعنى الدقيق للكلمة، إذ إن الطبيب إنَما يمارس عمله الطبي على وفق أصول معينة تفرضها مهنته، وهو يحرر للزوجين على وفق ما تقتضي الحالة الطبية ما يتطلب علاجهما، ومن ثم فانه يجب عليه اتباع ما تفرضه اصول السلامة المهنية وذلك من اجل المحافظة على الصحة العامة، وصونها من عبث الدخلاء على مهنه الطب، وخطورة ما يصفه الطبيب وهو

---

[١] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص١٢٩.

الدواء على صحة الزوجين فإن مجرد وصف الدواء، يلزم الطبيب باتباع هذه الاصول المهنية لتحرير التذكرة الطبية، ومن ثم فتقع عليه المسؤولية حتى لو لم ينشأ عن ذلك أي ضرر[١].

فهذه القواعد هي التي تفرضها عليه مهنته، وما جرت عليه العادات الطبية في مثل هذه الظروف، فلا يفرض على الطبيب التزامٍ محدد يضمن الشفاء، لأن شفاء المريض قد يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع لسلطان الطبيب، كعامل المناعة والوارثة، أو إصابة المريض امراض أخرى وقصور العلوم الطبية، فجميع هذه الأشياء قد تقف عاجزة عن علاج المريض، ويقتصر دور الطبيب حينئذ على تخفيف الآلام [٢] .

فإن جوهر عمل الطبيب هو علاج المريض على وفق قواعد وأصول المهنة، فإخلال الطبيب بالعلاج هو إخلال بالتزام قانوني وليس التزاماً تعاقدياً، وان أخطائه المهنية تمثل إخلالاً بالأصول والقواعد المهنية، وهي أمور خارجة عن نطاق العقد، ودليل ذلك، أن القاضي لا يلجأ إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنَما يلجأ إلى أهل الخبرة واسترشاد بأقوالهم في معرفة ما إذا كان الطبيب قد التزم بالأصول الفنية المهنية من عدمه[٣].

ومسؤولية الطبيب مسؤولية عناية لا مسؤولية شفاء على أنه مسؤول عن نتائج تقصيره في الواجبات الاعتيادية سواء كان ذلك بسبب عدم التروي أو الاهمال أو الخفة أو الجهل بالأشياء التي يجب على الاطباء الإلمام بها، وكذلك ان لا يتعدى إلى ممارسة الاعمالٍ الطبية التي لم يألف ممارستها وتتطلب مهارة خاصة تدخل في نطاق الاختصاص، والا فأنه يكون مسؤولا عن النتائج السيئة المترتبة على تدخله غير المناسب[٤] وقد نصت تعليمات السلوك المهني في العراق (لا مسؤولية .. إذا ثبت استعانة الطبيب بجميع الوسائل الممكنة والمتوفرة لديه أو في منطقته وانه مسؤول عما يقع منه من الخطأ نتيجة اهمال نتائج الفحص الاشعاعي أو العرض البوثولوجي).

---

[١] د.أحمد السعيد الزرقد، الروشتة (التذكرة) الطبية بين المفهومين القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٣.

[٢] قرار محكمة النقض المصرية تاريخ ٢٦ /٦ /١٩٦٩، أشار اليه مالك حمد حمود، مصدر سابق، ص١٤٠.

[٣] محمد حاتم صلاح، مصدر سابق، ص٥١.

[٤] د.سميرة حسين محيسن، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها_دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، ٢٠١٦، ص٦٣. مالك حمد محمود، مصدر سابق، ص١٤١.

وقد وضع الفقه[١] عدد من الشروط يجب ان تتوافر في كل اسلوب أو نظرية في نطاق العمل الطبي لكي يترتب على الخروج من هذه النظرية مسؤولية الطبيب أو الاخصائي الجنائية، وهذه الشروط هي (١- ان يعلن عن اسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها على أن يتم أستخدامه واجراء التجارب عليه قبل الاعلان عن أستخدامه. ٢- أن يمر وقت كاف لإثبات كفاءة هذه النظرية. ٣- أن يتم التسجيل العلمي لهذا الاسلوب العلاجي قبل استخدامه على الانسان).

وعليه إذا تحقق اتباع الطبيب لأصول فنية وبذل ما في وسعه من العناية واليقظة والحذر فلا يسأل ولو فشل في علاج المريض بل ولو انتهى الامر إلى وفاته طالما ان الطبيب راعى الاصول العلمية للمهنة مبصرا المريض بمخاطر العملية وحصل على موافقته بذلك [٢].

٢. الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب[٣]:

إن المشرع العراقي قد نص (لا يجوز للطبيب ممارسة المهنة في العراق الا بعد أنتمائه إلى النقابة وحصوله على شهادة التسجيل و إجازة ممارسة المهنة)[٤]، وإن المشرع العراقي اشترط في عضو النقابة أن يكون حاصلاً على شهادة من كلية عراقية في الطب، ونص ايضاً على أنه (يشترط في العضو أن يكون عراقي الجنسية حائزاً على شهادة كلية الطب العراقية أو ما يعادلها وللنقابة قبول انتماء الأطباء العرب والأجانب الذي لم يحرموا من حق الممارسة في بلادهم بسبب إساءتهم للمهنة ومن تعامل بلادهم العراق بالمثل أو الذين ارتبطوا مع أحد الجهات الوطنية في القطر والأجنبية العاملة فيه على أن تقتصر

---

[١] د. طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الاخطاء الطبية في مجال التوليد، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤، ص١١٥.

[٢] مالك حمد محمود ، مصدر سابق، ص١٤٠.

[٣] (لم يكن الترخيص القانوني شرطا لممارسة مهنة الطب في بادئ عهد الدولة الإسلامية حيث يكتفي الطبيب لمزاولة مهنة الطب بالدراسة لدى أي طبيب من النابغين في عصره دون أي قيد أو شرط بيد أن اول تنظيم لممارسة مهنة الطب وتجسيدها بنظام خاص كان في عهد الخليفة العباسي المقتدر بالله في سنة (٢٩٥) هـ الذي فرض على من يريد ممارسة مهنة الطب تأدية أمتحان للحصول على أجازه تخوله ممارسة مهنة الطب والسبب الذي دعا الخليفة إلى التقييد لترخيص معين حصول حادثة وفاة نتيجة سوء ممارسة المهنة في سنة (٣١٩)هـ، نسرين محسن نعمة الحسيني، الحماية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون_جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٨٠.

[٤] المادة (٣) من قانون نقابة الأطباء العراقي رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

ممارستهم للمهنة على اعمال وظيفتهم إذا كانت بلادهم تعامل العراق بالمثل)[١]، كما اشترط لممارسة المهنة في المؤسسات الحكومية أو الاهلية الحصول على شهادة تسجيل و إجازة الممارسة وان يكون منتميا لنقابة الأطباء [٢].

أما المشرع المصري فقد نص (لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو اجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف ادوية أو علاج مريض .... إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها، وكان أسمه مقيدا بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية وبجدول نقابة الأطباء البشريين[٣] ونص (يقيد بوزارة الصحة من كان حاصلاً على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات بالجمهورية العربية وامضى التدريب الاجباري المقرر)[٤].

وتطرق المشرع الفرنسي إلى تنظيم قواعد خاصة من قانون الصحة العامة والقوانين المعدلة له، إذ نص على(أن المساعدة الطبية على الإنجاب تشمل الممارسات العيادية والإحيائية التي تمكن من الحمل في الأنبوب، ونقل الأجنة والتلقيح الاصطناعي، وكذلك كل تقنية ذات مفعول مماثل تمكن من الإنجاب خارج المفهوم الطبيعي وفقا للقائمة الموضوعة بموجب قرار وزير الصحة بعد الإطلاع على رأي وكالة الطب الإحيائي)[٥].

إن مهنة الطب تتطلب من الشخص الذي يمارسها معرفة ودراية بالأمور الطبية والعلمية أي لا يستطيع أي شخص القيام بها كذلك أنها تتعلق بالإنسان نفسه الذي يسعى القانون إلى توفير الحماية له فلا يباح العمل الطبي لأي شخص إلا لمن كان مرخصاً له على وفق إجازة قانونية أوعلمية على وفق للأوضاع والقواعد التي تتضمها التشريعات المختلفة[٦].

---

[١] المادة (٤) من قانون نقابة الأطباء العراقي رقم(٨١) لسنة ١٩٨٤ المعدل، والمزيد من التفصيل قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٢٧.

[٢] المادة (٣_ أ) من قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة (١٩٨٤) المعدل.

[٣] المادة (١) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة(١٩٥٤).

[٤] المادة (٢) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة (١٩٥٤).

[٥]المادة (٢١٤١ – ١) من قانون الصحة لعامة النافذ المعدلة بالمادة (٢٤) من القانون رقم (٢٠٠٤ – ٨٠٠) في ٦ / آب / ٢٠٠٤.

[٦] قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٢٧.

ويدخل في تحديد التزام الطبيب مستواه المهني، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية عندما قررت مسألة الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقض في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول[١].

والقانون سمح باستعمال الحقوق التي تمس حياة مصالح الأشخاص لمن تتوافر به شروط محددة ومعينة ومن هذه الحقوق التي قد تحظى بأهمية قصوى وخاصة هي مزاولة مهنة الطب نظراً لخطورة هذا العمل وحساسيته فأن المشرع أشترط بالشخص الذي يزاول هذه المهنة يحمل قدراً كافياً من الكفاءة الفنية والعلمية فضلاً عن توفر بعض الصفات الأخرى[٢]

فأن اساس مشروعية عمل الطبيب في ممارسة نشاطه يستند إلى الترخيص القانوني بمزاولة المهنة الطبية ومن ثم فأن من لا يملك الترخيص أو من يزاول المهنة خارج النطاق الذي يسمح به الترخيص الممنوح له يسأل عن مسؤوليته عن مزاولة مهنة الطب بالمخالفة لأحكام القانون، ولا يقبل منه الدفع بأنه حاصل على شهادة في الطب وان تدخله كان بقصد العلاج لا الاضرار بالمريض وبناء على دعوة الاخير، فلو نجم عن تدخله مثلاً وفاة المريض أو اصابته بعاهة مستديمة فيسأل بحسب ظروف الواقعة [٣]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية (... بأن اجازة القانون هي السند القانوني السليم لإباحة النشاط الطبي في مختلف صوره...ويجب معاقبة الطبيب الذي يصرف لمرضاه الخصوصيين ادوية قبل ان يحصل على اجازة بأنشاء صيدلية ...)[٤]

(كما ان شرطي المؤهل العلمي والترخيص القانوني يكمل أحداهما الاَخر، فلا يجوز ممارسة مهنة الطب ممن لا يحصل على الدرجة العلمية التي تؤهل لذلك، فلا يجوز للمتخرج من كلية الطب يزاول المهنة مالم يحصل على الترخيص القانوني لذلك)[٥].

---

[١] قرار محكمة النقض المصرية تاريخ ٦/٢٦/ ١٩٦٩ أشار اليه مالك حمد محمود، مصدر سابق، ص١٤٠

[٢] الهيثم عمر سليم، مصدر سابق، ص ١٢٨_١٢٩.

[٣] نسرين محمد نعمة الحسيني، مصدر سابق، ص ٨٠.

[٤] ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣٥) في ١٢ /حزيران / ١٩٦٢، منشور في مجلة المحاماة المصرية، س١٣، ع٤، ١٩٦٢، ص٢٦٩.

[٥] نسرين محسن نعمة الحسيني، المصدر السابق، ص٨٠.

الفرع الثاني

تمييز عقد تحديد جنس الجنين عن غيره

يمكن تحديد الفروق بين عقد تحديد جنس الجنين وبين الاستنساخ البشري والهندسة الوراثية على النحو الاتي

أولا: تمييز عقد تحديد جنس الجنين عن الاستنساخ البشري:

يقصد بالاستنساخ البشري الحصول على نسخة أو اكثر طبق الأصل نفسه وبالمعنى البيولوجي معالجة خلية جسيمة من كائن معين كي تنقسم وتتطور إلى نسخة مماثلة لنفس الكائن الحي الذي اخذت منه، أو هو:

" استحداث كائن حي مشابه للكائن الذي اخذت منه الخلية الحية" [١].

ويقصد به التكاثر اللاجنسي أو الجسدي وهو نوع من التكاثر لا يعتمد في الاخصاب على المشيج الذكري بل المفترض ان اللاقح الذكري لا وجود له في هذا النوع من التكاثر، والملاحظ على هذه التقنية انها تقوم على إمكانية إعادة خلية متخصصة جسدية إلى خصائصها الجنينية الغير متخصصة[٢].

ويبرز الفرق بين الاستنساخ وبين عقد تحديد جنس الجنين في أن الأول يعتمد على الحصول على خلية جسدية من أي انسان يراد أن يستنسخ منه واستخلاص نواة خلية جسدية بكامل بنيتها الكروموسومية وزرعها في البيضة المفرغة ودمج النواة المزروعة في المحتوى السيتوبلازمي للبيضة عن طريق تعويضها لذبذبات كهربائية، فإن تم الاخصاب يتم زراعتها في رحم المرأة ليكتمل النمو[٣].

أما عقد تحديد جنس الجنين فيتم من خلال اختيار البويضة الملقحة لالتقاء النطفة الذكرية ببويضة المرأة التي تتضمن الجنين المختار ومن ثم فهو يعني تكاثراً جنسياً، الاستنساخ ما فهو تكاثر لا جنسي لأنه لا يتطلب التكاثر الجنسي، بل أن الحيوانات المنوية الذكرية وبويضة المرأة لا تلعب أي دور في ذلك ومن جهة أخرى فأن تقنية الاستنساخ تمكن وبسهولة التحكم في جنس المولود الأمر الذي لا يمكن تحديده في

---

[١] د.عدنان عباس موسى،المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ البشري، مجلة العلوم السياسية، تصدر عن كلية العلوم السياسية_ جامعة بغداد، العدد(٤٣)، ٢٠١١، ص٧٨.

[٢] قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٣٨.

[٣] د. فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجه نظر قانونية، بحث منشور في مجلة للعلوم الاقتصادية والقانونية، تصدر عن كلية الحقوق_ جامعة دمشق، المجلد (٢٠)، بلا سنه طبع، ص٧٩.

موضوع التلقيح الصناعي بنوعيه، كما ان تقنية الاستنساخ تؤدي إلى انتاج صورة طبق الأصل للمستنسخ نفسه اما في عملية تحديد جنس الجنين لا يتحقق ذلك، كما أن تقنية الاستنساخ قد تم تجربتها على الحيوان فقط ولم تتم تجربتها على الانسان إذ اعلن في عام ١٩٩٧ عن استنساخ النعجة دولي[١].

ثانيا: تمييز عقد تحديد جنس الجنين عن الهندسة الوراثية :

عرف المشرع العراقي الهندسة الوراثية بأنها (الهندسة الوراثية التقنيات الحديثة غير التقليدية المستعملة لتحوير المادة الوراثية بوساطة إضافة أو حذف أو إعادة ترتيب الجينات والتي لا تحدث في الظروف الطبيعية)[٢].

فالهندسة الوراثية هي التدخل في الكيان المورثي أو البنية الوراثية في نواة الخلية والتي عن طريقها يمكن اكتشاف اخطر الامراض من خلال إجراءات الفحوصات الطبية و التعرف على الجين المريض أو المعيب في حالة اختلال القاعدة الجينية والتي بدورها تسبب في الخلل الوظيفي للجين التي بدورها تسبب المرض، حيث يقوم العلماء بهذا الصدد بعزل الجين المريض أو استبداله بجين سليم، بالتالي يؤدي العلاج الجيني إلى اصلاح الحالة المرضية من خلال معرفة اسرار بعض الأمراض التي كان من المستحيل علاجها من قبل والناتجة عن عيوب وراثية ولقد تم التوصل إلى كيفية علاج الجين المعيب أو استبداله بجين اَخر سليم أو تعديله[٣].

ويقترب تحديد جنس الجنين من الهندسة الوراثية في ان كليهما يسعى إلى إنجاب طفل يحمل خليطا من الكروموسومات لأبويه والقضاء على العقم وعدم القدرة على الانجاب، فالهندسة الوراثية تبحث في استخدام الجين الوراثي للتحكم في بعض الصفات الإنسانية والقضاء على بعض الامراض المستعصية عن طريق اكتشاف الجين المسؤول عن ذلك ثم حذفه أو تعديله أو إضافة اَخر إلى الشريط الوراثي للإنسان.

---

[١] د.عدنان عباس موسى، مصدر سابق، ص٧٩.

[٢] المادة ١ / خامساً من نظام السلامة الاحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا ومنتجاتها رقم (٢) لسنة (٢٠١٥) والمنشور في الوقائع العراقية عدد (٤٣٥٧) في ٢٠١٥/٣/٢٣.

[٣] قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٣٨.

ويؤدي عقد تحديد جنس الجنين إلى إنجاب طفل يحمل مزيجا من الكروموسومات لأبويه أصحاب البيضة والامشاج، بينما تؤدي الهندسة الوراثية إلى التباين في الصفات بين الكائنات الحية من خلال الهندسة الوراثية التي تقوم بإصلاح الخطأ الذي يؤدي إلى المرض[١]

[١] د. خالد عبد العظيم، الاثار المترتبة على استخدام الهندسة الوراثية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص١١، نقلا عن قصي علي عباس الشمري، مصدر سابق، ص٣٨.

الفصل الثاني

أحكام عقد تحديد جنس الجنين

الفصل الثاني

أحكام عقد تحديد جنس الجنين

إن مسؤولية الطبيب العقدية تتطلب وجود عقد بين الطبيب والمريض، وأن يكون هذا العقد صحيحاً وأن يكون الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة إخلال الطبيب بالالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا تحققت هذه الشروط تحققت معها المسؤولية العقدية، وإذا تخلف أحدها عدَت مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية يمكن للمركز الطبي الدفع بعدم المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بضمان تحديد جنس الجنين في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو ان يثبت أن خطأ الزوجين قد تسبب في احداث الضرر فيمكن ان يعفى المركز الطبي من المسئولية إذا اثبت عدم إمكانية توقع السبب الاجنبي واستحالة دفعه، إذ يكون المركز الطبي مسؤولاً عما يلحق الزوجين اثناء تنفيذ عقد تحديد جنس الجنين من اضرار، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا اثبت المركز الطبي ان الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ الزوجين أو خطأ الغير، وسنتناول هذا الفصل في مبحثين، نتناول في المبحث الأول آثار عقد تحديد جنس الجنين، وفي المبحث الثاني المسؤولية المدنية الناشئة على عقد تحديد جنس الجنين.

المبحث الأول

اثار عقد تحديد جنس الجنين

إن آثار العقد يقصد بها الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، وان حقوق كل طرف تقابلها التزامات الطرف الاخر، ومن ثم يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التزامات الزوجين بوصفهما(الطرف الأول) وفي المطلب الثاني التزامات المركز الطبي بوصفه الطرف الثاني.

المطلب الأول

التزامات الزوجين (الطرف الأول)

يلتزم الزوجان بوصفهما (الطرف الأول) في عقد تحديد جنس الجنين بالتزامات تفرضها طبيعة العقد، وسنتناولها في فرعين، نخصص الفرع الأول للالتزامات المتعلقة بالزوجين وفي الفرع الثاني التزامات متعلقة بالعقد.

الفرع الأول

التزامات متعلقة بالزوجين

يلتزم الزوجان بوصفهما (الطرف الأول) في عقد تحديد جنس الجنين بالتزامات تفرضها طبيعة العقد وهي:

أولا: التزامات قانونية:

يفرض القانون على الزوجين في كافة التصرفات القانونية بلوغ سنا معينة لامكان هذا التصرف اذ إن القدرة القانونية على ابرام التصرفات القانونية تستلزم مستوى فكريا وارادياً كافياً يمكن معه للشخص مباشرة هذه التصرفات، وأما أن يبلغ الشخص سن الرشد القانوني يكون أهلاً لمباشرة جميع التصرفات القانونية إذا لم يصبه عارض يمنع أو يحد من ذلك[١]، اما قبل هذا السن فيكون الشخص ناقصاً للأهلية أو عديمها حسب بلوغه سن التمييز[٢]. ومن ثم يلتزم الزوجين ببلوغ هذا السن لإمكان ابرام عقد التحديد وهذا الالتزام منشأه النصوص القانونية التي حددت اهلية الزوجين اذ يلقى هذا الالتزام على ذمة الزوجين لاثبات بلوغهما سن الانجاب وهو امر يرجع لبلوغهما الاهلية المتطلبة والسن الذي يحدده الطب لإمكان الانجاب

---

[١] يفرق معظم الفقه بين أهلية الوجوب التي يصير به الانسان اهلا لما له ولما عليه وربطوها بالشخصية القانونية أو هي في الواقع الشخص ذاته منظورا اليه من الناحية القانونية، فكل انسان بعد ان ابطل الرق شخص قانوني تتوفر فيه أهلية الوجوب، وتثبت هذه الاهلية من وقت ميلاده بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته وأهلية الأداء التي يقصد بها صلاحية الشخص لاستعمال الحق، أو هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا ومناط ذلك العقل أو التمييز، ينظر محمد المؤمن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن مجلة النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد(٣)، سنة (٢٠٠٤)، ص٤٥٠ وما بعدها .. د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، (١٩٨٠)، ص٦٤.

[٢] يعد السن ثلاثة أدوار الأول يبدأ من وقت الولادة إلى سن التمييز للإنسان ويطلق عليه مرحلة الصغير الغير مميز الذي يعد الشخص فيها عديم الاهلية، والثاني يبدأ من سن التمييز إلى سن الرشد القانوني ويطلق عليه مرحلة الصغير المميز ويعتبر الشخص فيها ناقص الاهلية، اما الدور الأخير فيبدأ من سن الرشد إلى وقت الموت ويعد الشخص فيها بالغا رشيدا إذا لم يعتره عارض من عوارض الاهلية التي هي العامل الثاني التي تتأثر بها الاهلية، د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨١، ص٦٤٦. د. رمضان محمود أبو السعود، مصادر الالتزام، ط١، الفتح للطباعة والنشر، ٢٠٠٣، ص ١٠٤.

ويقصد بهذا الشرط في عقد تحديد جنس الجنين أن يبلغ الراغبين في تحديد الجنس سن معين وهو سن الانجاب، وذلك لتحقيق الهدف من عقد تحديد جنس الجنين، ويعتمد ذلك على الحالة الصحية للزوجين على أن يراعي الطبيب وضع الطفل الذي ينتظره الزوجين بان لا يكون بين الوالدين والطفل فرق شائع في العمر، ألا إن المشرع العراقي لم يتطرق إلى أحكام هذا العقد ألا إن بعض التشريعات قد حددت سنا معينا[١].

وعليه سنتناول تحديد هذا السن في ضوء المبادئ العامة من القانون المدني، إذ يختلف سن الرشد من دولة إلى أخرى، إذ حدد المشرع العراقي سن الرشد بإكمال الثامنة عشر سنة في المادة(١٠٦) من القانون المدني العراقي، اما المشرع المصري فقد حدده بإكمال (٢١) سنة[٢]، وفي فرنسا فأن القانون المدني الفرنسي حدده بإكمال (١٨) سنه[٣].

ألا إن مجرد بلوغ سن الرشد لا يتيح للزوجين ابرام هذا العقد، إذ ينبغي ان تتوفر الاهلية المطلوبة والأصل ان يكون الشخص كامل الاهلية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وهذا الحكم قرره القانون المدني العراقي في الماد (٩٣) منه والتي نصت على ان ((كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته أو يحد منها))[٤]

---

[١] فقد حدد المشرع الاسباني سن التلقيح الصناعي (ب١٨) عاما و لكنه لم يضع حد اقصى له بينما حدد المشرع الدنماركي جداً اقصى للحمل الصناعي وهو (٤٥) عاما في حين لم يحدد الحد الأدنى للحمل بالتلقيح الصناعي، بينما ترك المشرع الفرنسي تحديد سن التلقيح لتقدير الطبيب نفسه إذ يختلف هذا الامر من حالة إلى أخرى بالرغم من التساوي في السن، لمزيد من التفصيل انظر نافع تكليف الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية دراسة مقارنة _ كلية القانون/جامعة بابل، العدد / ٣٧ / شباط ٢٠١٨، ص ٣٩٨.

Bujan. L, Daudin. M, couples demandeurs d'insémination artificielle avecdonneur, hôpital Paule de viguier.CHU de Toulouse, 2005, p(3).

[٢] انظر المادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

[٣] من الجدير بالذكر ان فرنسا كانت تأخذ بسن (٢١)، ألا إنه تم تعديل هذا السن في عام (١٩٧٥) في القانون المدني الفرنسي ليكون بإكمال (١٨) سنة.

[٤] يقابلها المادة (١٠٩) مدني مصري، والمادة (١١٢٣) من القانون المدني الفرنسي الصادر في٦/١٢ /١٨٠٤.

وإن احكام الاهلية تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوافر له بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون، فإذا اتفق شخص بالغ سن الرشد مع اَخر على النزول عن اهليته في التصرف في ماله كان هذا النزول باطلا[١].

وقد نصت المادة (١٣٠ /٢)[٢] من القانون المدني العراقي على هذا المعنى، حيث نصت على ما يأتي((٢. ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحوال الشخصية كالأهلية والميراث ...)) فالنص صريح على اعتبار الأهلية من الأحوال الشخصية وتعلقها بالنظام العام ونلاحظ أن قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ اعتبر من اكمل الخامسة عشرة، وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية[٣]، واستثنى المشرع المصري الصبي المميز المأذون له بالتجارة حسب نص المادة (١١٢)[٤] من القانون المدني المصري.

والصغير على وفق قانون رعاية القاصرين العراقي كل من بلغ سن التمييز (٧ سنوات) ولم يبلغ سن الرشد (١٨ سنة)[٥]، ألا إن تحديد السن الذي يسمح له بالزواج هو اكمال الخامسة عشرة من العمر بشرط ان يتزوج بأذن المحكمة، وهذا التحديد هو في مجال الأحوال الشخصية، وهو ما أكده مجلس الدولة إذ قرر (من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية ولا يتعدى اثر ذلك إلى جميع التصرفات المالية والتجارية)[٦]

ويتضح ان من اكمل الخامسة عشر وتزوج بأذن المحكمة يمكن له ابرام عقد تحديد جنس الجنين لأنه كامل الاهلية لأنه يتعلق بأمر من أمور الاحول الشخصية وهو الزواج والانجاب.

---

[١] مصطفى احمد الزرقا، عقد البيع، دار القلم، دمشق، ط٢، ٢٠١٢، ص٢٧.

[٢] تقابلها المادة (٤٨) مدني مصري.(ليس لأحد النزول عن اهليته ولا التعديل في احكامها)

[٣] تنص المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ على ان: ((أولا: يسري هذا القانون على: (أ) الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية..)) وكمال الاهلية يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية فقط.

[٤] تنص المادة (١١٢) من القانون المدني المصري على انه ((إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت اعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون)).

[٥] المادة (٣/ أولا . أ) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو اتمام الثامنة عشر من العمر ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة سنة وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية.

[٦] قرار مجلس الدولة العراقي المرقم (٢٠٥/٢٤) في ٢٠٠٥/٦/٨، أشار اليه صباح صادق جعفر الانباري، مجلس شورى الدولة، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠٠٨، ص١٢١_ ١٢٢.

أما من اكمل (٧) سنوات[١] ولم يكمل (١٨) سنة، فإن التصرفات التي يعقدها هي تصرفات ناقص الاهلية، التي تخضع إلى المادة (١/٩٧) من هذا القانون، إذ تنص على انه ((يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه أو اجازه، اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء))، وعليه فان التصرفات التي تتضمن النفع المحض كقبول الهبة أو الوصية يكون معتداً بها وهي ((صحيحة ونافذة))، سواء اذن بها الولي أم لم يأذن، اجازها أو لم يجزها[٢]، أما التي تتضمن الضرر المحض كالهبة والابراء فهي تصرفات باطلة، ولو اذن بها الولي أو أجازها.

أما التي تدور بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فهي تصرفات موقوفة على إجازة الولي[٣]، ويلاحظ أن المشرع المصري والفرنسي عدَ تصرفات ناقص الاهلية الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالأبطال إذا أجاز ناقص الاهلية التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال على وفق القانون [٤].

أما القانون العراقي فقد عدّها عقداً موقوفاً وهو عقد صحيح ولكنه غير نافذ، إذ لا يرتب عليه أي أثر إلى أن تلحقه الاجازة فإذا اجيز كان للإجازة اثر رجعي، اما المشرعون المصريون والفرنسي فعدًوه عقد قابلاً للابطال وهو عقد صحيح نافذ، إذ ينتج جميع اثاره إلى ان يحكم بابطاله، فإذا حكم بابطاله زالت جميع اثاره باثر رجعي، فيصبح هو والتصرف الباطل سواء .

وفيما يتعلق بعقد تحديد جنس الجنين، فانه على الرغم من انه يتضمن نفعاً للزوجين فيما لو نجحت عملية التحديد ألا إنها في الوقت نفسه قد يترتب عليها ضررٌ فيما لو فشلت العملية، إذ يترتب عليها خسارة معظم التكاليف، وعليه فان هذا العقد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فهو عقد موقوف وفق القانون العراقي وقابل للإبطال وفق القانون الفرنسي والمصري، وندعو المشرع العراقي إلى ان ينتهج نهج

---

[١] يعد اكتمال السابعة بداية سن التكليف وتعد هذه المرحلة الفيصل وتعد هذه المرحلة الفيصل بين حالة التميز وعدمها، د.محمد المظفر، نظرية العقد، دار حافظ للنشر، جدة ٢٠٠٢، ص١٦٨.

[٢] د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ط١، مطابع الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦، ص٨١.

[٣] د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص١١٨.

[٤] المادة (١١١ /١) من القانون المدني المصري، تقابلها المادة (١١٢٤) من القانون المدني الفرنسي.

القانون المصري والفرنسي في تحديد أهلية الزوجين القاصرين إلى اخذ نهج القانون المصري والفرنسي في تحديد أهلية الزوجين القاصرين.

ثانيا: رضا الزوجين بأتلاف بقية الاجنة غير المرغوب بها:

ان رضا الزوجين بأتلاف بقية الاجنة غير المرغوب بها إن رضا الزوجين هو التزام يقع عليهما لتحديد جنس الجنين، وذلك لإمكان اتلاف بقية الاجنة غير المرغوب بها من اجل القيام بعملية التحديد، إذ لا يختلف هذا العقد عن أي عمل طبي اَخر في مسألة الرضا الذي لابد من تحصيله للقيام بعملية التحديد ويعد من حق الأبوين الموافقة أو الرفض، وعند عدم الحصول على رضا الابوين فأن المركز الطبي يكون مسؤولا امامهما عن أي عمل يقوم به ويؤدي إلى اتلاف بقية الاجنة غير المرغوب بها[١].

إذ ليس بإمكان الطبيب أن يقوم بأي تدخل طبي ما لم يحصل على رضا المريض أولا بإبرام العقد الطبي لان هذا الرضا ضروري في مرحلة ابرام العقد الطبي كونه ركنا من اركان هذا العقد متى انعدم هذا الركن انهار العقد[٢]، ورضاؤه ثانيا في مرحلة تنفيذ هذا العقد لاسيما إذا كان المريض بالغاً رشيداً متمتعاً بالملكات العقلية التي تمكنه من تلقي ما يفضي به الطبيب من معلومات وادراكها إدراكا كافيا بحيث إذا صدر رضاه لابد من الاعتداد به ومن ثم تترتب اَلاثار القانونية عليه بوصفه صادراً عن إرادة واعيه مدركة[٣].

ألا إن هذا الالتزام يكاد يكون التزام مشتركً بين الطرفين إذ يترتب على الطبيب التزام بالحصول على رضاء المريض قبل مباشرته التدخل العلاجي إذ ليس بإمكان الطبيب إجبار مريضه على تدخله باستثناء بعض الحالات ، كحالة الضرورة أو الحالات التي تقتضيها مصلحة المريض أو المجتمع.

فقد اشترط المشرع الفرنسي بأخذ رضاء الزوجين وبصورة موثقة أو مكتوبة من الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب كونه ممارساً مهنة طبية نابعة عن واجبه الأخلاقي والإنساني ويمثل حرص المشرع في الانعكاسات الأخلاقية والقانونية التي يمكن تشكل كوارث قد تكون اجتماعية يتعذر تداركها وهذا أدى

---

[١] مشتاق عبد الحي عبد الحسين بدر، مصدر سابق، ص٤٥.

[٢] د.سميرة حسين محسن، مصدر سابق ، ص٦٧.

[٣] لمزيد من التفاصيل يراجع جون ويليامز، الاخلاقيات الطبية، ترجمة محمد الصالح بن عمار بمراجعة عبد السلام بن عمار، اصدار جمعية الطب العالمية، تونس، ٢٠٠٥، ص١٨.

بالمشرع ان يكون حريصاً على القضاء على تلك التجاوزات فاشترط بأخذ رضاء المريض الصريح منه بصورة كتابية فالطبيب قد يلتزم بموجب العقد الطبي بأخذ رضاء المريض في أي تدخل طبي سواء كان جراحياً ام علاجياً وفي حالة اخلال الطبيب بألتزامه تقام مسؤوليته امام مرضاه وفضلا عن ذلك ينتج عن تحديد جنس الجنين عدد من الدعاوى مثل انكار النسب، فلم يعد مقتصراً على علاقة شرعية بل تطور إلى تبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة لإتمام الاخصاب في علاقات شرعية وغير شرعية إلى حد انشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الامومة البديلة وتخليق الاجنة الإنسانية خصيصا لغرض تقدم التجارب العلمية[١]

ألا إن الصعوبة التي تكمن في اثبات الرضا، وعلى أي طرف المركز الطبي ام الزوجين؟، فذهب جانب من الفقهاء إلى القاء عبء اثبات رضاء المريض على الطبيب، لان الطبيب عندما يثبت وجود الرضا إنَما يبرر العمل الذي قام به وبهذا فيقع عبء اثبات موافقة المريض على عاتق الطبيب فضلا عن الأصل أن المريض هو انسان له كامل الحرية وله حقوق مقدسة على جسمه ولا يحق المساس بها من قبل الاخرين بغير رضائه فكل اعتداء من قبل الغير بغير رضاه فمن شأنه ان تقام المسؤولية على المعتدي[٢]، وهو ما أكد عليه المشرع العراقي إذ نص على (اولا: البينة على من ادعى واليمين على من انكر. ثانيا: المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل)[٣]. ونص المشرع المصري على ان (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)[٤]، والمشرع الفرنسي في المادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه: (على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص

---

[١] لمزيد من التفاصيل يراجع، نافع تكليف مجيد دفار العماري، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

[٢] د.محسن عبد الحميد البيه، التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الانسانية والأخلاقية والاعمال الفنية، بحث منشور في العدد الخاص بابحاث مؤتمر الطب والقانون الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، ج، ١٩٩٨، ص٥٩٨. د.عبد الناصر كعدان، المسؤولية الطبيه بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث٢٠٠٣، بحث منشور في مجلة الصراط، العدد (٢٤)، ٢٠١٢، ص١٩٣.

(٣) المادة (٧) من قانون الأثبات العراقي رقم (١٧٠) لعام (١٩٧٩)

(٤)المادة (١) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨)

منه)[١]، إذ تقضي القاعدة العامة في الإثبات أنَّ البيّنة على مَن أدعى، فيكون عبء الإثبات على المضرور، لأنه المدعي، وذلك أنْ يقيم الدليل على توافر أركان مسؤولية المدعى عليه[٢].

الفرع الثاني

التزامات متعلقة بالعقد

إن من الالتزامات المتعلقة بالعقد هي تحديد المركز الطبي المتخصص لأنه يتعلق بمصلحة الجنين، والتزام بتسديد التكاليف المالية، وعليه سنتناول هذه الالتزامات في فقرتين، وعلى النحو الاتي:

أولا: تحديد المركز الطبي المتخصص:

ان مضمون عقد تحديد جنس الجنين هو اتلاف الاجنة غير المرغوب فيها، ومن ثم ان فيه هدراً لهذه الاجنة، وعليه فأن فشل العملية سوف يؤدي إلى اتلاف اجنة صالحة، وان الخسارة تمتد لتشمل الاجنة فضلا عن بقية التكاليف التي دفعها الزوجين، وعليه فأن المقصود بالالتزام بتحديد المركز الطبي المتخصص هو ان هنالك التزاما على الزوجين بأن يختارا الطرف الثاني من خلال تخصصه الدقيق وتوفر كافة الإيضاحات عن هذا المركز قبل ابرام العقد، وهو التزام أخلاقي واجتماعي فرضته عدم المخاطرة بالأجنة لدى المراكز المشهورة بفشل عملياتها فإذا لم تنجح هذه العملية.

ويمكن تفسير هذا الالتزام في أن عقد تحديد جنس الجنين يقوم شأنه شأن بعض أنواع العقود كعقد المقاولة والوكالة على فكرة الاعتبار الشخصي فأن اكثر ما يميزها هو ان تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار وأن يكون لها اعتبار خاص في التعاقد، وغالبا ما يكون ذلك في إطار تعريف العقد القائم على الاعتبار الشخصي، وان العقد الذي يقوم على الاعتبار الشخصي هو العقد الذي كانت شخصية أحد العاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في ابرام العقد كعقد العمل مع فنان أو مقاول أو مع جراح[٣].

---

(١) د.مأمون عبد الكريم، رضاء المريض عن الاعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٣ ـ ٨٦.

(٢) د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات العراقي، ط٢، دار الثقافة، ١٩٧٠، ص٥٤.

(٣) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، الناشر القاهرة، مصر ٢٠٠٤، ص١٦_٢٢.

لأن شخصية الطرف الآخر هي السبب الرئيس أو الوحيد في التعاقد، فإذا حصل غلط في تحديد المركز الطبي بوصفه شخص المتعاقد فيمكن للطرف الأول نقض العقد، لأنه من العقود التي تكون فيها شخصيته محل اعتبار[١].

وهو ما اتجه اليه المشرع العراقي إذ نص على (لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينفذ العقد: ١. إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ٢. إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد ٣. إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان بعدها عناصر ضرورية للتعاقد)[٢].

إذ إن الاعتبار الشخصي يؤدي دوراً أساسياً في تكوين بعض أنواع العقود ذلك لأنها تبنى على العلاقة الشخصية بين الأطراف انفسهم، على أساس الثقة المتبادلة فيها بينهم نتيجة لرابطة القرابة أو الصداقة فيراعى كل منهم الصفات الشخصية التي يتمتع بها الاخرين ومؤهلاتهم الشخصية والمالية التي من شأنها تحقيق المقصود من ابرام العقد.

ويقابل هذا الالتزام حق للطبيب وحريته في اختيار مرضاه مع بعض الاستثناءات[٣]، إذ قد يتعارض وصف تحديد المركز الطبي المتخصص بانه التزام مع مبدأ حق المريض في اختيار طبيبه بوصفه حقاً يتوافر لأي مريض، ألا إن هذا الحق يكون في حالة ما إذا كان المريض قد اختار طبيبه، لأن العلاقة بين

---

[١] د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٨٣.

[٢] ينظر المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) والتي تقابل نص الفقرة الثانية / ب من المادة (١٢١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)

[٣] ان من ضمن الاستثناءات التي ترد على حق المريض في اختيار طبيبه حالة كون المركز الطبي من المستشفيات العامة، إذ إن المستشفيات العامة تتمتع بضخامة الميزانيات التي تخصص لها بما يمكنها من مسايرة التقدم العلمي والفني في المجال الطبي مقارنة مع المستشفيات الاهلية الخاصة، فعليه عدم إمكانية المريض من اختيار طبيبة المعالج بحرية، إذ إن المريض في اطار المستشفيات العامة لا يتمتع بحرية اختيار طبيبة، اما الاستثناء الآخر هوة حالة التدخل الطبي العاجل الذي لا يحتمل التاخير، وهو ما أكدته تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق في البند (خامسا) إذ جاء فيها: (للطبيب حق الخيار في تقديم خدماته لمن يريد..... الا في حالة الطوارئ أو حالة الضرورة). لمزيد من التفاصيل راجع زينة غانم العبيدي، مصدر سابق، ص٧٦.

المريض والطبيب تبدأ بدعوة الأول لهذا الأخير لأجراء العلاج وقبول الأخير لها[١]، إذ من حق المريض ان يختار طبيبه، بوصفه من المبادئ الأساسية التي تحكم مهنة الطب وهذا المبدأ يأتي استنادا إلى فكرة الثقة التي تسود بين الطرفين وإلى كون العقد الطبي من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وقد منحت تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق في البند (رابعا)، للمريض هذا الحق، إذ نصت: (للمريض الحرية المطلقة في اختيار طبيبه...)، فأن للمريض الحرية والحق في اختيار طبيبه الذي يعالجه[٢].

ألا إنه قد يثار تساؤل في حالة إذا ما حصل في الواقع العلمي لمهنة الطب بأن يقوم الطبيب المتعاقد مع المريض بوضع طبيب اَخر محله لفترة زمنية مؤقتة فهل يؤثر إحلال الطبيب الاَخر محل الطبيب الأصيل على حرية المريض في اختيار طبيبه؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن أن يحل طبيب محل الطبيب المتعاقد مع المريض بشرط أن يكون الطبيب البديل حاصلاً كفاءة وخبرة تتناسب مع كفاءة الطبيب الأصيل وهذا لا يتعارض مع قواعد واخلاقيات مهنة الطب ولا يؤثر ذلك على مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه إذ بإمكانه الاستمرار مع الطبيب الجديد من عدمه فالأصل ان المريض له الحرية وٍغير مقيد باختيار من يعالجه، ألا إنه يمكن للطبيب أن يحل طبيب اَخر محلة في عيادته لمعالجة مرضاه عوضا عنه لكن لا يجوز ذلك متى كان الطبيب قد عوقب بمنع مزاولة مهنة الطب، وهو ما أكده المشرع العراقي إذ نصت المادة (٢٨/ ف٥) من قانون نقابة الأطباء على ما يلي(إذا عوقب العضو بالمنع من مزاولة المهنة فلا يجوز ان يحل في عيادته زميل اَخر مدة المنع).

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع العراقي أجاز بإحلال طبيب اَخر بديلا عن الطبيب الأصلي وهذا كأصل عام أما في حالة إذا كان الطبيب الأصلي قد عوقب بالمنع من مزاولة مهنة الطب لا يجوز له ان يحل محل الطبيب الأصلي ان هذا الشرط وحده لا يكفي لاحلال الطبيب البديل محل الطبيب الأصلي في معالجة المرضى.

---

[١] مروة ابو العلا، معلومات قانونية حول حق المريض في اختيار طبيبه حسب القانون، منشور على الموقع الرسمي محاماة نت في الرابط التالي: www.mohamah.net، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٤، وقت الزيارة ٣:٥٦م.

[٢] المادة (١٠) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤، والمادة (١١٩) من قانون اخلاقيات مهنة الطب، الفرنسي، نقلا عن زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٦٩.

أما عن موقف القانون المصري فقد اوجب اذا كان سبب الاستدعاء سفر الطبيب المعالج فيجب ان يبدا بمعالجة المريض إلى حين عودة الطبيب المعالج ثم يتخلى بعد اطلاع زميله على تطور المرض ومعالجته له [١]، ولم يسمح للطبيب ان يدير عيادة بواسطة زميل له بصورة دائمة باستثناء الضرورة و يشترط الحصول على موافقة المجلس [٢] كما لا يجوز للطبيب أن ينيب عنه بصورة مؤقتة ومعالجة مرضاه الاَ طبيبا مسجلا ضمن سجل النقابة [٣] ويتضح أن المشرع المصري لا يسمح للطبيب المعالج ان يحل غيره محله الا بتوافر شروط معينة وهي (١.ان يكون هناك سبب للاستدعاء كسفر الطبيب أو انشغاله أو لمرضه، ٢. لا يجوز الاستدعاء الا لضرورة تستوجب ذلك ولا بد من الحصول على موافقة مجلس النقابة ٣. يجب ان يكون الطبيب المستدعى من قبل الطبيب الأصلي مسجلاً في النقابة[٤].

ومنع المشرع الفرنسي الطبيب من ان يوكل القيام بإدارة عيادته الى زميل اَخر أو بوساطة ألا إنه للمجلس الإقليمي الحق في ان يفوض أحد الأطباء أو يعهد اليه مهمة إدارة عيادة زميل متوفي وذلك لمدة ثلاثة اشهر قابلة للتجديد مرة واحدة عند اللزوم[٥]

ثانيا :الالتزام بتسديد التكاليف المالية:

يكون على المريض عموما في العقد الطبي الالتزام بدفع الأجرة وهي المقابل عن اجراء عملية تحديد جنس الجنين وتكون التزاما على الزوجين وحقا للمركز، على أساس ان عقد تحديد جنس الجنين هو من عقود المعاوضة، وتعرف الأجرة (بانها العوض الذي يلتزم المريض (الزوجان) بدفعه إلى الطبيب أو المركز الطبي المعالج لقاء قيام الأخير بأجراء عملية التلقيح الصناعي له)، وقد نصت تعليمات السلوك المهني في العراق في عام ١٩٨٥ (للطبيب حق تقاضي اتعاب معينة عن عمله ويجب ان يكون مورده المهني قاصرا على ما يحصل عليه مقابل لما يقدمه من خدمات طبية أو ما يتم منها تحت اشرافه. تكون هذه الاتعاب بحسب الأعراف والتقاليد المهنية متفقة وامكانيات المريض ومتناسبة مع نوع الخدمة الطبية

---

[١] المادة (١٧/ ف/ج) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤.

[٢] المادة (٢٣) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤.

[٣] المادة (٢٤) من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤.

[٤]د.زينة غانم يونس العبيدي، أرادة المريض في العقد الطبي_ دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٦٩ــ٧١

[٥]المادة (٨٩) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٠ . ٥٤٨) بتاريخ ١٥/حزيران/٢٠٠٠

المقدمة وفي حال حصول خلاف بشأنها يرجع في حله إلى الجدول النقابي الذي يعين اتعاب كل نوع من هذه الخدمات. يجب ان يمتنع الطبيب عن اخذ أو عطاء عمولة عند إحالة مرضى)[١].

ونلاحظ ان المراكز الطبية المتخصصة تشترط على الزوجين الالتزامات الاتية:

- تحمل التكاليف المالية التي يتطلبها برنامج الاخصاب خارج الجسم.
- تحمل التكاليف المالية التي تنتج عن أي مضاعفات.
- تسديد جميع الالتزامات المالية غير منقوصة في حالة عدم نجاح المحاولات المشمولة في البرنامج وعدم المطالبة باستردادها[٢].

وفيما يتعلق بتحمل التكاليف المالية التي يتطلبها برنامج الاخصاب خارج الجسم فأن الاخصاب الصناعي قد يكون داخليا أو خارجيا، والداخلي يحصل بحقن نطفة الرجل في الموضع المناسب من رحم المرأة أي بأدخال الحيوان المنوي للرجل في الجهاز التناسلي الانثوي بغير طريق الجماع الطبيعي، وتعتمد عملية التلقيح الصناعي الداخلية على حقن النطفة الذكرية في رحم المرأة[٣]، اما طريقة التلقيح الصناعي البشري الخارجي، والتي يطلق عليها أيضا تسمية أطفال الانابيب تجري بتلقيح النطفة الذكرية للبويضة الانثوية في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية، ثم يعاد زرع البويضة الملقحة أو اللقيحة في رحم الزوجة أن كان صالحاً للإنجاب وإلا ففي رحم مستأجر لام بديلة[٤].

وقد مضت الإشارة إلى ان تحديد جنس الجنين يكون بعد عملية الاخصاب الخارجي وذلك لأن التلقيح يكون خارج الرحم وعليه يتحمل الزوجين تكاليف مرحلة الاخصاب خارج الجسم.

---

[١] نقلا عن حيدر حسين كاظم الشمري، الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى ، ٢٠١٤، ص١٧٥.

[٢]انظر نموذج مركز الحياة لاطفال الانابيب الفقرة رقم (٤) منه والخاصة بدفع أجور العملية.

[٣] د.احمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الاخلاق والشرائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص١٦٥.

[٤] د.محمود سعد شاهين، أطفال الانابيب بين الحظر والاباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١١٨.

وفي ما يتعلق بالمضاعفات فأنه قد تحدث بعد عملية التلقيح مضاعفات تستدعي أجور إضافية، وتضمنت بعض هذه العقود الحق في الاجر وان لم تستكمل العملية لسبب أو لآخر، فنلاحظ انها قد نصت (وتضمن أيضا المخاطر التي يمكن ان ترافق سير العلاج

١. قد لا تستكمل خطوات البرنامج لأحد الأسباب الاتية:

- ضعف تجاوب مبيضي الزوجة للعلاج، أو حصول هبوط مستوى هرمون الاباضة لا يتعذر معه جني البويضات وتعذر تلقيح البويضات لأسباب تعود إلى بناء البويضة أو خلل في السائل المنوي
- تعذر تلقيح البويضات لأسباب تعود إلى بناء أو خلل في السائل المنوي.
- حدوث تضخم في المبيضين (فرط استجابة المبيض) مما قد يؤدي إلى أوضاع خطيرة تستلزم العناية الحثيثة للزوجة في المستشفى ونسبة حدوث ذلك ضئيلة، وقد تضطر عندها إلى تجميد الاجنة.

٢. وقد تم توضيح التدخلات الطبية المحتمل حدوثها.

- ونعلن انه لزيادة فرص الحمل قد ننقل اكثر من جنين الرحم، والذي قد ينتج عنه توائم متعددة وما يرافقها من تعقيدات.
- واننا ندرك ان نسبة الإجهاض لا تزيد على نسبة التعرض للإجهاض في الحمل الطبيعي
- إن نسبة حدوث الحمل خارج الرحم اعلى منها في حالة الحمل الطبيعي بنسبة بسيطة مما يتطلب تداخل جراحيا لإزالة الحمل) [١].

ألا إنه فيما يتعلق بجميع الالتزامات المالية غير منقوصة في حالة عدم نجاح المحاولات المشمولة في البرنامج وعدم المطالبة باستردادها، فتشترط هذه المراكز الاجر بالكامل وأن لم تكمل العملية لسبب يعود للزوجين، ونلاحظ ان طريقة نشأة الجنين سواء كان التحديد داخل الرحم أو خارجه لا تؤثر على الاجر فلا تميز بين جنين ينشأ داخل الرحم وآخر ينشأ في أنبوب الاختبار، لأن اصل تكوين كل منهما تم عن طريق اتحاد نواة الحيوان المنوي للرجل مع نواة بويضة المرأة اللذان خلقهما الله تعالى وقد تكون من اندماجهما نتاج بشري جديد مستقل بيلوجياً عن مصدريه المكونين له بخصائصه الجديدة كالحامض النووي (DNA) والتشكيل الجيني الجديد[٢]

---

[١] لمزيد من التفاصيل انظر نموذج مركز الحياة الفقرة (١) والفقرة (٢) الملحق رقم (٣)

[٢] علي احمد لطف الزبيرى، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي، (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، أطروحة دكتوراه، ٢٠١١، ص٤٦٣ ــ ٤٦٤.

فضلا عن ذلك تشترط عدم رفع الدعوى، إذ يلاحظ ان المراكز الطبية تشترط عدم ضمان إذ نص(٣. وقد تم التوضيح لنا بأنه لا يوجد ضمان من وحدة الاخصاب بان الحمل سيكون ناجحا)[١] فنلاحظ إن مسؤولية الضامن هي مسؤولية مدنية لا جزائية كون الجزاء ينصب كليا على الذمة المالية للملتزم وانشغال الذمة بالتعويض عن التلف والاتلاف في الأموال والابدان فعرف الضمان بأنه جبر الضرر وهو خالي من معنى العقوبة[٢] واساس الضمان هو النص القانوني فيعد القانون مصدراً للعديد من الالتزامات والجزاء الذي يترتب عند مخالفتها، فهو مجموعة قواعد السلوك التي يتعين على الافراد احترامها لضمان الامن والنظام في المجتمع وهو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الافراد في الجماعة وتعمل السلطة العامة على تطبيق هذه القواعد من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها[٣].

المطلب الثاني

التزامات المركز الطبي

يلتزم المركز الطبي بالتزامات يقتضيها العقد الطبي بصورة عامة وعقد تحديد جنس الجنين بصورة خاصة، وعليه سنتناول هذه الالتزامات في فرعين نتناول في الفرع الأول الالتزامات المتعلقة بالعمل الطبي وفي الفرع الثاني الالتزامات المتعلقة بعملية تحديد جنس الجنين.

---

(٣) انظر الفقرة رقم (٣) من نموذج مركز الحياة لأطفال الانابيب في الملحق رقم (٣).

[٢] د.رمضان أبو السعود، ود.محمد حسين منصور المدخل إلى القانون الكتاب الأول منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٣، ص١١.. بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي. وكذلك انظر نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩١٥). الفقرة (٢) والتي تنص (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

[٣] د. رمضان أبو السعود د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص١١.

الفرع الأول

الالتزامات المتعلقة بالعمل الطبي

أولا: الشروط الإجرائية المتعلقة بعملية تحديد جنس الجنين:

هناك جملة من الشروط الإجرائية التي من شأنها ان تقيد إجراءات تحديد جنس الجنين وتنقسم هذه الشروط إلى الاتي:

١. الترخيص الإداري بأجراء عملية تحديد جنس الجنين:

يعرف الترخيص الاداري (هو اذن أو موافقة السلطة الإدارية المختصة التي تشرف على ممارسة نشاط ما يمنح لطالبه إذا تحققت فيه الشروط القانونية)(١)، إذن هو تصرف اداري مؤقتاً يتم بقرار صادر بمنحه، ويعطي جهة الإدارة حق تعديله أو سحبه في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وعلى أن لا يخل بالغرض الذي قد منح من اجله الترخيص، وإلا قد تنتفي الفائدة منه واصبح في حكم العدم(٢).

وإن وزارة الصحة هي الجهة المختصة التي تمنح الترخيص للمراكز الطبية بإجراء هذه العمليات كون مثل هكذا عمليات مهمة كونها تقع على جسم الانسان و يخضع هذا النشاط إلى قانون الصحة العامة والقرارات واللوائح المتبعة في هذا المجال على المراكز الخاصة والعامة كافة ذلك لضمان تطبيق كافة القيود، والشروط وتطبيق القانون في حالة كل من يخالف هذه الشروط الخاصة بالترخيص الإداري والتي تصل إلى الغرامة أو الحبس(٣).

يجب أن يكون إلى جانب الترخيص جملة من المتطلبات كأن تكون كالإمكانيات العلمية والمادية التي قد تمكن المركز المختص على ان يؤدي مهامه باقتدار وكفاءة ويتمثل ذلك في الفريق البايلوجي والفريق الطبي وتجهيز المركز بأحدث الوسائل الطبية والأجهزة التي تمكنه من النجاح في القيام بالأعمال وان ممارسة التلقيح الصناعي في المراكز الاستشفائية العامة فقط، إذ قد أجاز اجراء التدخل الطبي

---

(١) سعيد نحيلي، القانون العام/ الترخيص الاداري، مقال علمي منشور على الموقع الرسمي لـ الموسوعة العربية _ الموسوعة القانونية المتخصصة: http://arab-ency.com، تاريخ الزيارة: ٢٠/ ٣ / ٢٠٢١، وقت الزيارة ٨:٢٠ م.

(٢) د.هشام محمد ماجد القاضي، مصدر سابق، ص٩٩_١٠١. د.رنا محمد راضي، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية والغاؤها_دراسة قانونية مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٥٥.

(٣) هشام محمد ماجد القاضي، مصدر سابق، ص٩٩_١٠١.

في المراكز الخاصة أو العامة ماعدا الاخصاب الصناعي الداخلي بين الزوجين حصره في المراكز أو عيادات خاصة لأنه قد لا يحتاج إلى إمكانيات طبية عالية المستوى مقارنة بالوسائل الأخرى أما النشاط البايلوجي فيمنع اتيانه الا في مؤسسة صحية عامة[١].

٢. اجراء التحديد من قبل لجنة طبية متخصصة:

ان هذا الشرط يعد مبدأ لضمان اتباع السلوك في كل عمل طبي وبالخصوص عملية تحديد جنس الجنين وهو وسيلة استثنائية قد لا يتم اللجوء إلى عملية تحديد جنس الجنين إلا بعد عرض الزوجين على لجنة طبية لها سلطة تقديرية بمنح القرار والموافقة على اجراء عملية تحديد جنس الجنين من عدمه بعد دراسة كل حالة خاصة بالمريض على حدة، وهذا يؤدي إلى تقليص حالات المخالفة.

ونقترح ان يكون تحديد جنس الجنين لأسباب طبية حصراً، ولا يكون حسب رغبة الزوجين كون ذلك يؤدي إلى اخلال في التوازن السكاني، وهذا ما يؤثر سلبا على المجتمع.

وقد نصت المادة (١/١٥٢) من القانون الفرنسي على الراغب بالإنجاب أن يتخذ جملة من الإجراءات القانونية التالية:

(تقديم طلب كتابي إلى لجنة طبية متخصصة التي تقوم بدورها بمقابلة شخصية للزوجين لمعرفة الدوافع الحقيقية التي دفعتهم لإجرائه بما تملكه هذه اللجان من تخصصات طبية تمكنها من دراسة هذه الحالة من كافة الجوانب النفسية والصحية والاجتماعية للزوجين لكي تتمكن من تقديم تقريرها واتخاذ القرار بشأنها فتح ملف لكل حالة يتم عرضها على اللجنة الطبية الذي يحوي على المعلومات والبيانات كافة عن الزوجين ومضمون ما تم خلال المقابلة وقرارات اللجنة النهائي بالقبول أو الرفض، علما انه يحتاج للزوجين الطعن في قرار اللجنة بالاستئناف أمام لجنة أخرى خاصة ويكون قراراها نهائي لا طعن فيه فلا يتم الالتجاء إلى التحديد في حالة القبول الا بعد مرور فترة شهر قابلة للزيادة من تاريخ موافقة اللجنة الطبية المختصة، وعلى ذلك يكمن في إعطاء الفرصة للزوجين في التروي قبل اللجوء إلى هذه الوسيلة أو تتضح أمور أخرى للجنة خلالها تعيد النظر في قراراها بالموافقة وتؤجل تنفيذها إلى وقت لاحق في ضوء احتمالات الفشل والنجاح للوسيلة المقترحة)[٢]

---

[١] نافع تكليف، مصدر سابق، ص٣٩٩.

[٢] نافع تكليف، مصدر سابق، ص٣٩٩.

ثانياً: الالتزام بضوابط العمل الطبي المتعلق بتحديد جنس الجنين:

هناك العديد من الضوابط التي لا بد من الالتزام بها خاصة أن عملية تجميد الاجنة البشرية تختلف عن كثير من التعاملات القانونية لان محلها كائن بشري، وهي لا تحتمل الخطأ، لأن أي خطأ يقع وان كان بسيطا يؤدي إلى مشكلة كبيرة، وهي ضياع نسب الجنين، وهذا يسبب ضرراً للجنين وابويه، لذا يجب التقيد بعدد من الضوابط المهمة التي يجب مراعاتها وأهمها ما يلي:

١. يجب أن يتم تجميد الاجنة في المستشفيات والمراكز الطبية العامة التي تكون مسؤولة عنها الحكومة أو في المراكز الخاصة في الاخصاب الصناعي شريطة ان تعمل تحت اشراف الحكومة.
٢. تسجيل الاجنة المجمدة واعدادها بشكل دقيق بتسجيل اسم أصحابها مع توثيق تاريخ الحصول على البيضة وتاريخ التلقيح إضافة إلى التاريخ الذي بدأ به عملية التجميد وتحديث كل معلومة جديدة باستمرار وإضافة كل ما يستجد من اعمال.
٣. يجب ان يلتزم البنك بمدة محددة للتجميد وان مدة التجميد في الحالة الطبيعية هي خمس سنوات، ويمكن تمديدها إلى خمس سنوات ثانية شريطة ان يأخذ موافقة الزوجين وطول مدة التجميد لا يؤثر على صحة الجنين المجمد.

وهناك رأي طبي يقول أن مدة التجميد قد تكون اقل من ذلك والتي حددها بثلاث سنوات، وهناك رأي اَخر حددها بأكثر من ذلك إذ يمكن ان تصل إلى خمسة وعشرين سنة أو تكون طيلة حياة الزوجين

يرى الفقهاء ان مسألة تحديد مدة التجميد هي مسألة فنية إذ تكون من اختصاص الأطباء الذي يمارسون عملهم الطبي في مجال الاخصاب المساعد كون لهم القدرة على تحديد المدة التي يكون فيها الجنين صالحا لزراعته ومن دون ان يتشوه أو يتلف كما ان من حق الابوين تحديد تلك المدة بالاتفاق مع بنك الحفظ[١].

[١] مشتاق عبد الحي عبد الحسين بدر، مصدر سابق، ص٤٥.

٤. مشروعية الغاية يجب ان تكون الغاية من تجميد الاجنة مشروعة بأن يكون استخدام الأجنة المجمدة هو لزرعها لغرض الإنجاب داخل اطار العلاقة الزوجية أو يستفاد منها لغرض العلاج أو التجارب الطبية التي تهدف إلى جملة المصالح المشروعة[١].

٥. عدم جواز التصرف بالأجنة المجمدة بعد وفاة الزوجين أو احدهما وكذلك الحيامن والبويضات تقوم بنوك الاجنة في بعض الأحيان بتلقيح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي المجمد العائد للزوج وهذا الامر مرفوض كونه غير مشروع لانقطاع العصمة بينهما بعد وفاة الزوج والعكس صحيح أيضاً[٢]، اما في حال البويضات المخصبة كان من الأفضل ان يوضع تنظيم معين خاص بالزوج قبل وفاته بأن يوقع اقرارا كتابيا يتضمن إعطاء الحق بزراعة الجنين في رحم الزوجة بعد وفاته مباشرة لمرة واحدة فقط أو لمدة سنة وليس اكثر.

أما بحالة وفاة الزوجين تقوم بنوك الاجنة بالاستفادة منها في التجارب الطبية والأبحاث بدلاً ان تتلف وتضع في النفايات، وهذا الامر غير جائز كون اجراء التجارب وان كان لغرض التعلم والاكتشافات هذا يعد من الترف العلمي وان سلمنا بجوازه، فيجب ان يأخذ موافقة الزوجين ويتحقق ذلك بعد وفاتهما، وكذلك يجب أن تكون الأبحاث والتجارب الطبية هدفها علاجي وهذا لا يتحقق بعد وفاة الزوجين.

وقد يقوم البنك في بعض الأحيان بالتبرع بالأجنة لبعض الأشخاص لغرض علاج العقم أن هذا الأمر غير جائز لأنه ينافي أحكام الشريعة الإسلامية، ويؤدي إلى اختلاط الانساب والحكم نفسه ينطبق في حالة التبرع بالخلايا الجنسية إلى الغير ولم يوجد ما يسوغ ذلك خصوصا بين المسلمين إذ إن الإسلام حلل الزواج بأربعة ولم يحرم الطلاق فلا توجد ضرورة للتلقيح بماء اجنبي[٣]، قد نص قانون زرع الأعضاء البشرية المصري رقم (٥) لسنة (٢٠١٠) النافذ في المادة الثانية منه في مايلي(.... يحضر زرع الأعضاء أو اجزائها أو الانسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الانساب لذا لا يجوز التبرع بالأجنة أو الخلايا الجنسية لغرض الإنجاب مطلقاً).

---

[١] د.ايمن مصطفى الجمل، اجراء التجارب العلمية على الاجنة البشرية بين الحضر والاباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،٢٠١٠، ص١٨٩_١٩٠.

[٢] حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص٢٦١.

[٣] د.محمود سعد شاهين، مصدر سابق، ص٢٧٣_٢٧٥، ص١٣٨

٦. يشترط في الزوجة ان تصل إلى سن الإنجاب لأجراء مثل هكذا عملية وأن لا تصل سن كبير من العمر فتكون يأسه من الإنجاب أي ان يكون هناك تنظيم خاص بسن الإنجاب وعدم القيام بهكذا عملية كون مثل هكذا عمليات ترتب تبعات مالية واضرار نفسية، كذلك الحال فيما يخص الزوج فيجب أن يبلغ سنا معينا لكي يقوم بمثل هكذا عملية ويرعى كذلك الحد الأعلى لهم من العمر حتى لا يكون هنالك فرق شائع بين الزوج وابنه في العمر.

٧. يجب على المركز الطبي مواكبة التطور واستخدام أجهزة و وسائل طبية حديثة للقيام بمثل هكذا عمليات كون ان مهنة الطب تتعلق بحياة الانسان فمن غير الممكن استعمال وسائل غير حديثة فتؤدي إلى فشل عملية تحديد جنس الجنين وهذا يرتب ضرر ماديا ونفسيا للزوج.

اما الموقف القانوني بخصوص تجميد الاجنة فنص المشرع العراقي على (أجراء البحوث وتجميدها بما لا يتنافى مع احكام الشريعة الإسلامية وحق المرأة صاحبة البويضة والرجل صاحب الحيمن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبويه الشرعيين)[١]، ويلاحظ ان هذا النص ورد ركيك من حيث الصياغة إذ جمع بين البحوث والتجميد في عبارة (أجراء البحوث وتجميدها) إذ أن الهاء هي ضمير متصل يدل على الاجنة وليس على البحوث، ومن ثم ندعو المشرع العراقي إلى اعادة صياغة هذه الفقرة بالشكل الاتي (أجراء البحوث على الاجنة وتجميدها) اما المشرع العراقي لم يأت بتنظيم خاص بتجميد الأجنة وإنَما أشار له أو اجازه بصورة مطلقة[٢].

أما موقف المشرع المصري فقد نص (لا يجوز ان شاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الاجنة) [٣]

أما المشرع الفرنسي فأشار إلى تجميد الاجنة البشرية في قانون الصحة العامة في المادة (١٢٥) منه موضحا (بان بنوك حفظ الجنين غير مباحة الا في الحالات التي تشترط فيها موافقة الزوجين وفي حالات

---

[١]انظر المادة (١) الفقرة سادسا من قانون العراقي الخاص بالمعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة

[٢] انظر المادة (١) الفقرة سادسا من قانون العراقي الخاص بالمعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة.

[٣]انظر نص المادة (٤٦) من لائحة اداب المهنة المصرية.

علاجية خاصة)[١]، وموقف المشرع الفرنسي من تجميد الاجنة يتبين من نص المادة أعلاه جوز تجميد الاجنة مشروطا بموافقة الزوجين وبحالات خاصة ولم ينظمه بقانون خاص.

اما بالنسبة للقانون البريطاني الخاص بالتخصيب البشري والاجنة والصادر في أغسطس لسنة (١٩٩٠) الذي نظما نصا قانونيا (على عدم جواز حفظ الاجنة اكثر من خمسة سنوات الا إذا اتصل الاب بالبنك واعلن رغبته في حفظ الأجنة المجمدة خمس سنوات أخرى)[٢].

فيتبين لنا ان المشرع البريطاني كان موفقاً في تنظيمه كون حدد مدة لتجميد الاجنة، لأن عملية الاخصاب الصناعي هي عملية مكلفة، وتتم تحت التخدير العام فنظر إلى مصلحة الزوجين في احتياجهما للأجنة في حال فشل العملية أو طلب الزوجين الحمل مرة أخرى بخلاف المشرع المصري الذي لم يجوز انشاء بنوك للتجميد.

فندعوا المشرع العراقي ان يحذوا حذوا المشرع البريطاني كونه كان دقيقا في تنظيم النص بتحديد المدة لأنه نبه الزوجين بأن هناك عملية تجميد ويمكنهما الاستفادة منها، بخلاف كل من المشرع العراقي والمصري والفرنسي اللذان لم يحددا مدة للتجميد الأجنة مما يؤدي ذلك إلى التلاعب بالأجنة بطريقة غير شرعية وهذا يؤدي إلى امرأ خطير وهو اختلاط الانساب.

الفرع الثاني

الالتزامات المتعلقة بعملية تحديد جنس الجنين

تتطلب بعملية تحديد جنس الجنين تقديم كافة الإيضاحات عن العملية وتبصير المريض في العمل الطبي والقيام بجميع المراحل الطبية وعليه سنتناول هذه الالتزامات على النحو الاتي:

أولا: الالتزامات قبل التعاقد:

يشترط تقديم كافة الإيضاحات عن العملية وان تكون نسبة تحديد جنس الجنين نسبة كافية لأجراء العملية، إذ تشترط بعض المراكز الطبية المتخصصة في تحديد جنس الجنين بأن يكون التدخل الطبي بناء

---

[١] يوسف جمعة يوسف الحداد ،المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٣، ص٢٨٧.

[٢] د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص٢٩.

على موافقة الزوجين، ومن ثم ينبغي ان توفر لهما الشرح الكافي عن العملية وان تجيبهما عن الأسئلة والايضاحات كافة وقد نصت بعض هذه العقود على:

وبناء على الإيضاحات التي تلقيناها والاجابة على استفساراتنا تطلب اجراء الاخصاب خارج الجسم والذي يتضمن تحريضا للإباضة وسحب البويضات واخراجها خارج الجسم وإعادة الاجنة المخصبة إلى رحم الزوجة.

ونقر بأننا تلقينا من أطباء مركز الحياة للخصوبة والولادة شرحا وافيا عن محاولة اختيار جنس الجنين عن طريق الاخصاب خارج الجسم، ونؤكد على تفهمنا النقاط التالية:

١.هناك احتمالية عدم توفر الجنس المطلوب بعد دراسة الاجنة.

٢. تتم دراسة الاجنة من ناحية الجنس في المختبر قبل اعادتها لرحم الزوجة حيث يتم حقن البويضة بحيوان منوي غير معروف الجنس.

٣.تتم دراسة الاجنة بالاعتماد على درجة وجودة الجنين وعدد الخلايا المنقسمة في نفس يوم الدراسة، وعند عدم توفر هذه الشروط لا تتم الدراسة.

٤.عند حدوث الحمل بعد عملية الارجاع تصل نسبة الدقة في التشخيص إلى (٩٩%) وبناء على الإيضاحات التي تلقيناها نوقع[١]، ومن ثم يدرج اسم وتوقيع الزوج واسم وتوقيع الزوجة واسم وتوقيع الطبيب[٢].

فيجب على الطبيب تبصير مريضه بموجب العقد الطبي بالمعلومات الضرورية التي تسمح للمريض باتخاذ القرار النهائي بالرفض أو الموافقة، لان التبصير هو التطبيق الأمثل لمبدأ احترام إرادة المريض وهذا الالتزام سنده مبدأ حرمة جسم الانسان وعدم المساس بحريته الشخصية، فلا يحق للطبيب بأي عمل طبي على جسم المريض ألا إن يحصل على رضاء المريض نفسة أو رضاء من ينوب عنة، ولا يعتد بالرضا الا إذا كان صادرا عن إرادة واعية مستنيرة وهذا بدوره يلزم الطبيب في أن يكون قد بصر المريض واعطاه المعلومات الكافية عن حالته الصحية، إذ إن التبصير يعد الوسيلة المثلى التي من خلالها نحتفظ على الثقة

---

[١] انظر نموذج مركز الحياة للخصوبة والولادة، الفقرة (١) و(٢) و(٣) و(٤) الفقرات الخاصة باختيار جنس الجنين عن طريق الاخصاب خارج الجسم، ملحق (٣) .

[٢] لمزيد من التفصيل انظر نموذج مركز الحياة ملحق (٣).

في العلاقة بين اطراف عقد تحديد جنس الجنين، فالتبصير بصورة عامة هو وسيلة لإقامة توازن بين طرفي العقد بين من يعلم ومن لا يعلم، ويعرف بأنه الالتزام التعاقدي أو ماقبل التعاقد[١]

والالتزام بالتبصير ينشأ عند توفر صفات معينة في المتعاقدين يجعل أحد الأطراف في مركز متميز عن الطرف الآخر فهو ينشأ على عاتق المتعاقد صاحب المركز المتميز لأن هذا الالتزام يعد انعكاسا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعاقد[٢].

يُعد هذا الالتزام بمثابة تحذير سابق في العقد الطبي، إذ له أهمية في عقد تحديد جنس الجنين محل البحث اكثر من غيره من العقود لخصوصية هذا العقد لمساسه بجسم الانسان الذي له معصومية وحصانة قد تختلف عن محل العقود الأخرى[٣].

والمشرع العراقي فقد اشار إلى التبصير في تعليمات السلوك المهني تحت عنوان حق المريض في معرفة مرضة فنصت على انه (للمريض الحق في معرفة حقيقة مرضه وهو الأساس في إحلال التعاون بين الطبيب ومريضه) فيسأل الطبيب عند عدم تبصير المريض بحالته الصحية وذلك بالحكم على أحد الطبيبات بتحمل الطبيب كامل المسؤولية عن الضرر الذي أصاب المريضة نتيجة الخطأ الطبي بعدم تبصير المريضة بحقيقة العملية الجراحية[٤].

ألا إنه قد قضت محكمة تمييز العراق بالاتي (قبول دعوى تعويض السيدة التي اقامتها ضد طبيبها الذي لم يعلمها ان حالتها المرضية قد تؤثر على جنينها وينتقل اليه المرض فيولد مشوها، وبالفعل ولد مشوها فحرم الأم من فرصة اتخاذ قرار بأسقاط الحمل نتيجة تشوهات الجنين وانتقال المرض اليه فتوفى بعد

---

[١] د.جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والحذر، دار النهضة العربية، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ١٣، السنة، ٢٠٠٢، ص١.

Cabrillac, R & Litec, Dictionnaire de vocabulaire juridique, 2ème éd, 2004, p. 273.

[٢] د.سهير منتصر، الالتزام بالنصيحة، دار النهضة، بلا سنة طبع، ص ١٦٥.

[٣] د.زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص ٨٨.

[٤] د.سميرة حسين محيسن، مصدر سابق، ص٣٥.

دقائق من ولادته)[١]، فالمحكمة حملت الطبيب المسؤولية كونه لم يعلم المريضة بانتقال المرض إلى نسلها فتم مسائلته على أساس عدم التبصير في التشخيص وهذا يدل ان التبصير هو أحد الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب، والتبصير هو من المظاهر الأساسية لاحترام إرادة المريض، فقرار محكمة التمييز قد جاء صحيحاً كونه ادان الطبيب بوصفه مقصراً بعدم تبصير السيدة عند تشخيصه لحالتها المرضية، وهذا ما سبب لها ولادة جنين مشوه فألزمته المحكمة بتعويضها عما أصابها من ضرر، لأن الطبيب لو لم يرتكب الخطأ وهو بعدم تبصيرها وكان قد بصرها تبصيراً دقيقاً بالحالة المرضية التي تعاني منها واعلمها بان المرض سوف ينتقل إلى جنينها للجأت إلى اسقاطه ولم يصيبها أي ضرر لو قام بأعلامها.

أما المشرع المصري فلا يعارض المشرع الفرنسي بضرورة الحصول على رضاء المريض وتبصرته الا في حالة الامراض الخطرة كالأيدز وما شابه فلا يطالب الطبيب باعلام المريض بحالته الصحية وهذا ما ذكر قانون اخلاقيات المهنة المصري على ضرورة أن يحصل الطبيب على رضاء المريض وتبصيره بحقيقة مرضه أو علاجه وما يحيط به من ظروف.

وفيما يتعلق بموقف القانون الفرنسي في البدء كان لدى الاطباء المعرفة الطبية التي لا يمتلكها المريض، ولكن ظهور الجمعيات أو المراكز الصحية فضلاً عن زيادة متطلبات المسؤولية دفع المشرع والقضاء إلى التدخل، إذ أقرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر في ٢٩ مايو (١٩٦١) الذي نص على (وجوب ابلاغ الطبيب للمريض بحالته المرضية أبلاغاً صادقاً واضحاً)[٢]، وفيما بعد تم تقديم العديد من التوضيحات حتى اصبح الالتزام بالابلاغ ركيزة في القانون الطبي، ثم جاء المشرع الفرنسي ليؤمن قانوناً هذا الالتزام بالمعلومات في ٤ مارس عام (٢٠٠٢) من خلال المادة (L1111_ 2) من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تنص على (حق المريض في ابلاغه بحالته المرضية) وجعلها القانون ضماناً لحق عام

---

[١] رقم القرار ٧٩٤/ ٤٥٠ م١منقول / صدر في ١٣/ ٥/ ٢٠٠١ غير منشور، اشارت اليه زينه غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٨٨.

[2])Cass. civ., 29 mai 1951, D. 1952, p. 53

في الحصول على المعلومات[1] وكذلك نص المشرع الفرنسي (٢.احاطتهما علما باحتمالات نجاح وفشل تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب)[٢].

وفي نطاق الفقه فأن تبصير المريض في العمل الطبي قد اثار جدل فقهي وميز الفقه بين ثلاثة اتجاهات مختلفة في هذا الموضوع:

الاتجاه الأول: ضرورة الالتزام بتبصير المريض:

ذهب جانب من الفقه على ضرورة تبصير المريض في العمل الطبي، ويقع هذا الالتزام على الطبيب بأعلام المريض بطبيعة التدخل الجراحي ومخاطر العلاج وغير ذلك من المعلومات الطبية التي تستوجب، ففي تحديد جنس الجنين هناك الكثير من المخاطر منها حدوث تضخم في مبيضي الزوجة مما يودي إلى أوضاع خطيرة تستلزم العناية الحثيثة للزوجة، وقد تتعرض الزوجة إلى تشوه الجنين أو الإجهاض أو حصول حمل خارج الرحم وغير ذلك من الاعراض الطبية فهذه الاعراض ترتب التزاما على عاتق الطبيب بتبصير مريضه بحقيقة مرضه وما يواجهه من أعراض حالية ومستقبلية، وهذا الالتزام سنده مبدأ حرمة جسم الانسان وعدم المساس بحريته الشخصية[٣].

الاتجاه الثاني: عدم الالتزام بتبصير المريض:

ذهب هذا الاتجاه وان كان على الطبيب بان ينبه المريض بما يقع عليه من المخاطر التي قد يتعرض لها اثناء عملية تحديد جنس الجنين، ألا إن مثل هذا الالتزام ليس مطلقا، كون ان المريض لا يفقه بالمسائل الطبية والأساليب العلمية الخاصة بعملية تحديد جنس الجنين ففي الكثير من الاعمال الطبية ان مصلحة المريض توجب على الطبيب ان لا يعلم مريضه بالمخاطر التي قد يتعرض لها والتي قد توثر على مريضه معنوياً ونفسياً[٤]، ويؤكد هذا الاتجاه نص المادة (R4127-35) من قانون الصحة العامة (٢٠٠٢)

---

[1]) D. Berthiau, *Droit de la santéhg*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2007, p. 166

(٢) المادة (٢١٤١_١٠) من القانون رقم(٢٠٠٤_٨٠٠) في ٦/آب/٢٠٠٤.

(٣) د.رجب كريم عبد الله، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٣٠_١٣١. انظر نموذج مركز الحياة الفقرة (١) و (٢) من الملحق رقم (٣).

(٤)سميرة حسين محيسن، مصدر سابق، ص٢٩-٣٠.

التي تنص على (إمكانية عدم إبلاغ الطبيب المريض لمصلحته ولأسباب مشروعة يقدرها الطبيب من ضميره)([1]).

وكما تطرقنا سابقا ان العلاقة بين الطبيب والمريض مبنية على الثقة والتعاون المتبادل حتى يكون الطبيب له حرية في معالجة مريضه لان الطبيب هو وحده يعرف مصلحة المريض ومعرفة العلاج الذي يلائم حالته الصحية.

الاتجاه الثالث: الالتزام بتبصير المريض في حدود:

ذهب هذا الاتجاه بالقول يقع على الطبيب التزام بتبصير مريضه بإعطاء الحق للطبيب بان يكذب على المريض في حدود معينة طالما ذلك في مصلحة المريض وقد ميز هذا الاتجاه بين الكذب الممنوع والكذب المتشائم والكذب المتفائل المسموح به.

فالكذب الممنوع والكذب المتشائم اللذان يتضمنان على إخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المريض أو تبليغ الزوجين في عملية تحديد جنس الجنين بان قد يحصل للزوجة حمل خارج الرحم أو الإجهاض أو حصول اورام أو تضخم في مبيضي الزوجة وهو خلاف للحقيقة فيوثر سلبا على صحتها المعنوية والنفسية وهذا النوع من الكذب لا يوجد له تبرير لأنه من غير مصلحة المريض.

أما الكذب المتفائل الذي أجيز سماحه في هذا النوع يقوم الطبيب بالإخفاء على المريض حقيقة مرضه وعواقبه الوخيمة، لان ذكر حقيقة مرضه له اثر سلبي على المريض فيجب النظر إلى الهدف والوسيلة من وراء ذلك الكذب، فالكذب ليس بخطأ إذا كان يصب من مصلحة المريض وكذلك ينظر الطبيب إلى الحالة النفسية للمريض فيجب عليه مراعاتها، ورغم الخلاف الفقهي في التزام الطبيب بتبصير المريض ألا إن الرأي الغالب منهم قد أكد على تبصير المريض في حدود معقولة لكي يصدر رضاءه حرا مستقلا وان الالتزام العام للمركز الصحي في عملية تحديد جنس الجنين هو التزام ببذل عناية واستثناء تحقيق غاية [٢]

([1]) Sur la légitimité d'une information limitée en psychiatrie, Cass, 1ère civ., 23 mai 2000, JCP 2000, p:(103)

[٢] د.سميرة حسين محيسن، مصدر سابق ص٢٩-٣٢. انظر نموذج مركز الحياة الفقرة (١) و (٢) من الملحق رقم (٣).

ويساند الباحث الراي الثالث كونه يصب في مصلحة المريض، ويكون المريض في حالة نفسية هادئة وقد يضمن سلامة المريض، وبالتالي الوصول إلى شفائه فإذا ما تم تبليغ الزوجين من قبل المركز الطبي بانة لا توجد مشاكل لديكم معقدة ولا توجد خطورة في اجراء عملية تحديد جنس الجنين في حالة حصول اعراض خطرة يمكن المركز تلافيها من خلال تبصير المريض في حدود معينة للوصول إلى نجاح عملية تحديد جنس الجنين.

ويرى الباحث أنه يجب على الطبيب تبصير المريض لأن المريض حر وله حرمة على جسمه ولا يجوز المساس بجسمه بغير رضاه وتبصيره وأن مباشرة أي علاج أو تدخل جراحي على جسمه من غير تبصيره واخذ رضاه تقوم مسؤولية الطبيب ويعد مخطأً.

ويقترح أحد الباحثين في إيراد نص يتضمن ما يلي (على الطبيب ان يبصر مرضاه بطريقة ملائمة في مرحلة التشخيص الطبي بحالته)([1])، ويؤيد الباحث هذا المقترح.

فان على الطبيب قبل اجراء عملية تحديد جنس الجنين يجب ان يبصر المريض تبصيرا كاملا بنوع العمل الطبي واجراءه والمخاطرة ومخاطر عدم اجرائه بالمفاصل العملية وما مطلوب من اتخاذ إجراءات لكي يصلا إلى الهدف المشترك الذي يسعى اليه اطراف العقد الا وهو نجاح عملية تحديد جنس الجنين.

ثانياً: الالتزام بالقيام بجميع المراحل الطبية:

١. مرحلة الفحص الطبي:

إن الفحص الطبي يعتبر بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب بفحص الحالة الصحية للمريض ومن خلال هذا الفحص تظهر نتيجة الفحص قد يلاحظ الطبيب العلامات والدلائل الخاصة بهذا المريض ويتعين على الطبيب أو الاخصائي قبل إجراء العملية ان يقوم بالفحص الطبي المسبق قبل إجراء العملية [٢]

ويجب على الطبيب قبل القيام بعملية تحديد جنس الجنين ان يقوم بفحص طبي شامل تفرضه حالة الزوجين وطبيعة العملية الطبية وعلى المركز الطبي أن يطلع على الأمور والمعلومات الضرورية كافة المتعلقة بالزوجين وعلى حالتهم الصحية وردود الفعل المتوقعة ويجب أن لا يقتصر الفحص الطبي على

([1]) د. زينة غانم يوسف العبيدي، مصدر سابق، ص٩١- ٩٢.

[٢] محمد سعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص١٢٨.

العضو الذي سيخضع للعملية وإنَما يجب على الطبيب أن يفحص المريض فحصاً شاملاً وذلك لبيان مدى ما يمكن ان يترتب من نتائج جانبية خاصة بعملية تحديد جنس الجنين فيجب ان يكون الفحص الطبي السابق للعملية فحصاً دقيقاً والمركز الطبي يكون مسؤولاً عن كل ضرر يترتب على إهمال هذا الفحص[١].

٢. اجراء التحاليل الطبية:

عند قيام الطبيب بمرحلة فحص المريض فقد يرى أن من الضروري على المريض أن يقوم ببعض التحاليل الطبية التي قد تساعده على نجاح العملية، ويكون اجراء مثل هكذا تحاليل من قبل طبيب مختص، ويكون التزام الطبيب بإجراء التحاليل التزاماً بنتيجة محددة، وفي حالة خطأ الطبيب عند قيامه بالتحاليل يكون مسؤولاً امام المريض ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن سبب قيام الخطأ هو السبب الأجنبي ولا يد له فيه، وقد قضت محكمة نقض فرنسا بأنه في كل مرة ينحصر فيها نشاط الطبيب في أعمال معملية لا تتضمن بحسب الأصول العلمية السليمة أي احتمال يجب أن يتحدد هذا النشاط ويكون تقديره على وفق النتيجة[٢].

٣. مرحلة التشخيص:

المقصود بالتشخيص معرفة نوع المرض الذي يشكو منه المريض، وهو في أغلب الأحيان يكون المرحلة التالية للفحص الطبي ومن هذه الامراض هو مرض العقم، وله أسباب كثيرة منها أسباب خاصة بالنساء وأسباب متعلقة بالرجال[٣]، ويقوم الطبيب أو الاختصاصي باستخلاص النتائج التي تبينت له من خلال النتائج الأولية حتى يستطيع الوصول إلى العلاج المناسب فالتشخيص هو التحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تؤدي إلى وجود مرض معين وبالعكس فأن الفحص الطبي لا يؤدي إلى نتائج معينة فيتم ترجمة هذه الدلائل لكي يتم استخلاص نتائج منها، وهذا ما يسمى بالتشخيص، ومن ثم يجب على المركز الطبي المتخصص تشخيص حالة الزوجين من حيث قدرتهم على الإنجاب كأن يكون عندهم مرض وراثي

---

[١] هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة مقارنة) ٢٠١١. وكذلك انظر نموذج مركز الحياة المشار اليه في ملحق(٣).

[٢] د.محمد محمد احمد سويلم، مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الاعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط١، بلا سنه طبع، ص ١٢٨.

[٣] د.محمود سعد شاهين، مصدر سابق، ص٣٧.

يجعل من الأجنة قد تصاب بتشوه أو عدم قدرتهم على الإنجاب مطلقاً، ويكون التشخيص قبل القيام بعملية تحديد جنس الجنين وقد أشار القانون الفرنسي بصورة ضمنية في المادة رقم (٦٣) من اخلاقيات مهنة الطب إلى((ان الطبيب يجب دائماً أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وأن يستخدم في كل اجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصا ودقة ووضوحاً) والتشخيص هو من الأصول المهنية وهذا ما أكده القانون الفرنسي وأن تلك الأصول يجب التقيد بها وان تراعى في كل مكان وزمان وفي حالة مخالفتها يكون الطبيب مسؤولا، وكذلك نصت تعليمات السلوك المهني في العراق على أنه (لا مسؤولية في الخطأ في التشخيص إذ ثبت استعانة الطبيب بجميع الوسائل الممكنة والمتوفرة لديه أو في منطقته وأنه مسؤول عَما يقع منه من الخطأ نتيجة اهمال نتائج الفحص الشعاعي أو الفحص الباثولوجي[١].

وإن القضاء في العمل الطبي بصفة عامة و تشخيص المرض بصفة خاصة يستند على عنصر الاحتمال فيذكر ان الخطأ فيه لا يعد خطأ يرتب المسؤولية على الطبيب والخطأ يختلف بحسب نوعه فهناك الخطأ الجسيم في حالة أن أعراض علامات المرض ظاهرة وخالف الطبيب الأصول العملية الثابتة التي يجب على كل طبيب ان يكون ملماً بها على شرط ان يكون الطبيب قد بذل الجهود الصادقة التي يبذلها الطبيب في الظروف القائمة، أما الخطأ اليسير فيحاسب عنه المركز الطبي في عقد تحديد جنس الجنين[٢].

٤. مرحلة العلاج:

إن مرحلة العلاج تلي مرحلة التشخيص وفيها يحدد الطبيب طريقة العلاج التي تلائم نوعية المرض وطبيعته وعلى الطبيب ان يبذل جهده من خلال الطرق والوسائل الحديثة المتاحة من أجل علاج المريض كأن يكون المريض مصاباً بأحد الامراض المانعة للإنجاب كالعقم وهو مرض قد يحتاج إلى علاج وهو

---

[١] د.سميرة حسين محيسن، مصدر سابق، ص٨٧.

بوخرس بلعيد، الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة مولود معمري . تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١، ص٢٢. عماد عبدالله، موقف القضاء الذي يستند فيه على عنصر الاحتمال في الخطأ الطبي، مقال منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى مراجعة الرابط https://www.hjc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٢٢، وقت الزيارة ٩:٤ ص. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، ٢٠٠٨، الاسكندرية، ص٢٠٤ـ٢٠١.

العقبة في الحصول على ذرية لذا يكون علاجه بالطرق الحديثة مثل التلقيح خارج الجسم حتى يتمكن الطبيب من الوصول إلى شفاء المريض[١].

٥. مرحلة تحديد جنس الجنين

وهذه المرحلة تتم بعد طرق ألا إن اشهرها والتي تتبعها المراكز الطبية المتخصصة هي أما طريقة فصل الاجنة (PGD)، أو طريقة فرز الحيوانات المنوية، والتي تكلمنا عنها في الفصل الاول.

٦. الرقـــابـــة:

يمتد التزام الطبيب أو الاختصاصي بالعناية بالمرض، وتقوم هذه المرحلة خاصة بعد اجراء عملية تحديد جنس الجنين، لما يكون لهذه المدة من نجاح أو فشل، عملية تحديد جنس الجنين الغلط في العمل الطبي هو جزء من الطبيعة الإنسانية، وقد يقع فيه افضل الأطباء، فالطبيب لا يسأل في حالة إذا ما بذل الجهد والعناية في العمل الطبي إنَما يسأل في حالة كل نقص أو اهمال يصدر عن الطبيب في اللجوء إلى كافة الوسائل الحديثة، إذ يعد الطبيب مخطأً في حالة الخطأ في التشخيص يرجع إلى عدم استعانته بالوسائل العلمية الحديثة المتاحة له كالأشعة أو قد يستخدم وسائل والآت قديمة[٢].

وقد قضت محكمة التمييز العراقية أن الرقابة والاشراف لا يعني وجوب ملازمة المريض طوال الوقت بعداً أو قرباً، لكن من المسلم به ترك الطبيب لمريضه بعد التدخل الجراحي يعد إخلالاً من جانب الطبيب يوجب قيام مسؤوليته خاصة، إذا أدى ترك المريض بدون رقابة إلى نتائج ضارة لأنه السبب المباشر لالحاق الضرر بالمريض وتركه من غير متابعة رقابية محكمة التمييز العراقية رقم القرار (٥٣٥ /٨٦٩)[٣].

وكذلك قد قضت محكمة النقض الفرنسية بقرار لها (الطبيب الجراح ملزم بعد اجراء التدخل الجراحي عن ضمان مراقبة المريض وبأفضل الشروط والا تقام مسؤوليته تجاه المريض)[٤]

---

[١] د.علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٦٥.٦٨.

[٢] د.احمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

[٣] نقلاً عن د.محمود سمير العووادة، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في مجال نقل الأعضاء البشرية، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، ٢٠١٢، ص٨٣ــ ٨٤.

[٤] نقلا عن د.محمود سمير العوادة، مصدر سابق، ص ٨٣.

ثالثا: الالتزام بسرية المعلومات عن العملية:

يقع التزام على المركز الطبي بعدم افشاء سر المهنة، لأن مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية ورسالة يمتهنها النبلاء، وتنشأ عنها علاقة بين الطبيب، والمريض قوامها المعاملة الإنسانية ويكون الطبيب ملزماً ان يتعامل مع تلك المعلومات التي يحصل عليها اثناء قيامه بالعمل الطبي المكلف به بسرية تامه، لأنه من الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب للاهتمام بالمريض والقيام بكل ما يلزم من أجل الوصول إلى بذل العناية المطلوبة التي تقتضيها قواعد الشرف والاخلاق لعلاجه، مع الحفاظ على كرامته وحرمته، وان من اهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب هو الالتزام بالمحافظة على سر المهنة وعدم افشاء السر الطبي الخاص بمريضه سواء اكتشفه الطبيب لوحده أو أخبره المريض به، وهذا الالتزام الملقى على عاتق الطبيب المكلفين بها ويعد واجباً عليهم انطلاقاً من قواعد الدين ومبادئ الشرف والأمانة وهو يرتبط ارتباط وثيقا بأخلاقيات واعراف مهنة الطب، وهذا الالتزام عامل أساسي وضروري كونه يزرع الثقة في نفسية المريض يجعله يؤمنا بتسليم بدنه وهو متيقن بانه تحت ايادي امينة ترعاه فالطبيب عند ممارسته للمهنة يهدف إلى تحقيق نتيجة هي شفاء المريض[١].

يمتاز العقد الطبي بطابع السرية عن غيره من العقود التي يلتزم الطبيب بموجبها بأن لا يفش أسرار مريضه التي يراهاَ أو يسمعها أو يفهمها من المرضى سواء المريض ينبه طبيبه أم لم ينبهه وسواء حصل عليها بالمباشر أو غير المباشر من مريضه لاجل الحفاظ على الثقة التامة بين الطرفين التي قد تكون هي اقوى رباط بين الطبيب ومريضه أن في حال افشاء السر الطبي من قبل الطبيب قد يؤدي إلى انعدام الثقة وبالتالي زوال الرابطة العقدية [٢]

فخاصية السرية تعد من المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الأطباء، وتعد انعكاساً للثقة المتبادلة بين الطبيب ومريضه وتنشئ عن الشعور بأن الأشياء التي يكتشفها الطبيب عند فحصه والمعلومات التي يتم الإفصاح بها من قبل المريض لا تخرج من طرفي العقد إلى شخص ثالث أن مهنة

---

[١] د.هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية،٢٠٠٧، ص١٣٥.

[٢] د.زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٤١.

الطب مهنة فنية أخلاقية الهدف منها خدمة الانسان ويستحق فيها الطبيب الثقة التي قد تودع لديه من قبل مريضه والتي تستوجب احترام كرامته لان مهنة الطب نوع خاص فلا شبيه لها بين المهن الأخرى[١].

نصت تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق بأن يلتزم الطبيب بعدم افشاء سر مريضه دون رضائهِ باستثناء بعض الحالات التي اجازها القانون حيث قضت بما يلي:(على الطبيب أن لا يفشي بدون رضاء مريضه معلومات حصل عليها اثناء علاقته المهنية الا في الأحوال التي يتطلبها القانون) [٢]

ونصت المادة (٢٠) من القانون المصري و الخاص بممارسة مهنة الطب البشري على ما يلي (على الطبيب المحافظة على الاسرار التي يطلع عليها بسبب ممارسته للمهنة وان يتجنب افشائها إلا في الأحوال التي توجبها القوانين النافذة)[٣].

كما نصت المادة (٤) من قانون اخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على ما يأتي: (يلتزم كل طبيب بالسر المهني وذلك لمصلحة المرضى وضمن الشروط المنصوص عليها في القانون ويشمل مفهوم السر كل ما يصل لعلم الطبيب من خلال ممارسته لمهنته أو ما يراه أو يسمعه أو يدركه أو يصل إلى علمه)[٤]، ومن الحالات التي اجاز القانون الفرنسي افشاءها أعلان الولادات في غياب الاب أو غيره من الاشخاص الذين حظروا عملية الولادة، والتصديق على الوفيات قبل اعلانها من قبل اي شخص[٥]

---

[١] اكرم محمود حسين، مسؤوليه الطبيب المدنية عن افشاء السر الطبي، بحث منشور في مجلة اداب الرافدين، تصدر عن كلية الاداب، العدد (٢٦)، ١٩٩٤، زينة غانم يونس العبيدي، مصدر سابق، ص٤١.

[٢] انظر مشروع دستور السلوك المهني الطبي العراقي إلى ذلك في البند (ثانياً) الفقرة (الثانية) منه.

[٣] محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٣، ص٣١.

[4]) Lienharta, Srlf & Faubourg Saint-Antoine, Le secret médical : des règles à la pratique Confi dentiality: from rules to medical practice, Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation, (29), 2010, p(832) . Ministère de la santé et de la famille. Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale. JORF du 30 juin 1979: 1568 (rectifi catif au JORF du 24 juillet).

[5]) Conseil national de l'Ordre des médecins. Commentaires de l'article 4 du code de déontologie (modifi és en 2003)

وان التزام الطبيب بعدف الافشاء للسر الطبي يمتد حتى أمام المحكمة، إذ عليه ان يمتنع عن أداء الشهادة إذ كان السؤال الملقى عليه بحسب تقديره يؤدي إلى افشاء سر المهنة أما وقد ادلى هذا الطبيب بإفادته امام المحكمة فمعنى ذلك انه لم يقدر أن في ادلائه بشهادته أي افشاء لسر المهنة[١]

فالسرية هي تكون في ضمير كل طبيب قبل ان تكون في ذاكرته، وقد اكدتها القوانين الوضعية محل المقارنة، وكذلك الأديان السماوية وانها من ضمن واجبات الطبيب الإنسانية التي من خلالها يحافظ على مريضه من صحته ومعنوياته وسمعته، أما في حال اخل الطبيب بألتزامه يكون مسؤولاً باستثناء بعض الحالات التي أجاز فيها القانون.

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية الناشئة على عقد تحديد جنس الجنين

إن المسؤولية المدنية بصورة عامة قد تكون مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وتقام المسؤولية العقدية عند قيام أحد اطراف العقد بعدم تنفيذ التزامه تجاه الطرف الاخر، اما المسؤولية التقصيرية فقيامها عند ما يخالف الشخص قاعدة قانونية كان من الواجب عليه ان يلتزم بها ومسؤولية الطبيب عن خطأه الطبي تارتاً تخضع لأحكام المسؤولية العقدية وتارةً اخرى تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية[٢]

وما يهمنا هنا قيام المسؤولية في عقد تحديد جنس الجنين، ولذا سوف نتناول في هذا المبحث مطلبين نخصص في المطلب الأول، طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة في عقد تحديد جنس الجنين وفي المطلب الثاني احكام المسؤولية الناشئة عن عقد تحديد جنس الجنين.

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن عقد تحديد جنس الجنين

إن المسؤولية الطبية قد تكون عقدية في حال مخالفة الطبيب للعقد الطبي أو تقصيرية في حال مخالفة ما تفرضه على الطبيب أصول مهنته والقواعد القانونية الخاصة بالعمل الطبي، وقد تنشأ أو تتحقق

---

[١] محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص٣١.

[٢] مالك حمد محمود أبو نصير، مصدر سابق، ص٦٢.

المسؤولية الطبية بمناسبة خطأ الطبيب، وثار جدل بين الفقه حول تحديد طبيعتها، هل هي مسؤولية تقصيرية ام مسؤولية عقدية، حيث يرى البعض انها مسؤولية تقصيرية ،بينما يرى البعض الآخر انها مسؤولية عقدية، ولتحديد طبيعة المسؤولية في عقد تحديد جنس الجنين سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع ،نبحث في الفرع الأول المسؤولية التقصيرية ، وفي الفرع الثاني المسؤولية العقدية، وفي الفرع الثالث الخيار بين المسؤوليتين والجمع بينهما.

الفرع الأول

المسؤولية التقصيرية

لا شك أن في حالة وجود عقد بين الطبيب والمريض تكون المسؤولية عقدية وتخضع لأحكام المسؤولية العقدية، اما في حالة عدم وجود عقد بين المريض والطبيب أو بمعنى آخر إذا ما ارتكب الطبيب خطأ طبياً مهنياً فسبب ضرراً بالمريض في هذه الحالة يكون الطبيب مخطئاً ويخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية.

وهناك حالات تعتبر فيها مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية منها.

اولا: **حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام**:

ان العلاقة بين الطبيب أو الاخصائي الذي يعمل في مستشفى عام هي قد تكون علاقة تنظيمية والتي قد تخضع للقوانين والانظمة الخاصة بالموظفين أو الاشخاص العاملين في الدولة، وبذلك فأنه موظف عام تنطبق عليه احكام الوظيفة العامة، ومن غير الممكن القول بانه هناك اشتراط لمصلحة الغير وهو المريض وان هناك علاقة تعاقدية بين الطبيب وادارة المستشفى الذي يعمل بها الاول (الطبيب)، وبالتالي لا يوجد عقد بين المريض والطبيب وبناءاً على ماذكر لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يلحقه بالمريض نتيجة خطأه الفني أو المهني الا على اساس المسؤولية التقصيرية[١])

[١]) احمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب_ مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، ١٩٨٦، ص١٨_١٩

ثانياً: حالة امتناع الطبيب عن العلاج أو انقاذ المريض دون مبرر:

رغم ان هناك تسليم بحرية الطبيب أو الاخصائي في ممارسة مهنة الطب، ألا إنه يقع عليه واجب الا يستخدم هذه الحرية بشكل قد يكون متعسف ويتعارض مع الغرض الاجتماعي للمهنة فيكون بهذه الحالة امتناع الطبيب أو الاخصائي عن علاج المريض يخالف المسلك المألوف للطبيب أو الاخصائي اليقظ الموجود في نفس الظروف، وبذلك قد يكون الطبيب متعسف في استعمال حقه، وبالتالي تكون مسؤوليته تقصيرية، تفرضها قواعد الواجب المهني للطبيب أو الاخصائي الذي وجد في نفس الظروف.

ثالثاً: حالة اصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل المريض:

بهذه الحالة تكون مسؤولية الطبيب أو الاخصائي تقصيرية لا عقدية، ومثال على ذلك إذا ما أهمل الطبيب مراعاة علاج شخص مصاب في خلل عقلي الأمر الذي قد يؤدي إلى اصابة الغير بضرر، وكذلك بالنسبة لإصابة الغير بعدوى من المريض الموجود تحت رعاية الطبيب بخطأ من الطبيب[١].

رابعاً: حالة مخالفة الطبيب لالتزامه بحيث تأخذ مخالفته طابعاً جنائيا:

في كل جريمة جنائية ينشأ عنها ضرر بالغير فينطوي ذلك الضرر تحت احكام المسؤولية التقصيرية حتى في حالة وجود عقد طبي بين المريض والطبيب فلا يمكن القول بأن الجريمة ناشئة عن العقد وسواء كان خطأ الطبيب خطأً عادي بهذه الحالة يستطيع القاضي تبينه من دون ان يرجع إلى اهل الخبرة وإذا ما كان خطأ مهني فعليه تبينه من خلال اهل الخبرة من الاطباء وتكون المسؤولية تقصيرية[٢].

وذهب الاتجاه الفرنسي القديم الذي امتد إلى أوائل القرن العشرين بقولهم ان ما يلحق المريض من ضرر اثناء التدخل الطبي الحاصل من قبل الطبيب بقيام الأخير اثناء تدخله الطبي بخطأ طبي يرتب مسائلة الطبيب بمسؤولية تقصيرية لا عقدية، وقد رتب على ذلك ان العلاقة التي تقوم بين المريض والطبيب ليس علاقة عقدية ولا يسأل الطبيب مسؤولية عقدية في مواجهة المريض، وإنَما يسأل وفقاً للمادتين(١٣٨٢،

---

[١]) محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية لكلاً من الاطباء والجراحين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ١٤٦.

[٢]) حسن زكي البراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجمعيات العربية، ١٩٥١، ص٥٥.

١٣٨٣)[١]، من القانون المدني الفرنسي ويقابل هذا النص المادة(١٦٣) من القانون المدني المصري على أساس ان الخطأ الذي يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بأن يعوض الشخص المضرور وفقا لنصوص المواد أعلاه، وكذلك لا تقتصر مسؤوليته على فعله فقط بل قد تمتد إلى رعونته واهماله[٢].

وقد يرى الاتجاه أعلاه بأن جوهر العمل الطبي أساسه احترام القواعد والأصول العلمية المتعلقة بالمهنة الطبية والتي قد تكون ذات طبيعة فنية بحتة، فالطبيب ملزم بمراعاة الأصول العلمية المستقرة في علم الطب، وكذلك واجب عليه مراعاة ضميره سواء كان مرتبط مع المريض بعقد ام لا، وان اكثر أخطاء الطبيب قد تكون أخطاء مهنية خارج نطاق العقد. ومن هذا ان اخلال الطبيب بالتزامه بالعلاج يعتبر اخلال بالتزام قانوني ذلك ان القاضي عند اقامته مسؤولية الطبيب أو الاخصائي لا يهمه البحث عن النية المشتركة بين المريض والطبيب، ومثل هذه الالتزامات لا يمكن ادراجها ضمن العقد المبرم بين المريض والطبيب ومن ثم قد يفضل القاضي إقامة المسؤولية التقصيرية [٣]

وذهب بعض من الفقه إلى أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية و ليس عقدية، باعتبار ان طبيعة العمل الطبي تأخذ أصولها من القواعد القانونية بالتزام الطبيب أو الاخصائي في علاج المريض بجانب من الحذر والحيطة اثناء ممارسته العمل الطبي، وأن اخلاله بهذا الالتزام قد يستوجب تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية[٤].

وقد تقوم المسؤولية التقصيرية من حيث لا يتوفر أي من شروط تحقق المسؤولية العقدية، فلا يتوفر العقد فتكون المسؤولية تقصيرية، كذلك إذا وجد العقد وكان الاخلال بالالتزام باللائحة عن سبب بعيد عن الالتزام المتعاقد عليه كانت المسؤولية عقدية لا تقصيرية.

---

[١] نصت المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: كل فعل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل بخطئه ان يعوض هذا الضرر، ونصت المادة (١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره.
والمادة (١٦٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) رقم(١٩٤٨).

[٢] زينة قدرة لطيف، المسؤولية الناشئة عن استخدام الأدوات الطبية في القانون العراقي والقانون المقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق_جامعة المنصورة، ٢٠١٥، ص٣٨.

[٣] مالك حمد محمود أبو نصير، مصدر سابق، ص٧٢.

[٤] سليمان عبدة القريشي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الاردني، دراسة مقارنة، بلاسنة طبع، ص١٩ـ٢٢.

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية العقدية بصورة عامة بناء على عقد ومن ثم تنهض هذه المسؤولية في حالة مخالفة اي من طرفي هذا العقد للالتزامات المترتبة عليه بموجبه وعليه فان عقد تحديد جنس الجنين يرتب المسؤولية العقدية في حالة مخالفة الالتزامات التي يرتبها في ذمة كل من الطرفين الا إن المشرع العراقي لم يضع تنظيماً قانونياً خاصاً بعقد تحديد جنس الجنين، وعليه يرجع للقواعد العامة في ابرام العقد اذ ان من المعتاد عندما يذهب المريض إلى عيادة الطبيب ليباشر له علاجه ففي الغالب يكون هناك بينهما تعاقد بين الطبيب والمريض[١]

فالطبيب عندما يقوم بمعالجة المريض في ظروف قد تكون عادية، فانه يكون في أغلب الأحيان هنالك اتفاق بين الطبيب والمريض مسبقاً، قد يرتبط الطبيب مع المريض بعقد حتى وان كان شفوياً اي غير موثق كون انه بمجرد ان يفتح الطبيب باب عيادته فانه يضع نفسه موضع الايجاب، وعندما يطابق هذا الايجاب بقبول المريض يصبح هناك عقد صحيح بينهما، وبمقابل هذا العقد يطلب المريض من الطبيب ان يقدم له العناية المطلوبة من أجل الوصول إلى شفاء المريض مقابل أجر معين متفق عليه من قبل طرفي العقد، وبموجب هذا العقد تفرض التزامات وواجبات على طرفي العقد ويقع التزام على الطبيب بان يبذل العناية اللازمة للوصول إلى شفاء المريض، وفي حالة إذا ما أخل بهذا الالتزام تفرض عليه المسؤولية بشرط اثبات خطأه[٢]، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية ولكن بتوافر الشروط الاتية:

الشرط الأول: ان يكون هناك عقد صحيح بين الطبيب والمريض، وبخلاف ذلك تكون المسؤولية تقصيرية وليس تعاقدية ويجب ان تكون هذه المسؤولية حصراً بين طرفي العقد باستثناء في حالة الاشتراط لمصلحة الغير إذ تكون المسؤولية كذلك عقدية رغم انه ليس بطرف في العقد[٣].

---

[١] رمضان خضر شمس الدين، مصدر سابق، ص٩٥.

[٢] ابراهيم الحلبوسي، مصدر سابق، ص١٠٤.

[٣] محمد حاتم صلاح الدين عامر، مصدر سابق، ص٣٤.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجاً عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد لا في حالة أصابه المريض بضرر ناتج عن التزام قانوني فتكون المسؤولية تقصيرية في هذه الحالة[١]، اما في حالة أصابه المضرور بضرر عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو الاخلال في تنفيذ الالتزام كانت المسؤولية عقدية[٢].

وعليه فأن مسؤولية الطبيب العقدية تتطلب وجود عقد بين الطبيب والمريض، وأن يكون هذا العقد صحيحاً[٣]، وان يكون الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة اخلال الطبيب بالالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا تحققت هذه الشروط تحققت معها المسؤولية العقدية، وإذا تخلف احدها اعتبرت مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية[٤].

وفي حالة مباشرة الطبيب أو الاخصائي بعلاج المريض دون ان يكون بينهما اي عقد فإذا صدر خطأ طبي من الطبيب أو الاخصائي كانت المسؤولية تقصيرية، ولكن مع ذلك فأن اغلب الحالات يرتبط الطبيب مع المريض بعقد كون مجرد فتح الطبيب أو الاخصائي عيادته يكون في موضع من يعرض الايجاب كما قلنا سابقا، وإذا ما لاقى هذا الايجاب قبول من المريض فيبرم العقد بصورة طبيعية[٥].

ألا إن هناك حالات قد يصعب معها اكتشاف العقد بين الطبيب والمريض ومنها:

اولا: **حالة تدخل الطبيب أو الاخصائي لعلاج المريض بدون دعوة**:

قد لا تسمح الظروف للمريض ان يختار طبيبة كما إذا ما اصاب شخص في الطريق العام بحادث قد يفقده الوعي فقد يسارع بعض المارة استدعاء طبيب أو اخصائي أو يتدخل الطبيب من تلقاه نفسه لإسعاف

---

[١] محمد حاتم صلاح الدين عامر، المصدر نفسه، ص٣٥. السنهوري، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، مصدر سابق، ص٨٩٩_٨٩٠.

[٢] د. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الالتزام، ج١، ١٩٩٧، ص٢٠٦.

[٣] محمد حاتم صلاح الدين عامر، مصدر سابق، ص٣٥. السنهوري، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٨٩٠_٨٨٩.

[٤] قتيبة جلولاء شنين الجنابي، مصدر سابق ص٥٩-٦٠

[٥] عبداللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، ط٢، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٨٧، ص٩٥

المصاب، فالطبيب أو الاخصائي في مثل هذه الحالة يتدخل بدون دعوة، وبالتالي فلا مجال للقول بوجود عقد بين المريض والطبيب، وبهذا تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية وليس عقدية لعدم وجود عقد بينهما.

ثانيا: **حالة المريض الذي يختار هو طبيبه**:

من المؤكد ان في مثل هذه الحالة يوجد عقد بين الطبيب والمريض مبرم بينهما ولا يمكن انكار تلك الرابطة العقدية بينهما، وكل منهما ملزم بالواجبات التي قد يرتبها العقد، ولكن الخلاف يحصل في الطبيعة القانونية بين المريض والطبيب في حالة إذا ما اجرى الطبيب عملية التلقيح الصناعي مجاني بدون مقابل وفي هذه الحالة يجب تحديد هذه العلاقة في الرجوع إلى ملابسات الحالة وظروفها لكي يعُرف ما إذا كانت نية المريض والطبيب أو أن الطبيب قصد ان يعالج المريض على سبيل المجاملة، واختلف الفقه في هذه المسألة منهم من قال ان المسؤولية بين الطرفين مسؤولية عقدية ومنهم من عدَ المسؤولية بين الطرفين مسؤولية تقصيرية وانكر الصفة العقدية، والرأي الراجح تكون المسؤولية عقدية متى ما كان العقد صحيحاً سواء تكون المعالجة باجر أو بدون أجر كأن تكون على سبيل الصداقة أو القرابة[١].

اتجه جانب كبير من الفقه الفرنسي[٢] والعربي بان مسؤولية الطبيب أو الاخصائي تجاه مريضة هي مسؤولية عقدية وليس تقصيرية إذا ما تم علاج المريض بناءاً على طلبه أو طلب من ينوب عنه قانونا[٣].

---

[١] د. وفاء حلمي ابو جميل، الخطأالطبي_ دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٧٨، ص٢٤. د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني_ الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية_ الاحكام العامة، ط٥، ١٩٩٢، ص٣٨٣.

[٢] ورد حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠ مايو (١٩٣٦) جاء فيه ينشأ بين الطبيب، وعميله المريض عقد حقيقي يفرض على الطبيب التزاما ان لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بان يبذل له عناية ليست من أي نوع، وإنَما عناية دقيقة ويقضه وتتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المستقرة، والاخلال بهذا الالتزام العقدي، ولو من غير عمد . يجزى عليه بمسؤولية من نفس الطبيعة العقدية أيضا. نقلا عن زينة قدرة لطيف، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الأدوات الطبية في القانون العراقي والقانون المقارن، مصدر سابق ص٤٥. وانظر منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ٢٠١٤، ص٧٤. ونقلا مأمون رضاء المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، ٢٠٠٩،دراسة مقارنة،ص٦٥، D1936, I cass.civ.20 mai 1936 متاح على الرابط https://translate.google.com/

[٣] نقلا عن مالك حمد محمود أبو نصير، مصدر سابق، ص٦٦.

ويرى جانب آخر من الفقه بان مسؤولية الطبيب عن خطئه امام مريضه هي مسؤولية عقدية وليس تقصيرية وكذلك في حالة اختيار الطبيب من قبل الغير، مثل حالة اختيار المستشفى، في هذه الحالة يكون هناك اشتراط لمصلحة المريض، مما قد يجعل المسؤولية تعاقدية[١].

لم يستمر الفقهاء الفرنسيون على ان تكييف المسؤولية التي تنشأ من خطأ الطبيب انها مسؤولية تقصيرية، وقد تنبه إلى الخطأ المنسوب إلى الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، ومن ثم قد رأها الفقه الفرنسي انها مسؤولية عقدية، واستقر على ذلك حتى لو كان العلاج بدون مقابل كقيام طبيب بمعالجة زميل له، فلا يعتبر ما يؤديه الطبيب من عمل طبي لزميله خدمه مجانية، لان عدم دفع الأجر الذي ارتضاه الأطباء في ما بينهم لا ينهي حالة المسؤولية العقدية حتى في حالة اختيار الطبيب أو الاختصاصي من قبل الغير كمستشفى، فتبقى مسؤولية الطبيب أو الاخصائي هي مسؤولية عقدية لأن حتى في حالة الاشتراط لمصلحة الغير تجعل المسؤولية تعاقدية[٢].

الفرع الثالث

الخيار بين المسؤولتين والجمع بينهما

العمل الطبي له طبيعة يستمد أصولها من القواعد القانونية التي تضع على الطبيب التزام وهو ان يقوم بالعلاج وان يتخذ الحيطة والحذر في أداء عمله، وفي حالة اخلاله بذلك يعتبر قد اخل بالتزام قانوني مهني، وليس التزاما عقديا فتقوم المسؤولية التقصيرية لا العقدية اضافة إلى ذلك ان القاضي لا يفسر النية المشتركة بين الطرفين، فأنه يؤسسها على مدى التنفيذ للالتزامات الطبية التي تفرضها قواعد المهنة وعلاقاتها بالعلم الطبي والضمير، ومثل هذه الالتزامات لا يمكن ان تدرج ضمن بنود العقد المبرم بين المريض والطبيب وذلك فيجب قيام المسؤولية التقصيرية[٣].

---

[١] د.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، ٢٠٠٩، ص ١٢٥ـ١٢٨. مالك حمد محمود أبو نصير، المصدر السابق، ص٦٦. ومحمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب عن اعمال المهنية، دراسة مقارن، ٢٠٠٦، ص٦٠ـ٦١.

[٢] محمود موسى دودين، مصدر سابق، ص٦٠_٦١. مالك حمد محمد ابو نصير ، مصدر سابق ، ص٧٤.

[٣] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب اثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر ٢٠١١، ص١٤٤. احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، أطروحة دكتوراه_ جامعة النهرين، ص٢١٩.

واختلف الفقه حول فكرة وحدة المسؤولية أو ازدواجها، ومن حيث الاخلال بالالتزام، وقد تتواجد أو تتوافر فيه شروط قيام المسؤوليتين معا إذ في ان مشكلة قدرة المريض في الجمع بينهما أو ان يختار أي منهما قد يرفض بعض من الفقه الجمع بين المسؤوليتين فلا يجوز للمريض الجمع بين المسؤوليتين، من غير الممكن مطالبة الطبيب بتعويضين تأسيسا على كل نوع من أنواع المسؤولية أو جواز ان يجمع المريض في دعواه ما يرغب له أو يختاره من خصائص كل نوع من المسؤوليتين فمثل هذا قد يعد مسؤولية من نوع ثالث قد لا يعرفها القانون أو جواز أن في حالة خسارة المريض لإحدى الدعويين ان يرفع الدعوى الأخرى[١].

ويمكن تحقق المسؤوليتين بحالة ان يكون مصدر الالتزام في المسؤولية التعاقدية هو العقد، فيكون الطبيب والمريض، هم أطراف العقد اللذان انشأ هذا الالتزام بإرادتهما، ويترتب على تلك المسؤولية أن يكون التعويض بناء على الضرر المتوقع وقت العقد، لان هذا ما اتجهت ارادتهما اليه وقت التعاقد[٢].

في حالة المسؤولية التقصيرية التي هي التزام قانوني الذي انشأه القانون وحدد له مداه دون تدخل إرادة اطرافه ويكون التعويض في حالة قيامها عن الضرر المباشر سواء المتوقع أو غير المتوقع، ولا يجوز الاتفاق عن الاعفاء عن المسؤولية التقصيرية كون الالتزام مفروضاً على الطبيب أو الاخصائي رغما على ارادته ولا يحتاج إلى اخذ رضاه ،بخلاف المسؤولية العقدية التي يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية حيث لا يتوفر أي من شرطي تحقق المسؤولية العقدية فعند إذ تقوم المسؤولية التقصيرية، حتى في حالة وجود عقد وكان الاخلال بالالتزام ناتج عن سبب بعيد ناتج عن الالتزامات المتعاقد عليها بين اطراف العقد كانت المسؤولية عقدية[٣].

فإذا أخل الطبيب بالتزامه بالعلاج فيعتبر اخل بالتزام عقدي فيستوجب قيام المسؤولية التعاقدية حتى في حالة الطبيب الذي يتوعد المريض بالاعتناء به وخالف هذا الوعد وحالة الطبيب الذي قد بدأ بالعلاج ثم تركه دون ان يتأكد ان العلاج سيتم فيكونان مسؤولين عن الضرر الذي يصيب المريض والناتج عن

---

[١] محمد حاتم صلاح الدين عامر، مصدر سابق، ص٣٥.

[٢] أنور سلطان، مصدر سابق، ص٤٦٥. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٢، ص٤٧١. خالد جابر المرى، المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط في الحقوق، ٢٠١٣، ص٢٦.

[٣] محمد حاتم صلاح الدين عامر، مصدر سابق، ص٣٥.

امتناعهما لاسيما في حالة إذا ما تبين ان تدخل الطبيب أو الاخصائي كان من شأنه منع حدوث ضرر شرطه الا يكون الترك أو الامتناع من قبل الطبيب بسبب قوة قاهرة[١].

وفي حالة عدم وجود أي عقد بين المريض والطبيب فأن المسؤولية لا يمكن ان تكون عقدية، ففي الحالات التي يصدر بسببها عن فعل الطبيب ضرر يصيب المريض ولم يوجد هناك عقد سواء صريحا أو ضمنيا كمصدر للتدخل العلاجي أو الجراحي فان مسؤولية الطبيب أو الاخصائي تكون تقصيرية فمثلا لا يوجد عقد طبي بين طبيب الخاص بالتخدير الذي يقوم بتخدير المريض أو انعاشه دون ان يسبق له الالتقاء به فلا تلتقي ارادتهما[٢].

ويرى الباحث أن قواعد المسؤولية التقصيرية تكون اكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية، لاسيما عندما يرتكب الطبيب أو الاخصائي تدليسا أو غشا عمديا فالمسؤولية التقصيرية يكون التعويض فيها أوسع يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع وتسمح للمضرور بالحصول على تعويضه كاملا دون ان تكون هناك قيود كتلك المتفق عليها سابقا في العقد، ألا إن هنالك خصوصية بالنسبة لعقد تحديد جنس الجنين، وهي ان العقد يفرض التزامات عديدة على المركز الطبي فضلا عن الالتزامات التي يفرضها على الزوجين وهنالك التزامات يفرضها القانون وأصول المهنة، ومن ثم يمكن الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بالنسبة للمريض في حالة مخالفة المركز الطبي لالتزام ناشئ عن العقد ويفرضه القانون كالالتزام بفحص سلامة الزوجين من الامراض الوراثية، أما بالنسبة للالتزامات التي يحددها العقد فهي تخضع للمسؤولية العقدية .

المطلب الثاني

احكام المسؤولية في عقد تحديد جنس الجنين

لتحديد احكام المسؤولية في عقد تحديد جنس الجنين يقتضي تحديد أركانها وبيان حالات التعويض عنها وحالات انتفائها، وعليها سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع نبحث في الفرع الأول اركان المسؤولية،

---

[١] محمد حاتم صلاح الدين عامر، المصدر نفسه، ص٦٦.

[٢] بوخرس بلعيد، مصدر سابق، ١٤٧.

وفي الفرع الثاني التعويض في المسؤولية عن عقد تحديد جنس الجنين وفي الفرع الثالث دفع المسؤولية للمركز الطبي.

الفرع الأول

أركان المسؤولية

بصورة عامة نتكلم في خصوصية العقد الطبي والذي يختلف عن غيره من العقود كون محله هو جسم الانسان، ولما لهذا الجسد من حرمه ومعصومية، فلا يجوز المساس به من قبل أي من الأشخاص الا لضرورة العلاج أو الحاجه اليه لان الحق في سلامة إلانسان الجسدية([1])، والحق في حياته هما من الحقوق التي يجتمع فيهما حق الله تعإلى وحق العبد، اضف إلى ذلك ان العلاقة التي تترتب بين الطبيب أو الاخصائي هي علاقة قد تكون غير متكافئة فالطبيب أو الاخصائي مهني على درجة عالية من المعرفة والدراية والتخصص الفني، وعكس ذلك ان المريض لا يعلم أو يجهل الأمور التي تتعلق بمرضه أو بفن العلاج ومما يزيد من حدة عدم التعادل أو التكافؤ، هو ان أحد الأطراف وهو المريض يعاني من مرض قد يكون جسدي أو نفسي أو عقلي وهذا ما يؤثر عليه سلباً ويصبح المرض الذي يعاني منه المريض مثقلاً عليه بعدم معرفته وجهله بالأمور الطبية[٢].

وان اركان المسؤولية الطبية بصفة عامة هي الخطأ الطبي والضرر والعلاقة السببية بينهما اذ من المعروف قد تقوم المسؤولية عند تحقق أركانها الثلاث وهما الخطأ والضرر والعلاقة السببية وسنتناولها على النحو الاتي:

([1])Bénédicte Bévière-Boyer, L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Centre de recherche en droit privé et droit de la santé, 2017, p(1581)

[٢] د.مأمون عبد الكريم، رضاء المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، ٢٠٠٩، ص٢٤-٢٨.

أولا: الخطـأ الطبـــي:

ويعرف الخطأ الطبي: (كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية الثابتة المتعارف عليها بين الأطباء)[١]، وقد يرتكب الخطأ الطبي في حالة اجراء فحوصات قبل الاخصاب فيكون لكل زوجين قبل الإنجاب ان يجريا فحص طبي لتأكد من خلوهما من الامراض الوراثية التي قد يكون الجنين معرض لها فقد يولد معوقاً أو مشوهاً وعلى الطبيب ان لا يقرر الإنجاب الا إذا تأكد من خلوهما من الأمراض وهنا يقع التزام على الطبيب بتبليغ الزوجين عن المعلومات الكاملة والكافية، عن مخاطر المرض الوراثي[٢]

والخطأ الطبي قد ينطوي على اخلال وخروج عن القواعد والأصول الطبية وقت تنفيذ العمل الطبي، وما يرتب اضرارا مادية أو جسدية أو أدبية مع ضرورة توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وإن عمل الطبيب أو الاخصائي يتصل بسلامة جسم الانسان وحياته وحيث ما كان هناك عمل طبي، فمن المحتمل وقوع الخطأ من الطبيب أو الاخصائي اثناء ممارسته العمل الطبي، والخطأ الطبي هو من أحد أوجه الخطأ المهني باعتبارها ذلك الفعل الذي قد يرتكبه أصحاب المهن عند ممارستهم مهنتهم وهم قد يخرجون عن ذلك السلوك المهني المألوف وعن الأصول المستقر عليها والمعمول بها لدى أصحاب تلك المهنة[٣].

وقسم بعض الفقهاء الخطأ في المجال الطبي إلى خطأ مادي أو عادي، وخطأ فني أو مهني، اما الخطأ المادي أو العادي هو الخطأ الذي قد يرتكبه الطبيب دون ان يكون له علاقة بمهنة الطبيب، أي بالامور والقواعد العلمية الثابتة لمهنة الطب، وهو يقوم عندما يخالف الطبيب قواعد الحيطة والحذر التي يلتزم بها كافة الناس، وقد يدخل في هذا النوع من الخطأ كل تهاون أو أهمال أو عدم انتباه واللذان لا علاقة لهما بالأصول والقواعد العلمية الثابتة التي تخص مهنة الطب، ومن امثلة الخطأ المادي ان يجري الطبيب

---

[١] د.خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لأجراء التجارب الطبية وتغير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، ص٣٨٢.

[٢] د. محمد سعد خليفة ، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، بلا سنة طبع، ص١٥٨.١٥٩.

[٣]حسام أبتر، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين القانون والطب، مقال علمي منشور على الرابط:
https://www.lebarmy.gov تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٦، وقت الزيارة ٢:٢٠م.

أو الاخصائي عملية جراحية ويده عاجزة عن العمل أو ترك أو نسيان قطعة من الشاش أو أداة من الأدوات المستعملة في جوف المريض أو ان يقوم الطبيب بأجراء عملية جراحية وهو في حالة سكر[١].

وفيما يخص الخطأ الفني أو المهني هو الخطأ الذي يصدر من الطبيب أو الاخصائي عند قيامه بممارسة مهنة الطب بمخالفته الأصول الفنية والعلمية التي قد تقتضيها مهنة الطب، وقد يكون الطبيب مخطئاً في حالة اهماله أو عدم احتراز أو رعونه أو عدم مراعاة الأصول العلمية الطبية، كالخطأ في التشخيص والاخلال الذي يصدر منه بمبادئ الحيطة والحذر وعدم اليقظة والتبصر الذي قد نتج عنه ضرر بالمريض يرتب على الطبيب مسؤولية، وبهذا قد يتعرض المريض إلى فقدان فرصة الشفاء بسبب اهمال الطبيب أو تقصيره، وان عدم استخدامه للوسائل التي تفرضها عليه قواعد وأصول[٢].

وان القضاء العراقي فأنه مايزال محتسبا لدرجة الخطأ، فأن مسؤولية الطبيب أو الاخصائي، قد لا تتبني على الاحتمال أو الضن بل تبنى على الخطأ الثابت المحقق فتحدده الأصول الفنية ،فإذا لم يكون هناك تجاوز على هذه الأصول المهنية فلا يكون هناك خطأ جسيم أو يسير، وينبغي الإشارة ان مسؤولية الطبيب أو الاخصائي قد تتضمن مسائل فنية دقيقة، وهذا لا دخل للقاضي فيها، هذا جانب ومن جانب اَخر ان الطبيب أو الاخصائي يخضع في العمل الطبي إلى نظريات طبية غير متفق عليها، فعند اتباع الطبيب أو الاخصائي نظرية قال بها بعض العلماء فلا لوم عليه، ولا يجوز مسائلة الطبيب عن خطأ تختلف فيه اراء الاطباء، والمسؤولية الطبية لا تثور إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى ترجيح الطبيب أو الاخصائي لرأي علمي على رأي اخر، أو طريقة في التشخيص على طريقة أخرى وذلك طالما اننا بصدد حالة لا زالت امام البحث والتطوير العلمي وقد تثور المسؤولية الطبية إذا كان الخطأ في التشخيص يرجع إلى استخدام الطبيب وسائل مهجورة و طرائق لم يعد معترفا بها في هذا المجال[٣].

اما بالنسبة للخطأ الفني الوارد من الطبيب فأن تقديره يخضع لمعيار شخصي وان المعيار الذي يعتمد ويقاس به هو السلوك المهني الذي صدر منه الفعل الضار هو السلوك الفني المعتاد والمتعارف عليه والمألوف من شخص وسط من نفس المهنة في علمه ويقظته وكفايته ويوجد في نفس الظروف التي

---

[١] بوخرس بالعيد، مصدر سابق، ص٢٩. مالك حمد محمود أبو نصير، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٢] مالك حمد محمود أبو نصير، المصدر السابق، ص٢٠٤.

[٣] د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٣٧.

أحاطت بالمهني[١]. ولا يفرق بين نوع الخطأ، متى ما كان هذا الخطأ ثابتا وناجماً عن اخلال الطبيب أو الاخصائي في علم الطب فهو قد يخضع للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية عن فعله الشخصي من غير تمتعه بامتياز أو استثناء قد يعفيه من المسؤولية عن الخطأ أيا كان نوعه (الفني أو العادي) وأياً كان درجته[٢].

وقد لا تثار المسؤولية الطبية في بعض الحالات المرضية التي لا تساعد فيها الاعراض الظاهرة للمريض عن كشف حقيقة الحالة، أو إذا ما قد يتعلق التشخيص بحالة من الحالات التي هي كثيرا ما تقع بشأن الأخطاء ومن الأمثلة على ذلك صعوبة ان يكتشف الطبيب عدم قدرة المريض على الإنجاب في بدايته في الوقت الذي قد يكون فيه المريض بصحة جيدة قد يصعب معها أو التخوف من انه مصاب بمرض ومن المتعارف في العمل الطبي والقاعدة العامة ان الطبيب قد لا يلتزم بأستشاره طبيب اَخر اكثر تخصصا وخبرة ألا إن هناك حالات استثنائية تستدعي ذلك وخاصتاً في ما إذا طلب أقارب المريض أو المريض مثل هذا التدخل، وبهذا يكون الطبيب مخطئا إذا امتنع عن تنفيذ ذلك.

وتثور المسؤولية الطبية عندما يخطأ الطبيب أو الاخصائي في تشخيص المريض، وبخاصة إذا ما كان الخطأ قد يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب، والتي تكون متفق عليها من قبل الجميع، والتي تعتبر الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية، ان الخطأ في التشخيص قد لا يكون الطبيب مسؤولا عند حدوثه الا إذا تتم عن جهل جسيم بأوليات العمل الطبي أو عن اهمال في العمل الطبي أو كان يتم بطريقة سريعة وسطحية أو غير كاملة.

ويرى جانب من الفقه ان اثبات الخطأ الطبي لا يختلف بحسب نوع المسؤولية، هل هي تقصيرية ام عقدية، بل انه يخضع في المسؤوليتين لنظام وأحد قد تضعه المبادئ العامة في نظرية الاثبات، ولا تلزمها نصوص قانون، وهما قد يكونا افتراض ما يحدث اكثر الأحيان، وان القاء عبء الاثبات على عاتق اقدر الخصوم على تقديمه، ويترتب هذا الاثبات حسب طبيعة الالتزام إذا كان الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة[٣].

---

[١] محمد عبد القادر العبودي، مصدر سابق، ص١١٩.

[٢] زينة قدرة لطيف، مصدر سابق، ص٢٢٠.

[٣] محمد عبد القادر العبودي، المصدر السابق، ص١٢٧_ ١٢٨،١٦٥.

وبناء على ما تقدم إذا كان التزام الطبيب أو الاخصائي هو التزام ببذل عناية فيجب على المريض اثبات بأن الطبيب أو الاخصائي خرج عن القواعد والأصول المستقرة لمهنه الطب وبالتالي يجب عليه ان يثبت إقامة الدليل عن انحراف الطبيب أو اهماله، وبالحالتين سواء كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية أو عقدية.

وقد يطرح سؤال مفادهُ: هل تنشأ مسؤولية الابوين عند الاضرار بالجنين بسبب خطأهما باختيار المركز الطبي، وهل للجنين المطالبة بالتعويض من ابويه في حال ما أصابه تشوه نتيجة التحديد غير السليم؟

ذهب جانب من الفقه والذي ميز بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، فيتمثل الأول بالرعونة والإهمال وعدم الانتباه الذي قد يصدر من الام ليؤدي إلى الاضرار بالجنين مثل تناول الخمور والتدخين والتعب أو الإرهاق المتعمد والادوية الضارة التي تؤدي إلى الاضرار بالجنين وفي هذه الحالة من الخطأ تنشأ مسؤوليتها المدنية سواء من الام أو الاب إذ يمكن للابن مطالبتهما بالتعويض لقاء ما حدث به من تشوه ازاء الخطأ المتعمد، اما الخطأ الثاني فقد يشتمل بامتناع الزوجين من الفحص قبل الزواج ويتبين ان احدهما مصاب بمرض من الامراض الوراثية أو علم الام بأن طفلها مشوه أو معوق ولم تمارس الام حقها في الإجهاض، أو يكون الابوين معاقين وانهم يعلمان لو انجبا طفلا فأنه يكون معاقا، كذلك فأن من مصلحة الزوجين ومن الأولى لهما في مثل هذه الحالات بأن لا ينجبا طفلا أو اللجوء إلى الإجهاض المبكر وهذا من الأفضل من ولادة طفل مشوه أو معاق فتنشأ المسؤولية المدنية للزوجين عند الامتناع عن هذه الأفعال، وهذا الجانب من الفقه قد أورد تحفظا على المطالبة بالتعويض من قبل الزوجين أو الابوين إذ إنه يؤدي إلى ضياع الحنان أو العطف بين الابوين والابن وبالتالي لا معنى لهذا التعويض ولا فائدة به[١].

ويرى الباحث انه على الرغم من صعوبة قيام مسؤولية الابوين تجاه الابن إذ لا تقوم المسؤولية العقدية فلا يوجد ثمة عقد بين الابوين والجنين، اما المسؤولية التقصيرية فلا يمكن اثبات قصد الابوين من تشويه الجنين فضلا عن ان منح الابن حق مطالبة ذويه عن هذه الاعراض ليس له اساس من الشريعة أو القانون ومن ثم لا يمكن قبول هذا النوع من التعويض.

---

[١] نقلا عن مشتاق عبد الحي عبد الحسين بدر، مصدر سابق، ص١٩٤_١٩٥.

ثانيا: الضـــرر الطبـــي:

الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب في العمل الطبي، اما يكون ضرر مادي أو ضرر ادبي، فالضرر المادي قد يتمثل في الخسائر المالية التي تنتج من المساس بحق مالي يصيب الشخص المضرور بمصلحته سواء كان هذا الحق غير مالي أو مالي، وان المساس بالحقوق المالية يكون ضررها مادي، ويترتب على نتيجة هذا الضرر أو هذا المساس هو انتقاص للمزايا المالية[١].

وقد يترتب الضرر المادي بسبب المساس بحق غير مالي، فان المساس بسلامة الجسم إذ قد تترتب عليه خسارة مالية كان ضررا ماديا ،ومن امثلة ذلك نفقات العلاج أو العجز عن الكسب

اما الضرر الادبي، فهو قد يصيب الانسان في مصلحه غير مالية كالعاطفة، الشعور، الشرف، الكرامة وغيرها، وقد يصيبه من الم إذا ما اعتدى على حق من حقوقه قد تكون مالية أو غير مالية وسواء ترتب على هذا الاعتداء خسارة مالية أو لم يترتب، ووقوع الضرر قد يعتبر واقعة مادية يجوز اثباتها بكافه طرق الاثبات منها القرائن وشهادة الشهود والتقارير الطبية وغير ذلك ووقوع الضرر من عدمه سلطة تقديرية تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا يكون رقابة عليه وقد يخضع لرقابة محكمة التمييز في تحديد الشروط التي يجب ان تتواجد في الضرر.

وينقسم الضرر إلى قسمين: احدهما ضرر مادي يصيب المضرور في جسمه أو ماله والآخر ادبي أو معنوي يصيب المضرور في كرامته أو شرفه أو عاطفته.

ويتبين ان الضرر المادي الذي يقصد ليس هو الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض بصورة جزئية أو بصورة كامله لا يكون في ذاته هو ركن الضرر، لان الطبيب عندما يقوم بعلاج المريض لا يلتزم بشفاء المريض سواء كان شفاء كلي أو جزئي كون، ان ما مطلوب من الطبيب أو الاخصائي ان يبذل قصارى جهده ولا حرج عليه إذ ما بذل ما في وسعه كون التزامه التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فإذا اخفق الطبيب ولم يصل إلى شفاء المريض وكان ذلك بخطأ فأنه لا يسأل الا عما قد يسببه للمريض من

---

[١] محمد عبد القادر العبودي، مصدر سابق، ص١٤٦_١٤٨.

خسارة أو كسب بسبب تعطيله عن عمله، وقد يحاسب على ما قد يسببه للمريض ذلك من اَلام الذي يصيبه وقد تكون ألاَلام جسمانية جسيمة ويحاسب عنها[١].

ويرى الباحث ان تحديد الضرر في عقد تحديد جنس الجنين يمكن قياسه بالنظر إلى النتيجة المتوقعة من العقد، إذ إن فشل عملية التحديد يؤدي إلى ضرر للزوجين وهو يكون ضرر مالي يتجسد في التكاليف التي يتكبدها الزوجين والوقت الذي يفوت من دون نتيجة في تحديد الجنس المطلوب، فضلا عن الضرر الادبي الناتج عن الأذى المعنوي الذي يصيب الزوجين والذي قد يكون في بعض الأحيان اكبر من قيمة الضرر المادي، لا سيما في حالة الزوجين الاجتماعية الذين ينتظرا ان يكون الجنين ذكرا مقابل كبر سنهما أو اصابتهما بمرض ما.

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر:

الرابطة السببية تلك الرابطة التي تقوم عندما يتبين ان خطأ الطبيب كان سببا لضرر المريض ولا دخل للعنصر الأجنبي في احداث ذلك الضرر، والعلاقة السببية تعني الصلة بين الفعل والنتيجة، بحيث يكون الفعل هو المؤدي إلى النتيجة، وبتعبير ثاني هي تلك الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة وتجمع بينهما، ومن الناحية المنطقية الرابطة السببية قد تعني تعاقبا ضروريا بين حادثتين، فالسبب قد يسبق النتيجة ويؤدي اليها على ان كل حادث يسبق اَخر لا يكون سببا له، بل يجب فضلا عن التعاقب الزمني ان يظهر الحادث الثاني بالضرورة تبعا لوقوع الحادث الأول بحيث إذا انعدم الأول قد يؤدي إلى عدم تحقق الثاني[٢].

وان تحديد الرابطة السببية في المجال الطبي من الأمور العسيرة والشاقة، بسبب تعقيد الجسم الإنساني وتغير خصائصه وحالاته وعدم تبين أو وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة، وقد ترجع أسباب الضرر إلى عدة عوامل خفية أو بعيدة ترجع لطبيعة تركيب جسم المريض واستعداده، مما يصعب عليه تبيانها.

---

[١] د.رمضان خضر شمس الدين، المصدر السابق، ص١١٣_١١٥.

[٢] احمد نعمة العادلي، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية النهرين للحقوق _ جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص١٦٣_١٦٤.

والطبيب لا يسأل الا إذا كان الضرر سبباً أو نتيجة طبيعية للخطأ الطبي، وذلك بالنظر للجسم وتغير خصائصه وعدم وضوح الأسباب التي قد تؤدي إلى عدم تحديد الجنس المطلوب[١].

المعيار الذي يعول عليه القاضي في تطبيقه لكي يظهر أو يتبين له وجود ارتباط بين ما صدر عن الطبيب من خطأ وبين الضرر يختلف تبعاً لما إذا كان ما أصاب المريض من ضرر نتج عن عوامل عدة وكان لكل منها دور فيما أصاب المريض من ضرر، أو ان الضرر كان نتيجة مباشرة لما قد وقع من خطأ أو ان هناك اكثر من عامل قد اسهم إلى جانب خطأ الطبيب في احداث النتيجة الضارة وكان لأحد تلك العوامل الدور الأقوى في احداث تلك النتيجة، في ضوء نظرية تعادل الأسباب ان لكل سبب له دخل في احداث الضرر مهما كان بعيدا فانه يعد من الأسباب التي قد تداخلت في احداث الضرر إذ جميع الأسباب التي قد تداخلت في احداث الضرر متعادلة ومتكافئة وكان كلا منهما احداث الضرر.

ان المعيار أعلاه يتأسس على وجود عوامل مترابطة وعديدة أسهمت في احداث الضرر، وهو اخذ به المشرع العراقي ويستطيع الرجوع على جميع من تسبب بالضرر أو الرجوع على احدهم فقط ثم يقوم هذا الأخير بالرجوع على الاخرين أو الباقي بقدر من التعويض قد يتناسب مع اسهام كل منهم في تحقيق الضرر[٢].

اما في ضوء نظرية السبب المنتج ، فيؤخذ بالسبب الذي يؤدي عادة وبحسب المألوف إلى احداث الضرر، وهذا يعني ان الطبيب لا يسأل عن النتيجة الا إذا كان فعله يصلح لأن يكون سببا كافيا لحصول النتيجة[٣].

---

[١] د.رمضان خضر شمس الدين، مصدر سابق، ص١٢١.

[٢]د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ١٠٢٥_ ١٠٢٦. وانظر نص المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة (١٩٥١)المعدل .

[٣] زينة قدرة لطيف، مصدر سابق، ص٢٨٧،

الفرع الثاني

التعويض في المسؤولية عن عقد تحديد جنس الجنين

بصورة عامة ان المسؤولية المدنية ينتج عنها ضرر مادي أو ادبي، وقد اتفق معظم الفقه ان الضرر الادبي الذي ينتج عن المسؤولية المدنية يستوجب التعويض شأنه شأن الضرر المادي، وان صاحب الحق في التعويض هو كل من إصابة ضرر له الحق في المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة.

أولا: التعويض عن الضرر المادي:

ان المسؤولية المترتبة على عقد تحديد جنس الجنين يكون جوهرها التعويض، الذي مما لا شك فيه انه يخضع للمبدأ العام في المسؤولية المدنية، التي تقضي بالتنفيذ العيني اما في حالة عدم التنفيذ فيصار الى الى التعويض العيني[١]، غير ان هذا الامر في المجال الطبي قد يكون مستعصيا بعض الشيء، لذا غالباً ما يكون التعويض نقدياً، إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب عما لحق بالمريض من ضرر جراء الاخلال بالتزاماته، فأنه يتعين جبر الضرر الذي لحق به من خلال الزام المسؤول بتعويضه، سواء كان هذا التعويض عينا ام نقديا[٢]

ان تقدير التعويض عن الاضرار الطبية في اغلب التشريعات هي مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه، وان التعويض في المسؤولية التقصيرية بوصفها التزام قانوني قد انشأه القانون، دون تدخل أي من اطرافه فواجب التعويض عن كل ضرر المباشر سواء المتوقع أو غير المتوقع، ويكون المدينيين فيما بينهما متضامنين في الوفاء بهذا الالتزام وفي المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية والالتزام مفروض على المدين دون ارادته ولم يحتاج إلى اخذ رضاه[٣].

ويقدر التعويض في الغالب بالقيمة المالية، ألا إن الأصل أن يلجأ القاضي أولا إلى التعويض العيني، وللقاضي في هذه الأحوال كامل السلطة في اختيار الطريق الاصلح لاستيفاء حق المتضرر، إذ إن

---

[١] د عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، مصدر سابق ص١١،

[٢] د .رمضان خضر شمس الدين، مصدر سابق، ص١٢٦-١٢٨

[٣] عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٤٧١_٤٧٢.

التعويض يكون تعويض عيني و يقصد به: إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ويزيل الضرر الناشئ عنه [١].

وقرر المشرع المصري ان الضرر المباشر هو الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التاَخر فيه، ويعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المركز الطبي ان يتوقاه ببذل جهد معقول، ويعد قصر التعويض على الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر مبدأ عام في نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية على السواء[٢].

ويرى البعض من الفقه المصري ان الأصل في المسؤولية تقصيرية كانت ام عقدية فعند نشوئها يجب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع فالمدين يكون مسؤولا عن هذا الضرر، هو الذي احدثه مباشر بخطأ ألا إن أرادة المتعاقد هي التي تحدد مدى المسؤولية العقدية وقد افترض القانون ان هذه الإرادة قد انصرفت على جعل المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المضرور مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، هذا هو المقدار الذي يمكن ان يفترض افتراض معقول بأن المدين قد ارتضى ويكون هذا الافتراض المعقول، وعليه فقد نشأت قاعدة قصر التعويض على المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم[٣].

والقانون المدني العراقي نص على التعويض عن الضرر المادي، اذ جاء في المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام (١٩٥١)، المعدل انه: (١. إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره، ٢. ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني اَخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق أو بسبب التاَخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو التاَخر عن الإيفاء به ٣. فإذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت)

---

[١] د.رمضان خضر شمس الدين، مصدر سابق، ص١٢٦. بركات عماد الدين، مصدر سابق، ص١٩.

[٢] ينظر الفقرة (١) من المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)

[٣] د.السنهوري، ج١، المجلد(١) مصدر سابق، ص٩٤٣. بن عاطي مراد مصدر سابق ص١٦١.

وعليه فأن المشرع العراقي اوجب على المركز الطبي تعويض الاضرار نتيجة الاخلال بالالتزام فالأصل يلتزم المدين في مجال المسؤولية العقدية بتعويض الضرر المباشر المتوقع الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، اما في المسؤولية التقصيرية فيلزم المسؤول بالتعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع[١].

ويلتزم المركز الطبي بتعويض الضرر المتوقع ، لان كل من المركز الطبي والزوجين في اطار المسؤولية العقدية قد توقعا الضرر[٢] ومن ثم يلتزم المركز الطبي بتعويض ما توقعه من ضرر لان التعاقد قد تم على أساسه، اما الضرر غير المتوقع فلا يلتزم بتعويضه المركز الطبي الا إذا ارتكب هو أو أحد تابعيه خطأ جسيما أو غشا، والمركز الطبي يلتزم بتعويض الزوجين المتضررين عنها[٣].

اما بالنسبة للخسارة اللاحقة أو الكسب الفائت التي يلتزم بها مرتكب الخطأ[٤] فيرى الباحث انه يمكن مطالبة المركز الطبي عن الكسب فائت في الضرر الناتج عن الخطأ في تحديد الجنس، إذ إن الخطأ في عملية تحديد الجنس في عدم تحديد الجنس بصورة صحيحة اما يكون نتيجته اختيار جنس غير مرغوب فيه بالنسبة للزوجين أو عدم اختيار أي جنس أصلا نتيجة اتلاف البويضات، ومن ثم فان الام قد تكون عاملة أو موظفة وتضطر إلى ترك عملها أو وظيفتها مدة الحمل وعليه فيمكن قياس الكسب الفائت أو الخسارة اللاحقة لهذا الخطأ في بعض الاحيان.

والتعويض عن الضرر المادي الذي يصيب أو يلحق بالمضرور أو ورثته وينتقل الحق في التعويض إلى الورثة بعد وفاة المضرور، اما فيما يخص الحق في التعويض عن الضرر الادبي فأنه لا ينتقل إلى ورثته الا إذا ما تم تحديد مقداره بموجب اتفاق أو حكم قضائي. كما أشار إلى ذلك المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري.

فلذا ان من حق الابوين ان يطالبوا عن الضرر الذي يصيب الجنين مثل العاهة المؤقتة أو المستديمة أو التشوهات أو العوق بسبب إصابة بيوضهما لدى بنوك الاجنة ان يطالبوا بالتعويض نتيجة

---

[١] مزيد من التفاصيل ينظر د.عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢٢٧.

[٢] فريحة كمال، مصدر سابق، ص٣٢٣ـ٣٢٤.

[٣] بن عاطي مراد، مصدر سابق، ص١٦١.

[٤] فريحة كمال، مصدر سابق، ص٣٢٣ـ٣٢٤.

اتلافهم لجنينهم المجمد، بسبب خطئهم في طريقة الحفظ لما يترتب على الابوين من اضرار مادية قد تتمثل بالأضرار الجسدية التي قد تسببها عمليات سحب البويضات أو انتزاعها، وما قد يرافق ذلك من جرعات تحديد وادوية منشطة إضافة إلى الاضرار المالية التي يتكبدها الابوين لهذا الغرض.

وحق التعويض يكون ثابتاً لكل مضرور إذا ما تعدد المضرورين بسبب ارتكاب خطأ واحد، فأن لكل من الابوين الحق في تعويض مستقل عن الاخر، وان الضرر الذي يصيب الاب يختلف عن الضرر الذي يصيب الام عند إصابة الجنين بعوق أو تشوه أو موته فلم يتأثر الاب ويكون تضرره اخف خصوصاً إذا كان متزوجا اكثر من زوجة وعنده أولاد اخرين، وان الزوجة صاحبة البويضة قد يكون ضررها اشد عندما تفقد الجنين خصوصا إذا ما كانت هذه الفرصة الأخيرة في الاخصاب بسبب اصابتها بمرض معين، أو نفإذ البويضات أو غير ذلك، لذا وبهذا سوف يتفاوت أو يختلف تقدير التعويض من شخص إلى اخر[١].

ويثور تساؤل في حق الجنين في تعويضه من الضرر الذي يصيبه بعد ولادته؟

للإجابة عن هذا التساؤل فقد قرر المشرع الفرنسي واعطى الحق به للشخص الذي يولد معاقا المطالبة بالتعويض عن الإعاقة التي حدثت له بسبب خطأ الطبيب وسواء صدر الخطأ من الطبيب أو الاخصائي أو من المهن الطبية أو قد يكون السبب هو الامتناع عن اتخإذ التدابير اللازمة للتقليل من حدة الإعاقة إذ نص على ما يلي: (لا أحد يستطيع ان يتذرع بالضرر من مجرد واقعة ولادته، يستطيع الشخص الذي يولد معوقا من جراء خطأ طبي ان يحصل على تعويض عن ضرره عندما يكون الخطأ قد سبب الإعاقة مباشرة أو زاد من حدتها، أو لم يسمح باتخإذ التدابير التي من شانها تخفيضها)[٢].

وعندما تنشأ مسؤولية المركز الطبي امام الزوجين الذي قد ولد لهما جنين مع عوق لم يكتشف اثناء فترة الحمل على اثر خطأ طبي مثبت في هذه الحالة يستطيع الوالدان المطالبة بالتعويض[٣].

---

[١] مشتاق عبدالحي عبد الحسين بدر، مصدر سابق، ص١٩٤.

[٢] ينظر المادة(١١٤ ٥) من قانون العمل الاجتماعي والعائلات النافذ رقم (١٢٤٩_.٢٠٠٠) في ٢١ كانون الثاني\٢٠٠٠ والمعدلة بالمادة (٢. ت\١١) من القانون رقم (٢٠٠٥.١٠٢) في ١١ شباط ٢٠٠٥، أشار اليه. مشتاق عبد الحي عبد الحسين، المصدر السابق، ص١٩٤

[٣] مشتاق عبد الحي عبد الحسين بدر، المصدر السابق، ص١٩٤_١٩٥.

فيسأل مرتكب الخطأ الطبي في المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع عند التعاقد، اما في المسؤولية التقصيرية فيسأل عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، ألا إن ذلك من الصعب تطبيقه في المسؤولية الطبية بشكل خاص وفي المسؤولية المهنية بشكل عام، فمسؤولية الأول تتعدى الاضرار التي من الممكن توقعها عند ابرام العقد، وذلك من منطلق الاستقلال والحرية اللذان قد يتمتع بهما الطبيب اثناء ممارسته مهنة الطب لصالح مريضه مما يجعله مسؤولا عن أي تقصير أو إساءة استغلت هذا الاستقلال أو هذه الحرية، وهذا ما يفرض تحمله لكافة الاضرار الناتجة ومنها تلك الاضرار التي لم يكن بالإمكان توقعها أو التي يتم توقعها عند ابرام العقد[١].

ثانياً: التعويض عن الضرر الادبي:

ان التعويض عن الضرر لا تثور فيه مشاكل بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي، اما بالنسبة للضرر الادبي فأنه قد ثار فيما مضى الخلاف حول امر التعويض المالي عن الضرر الادبي، وذلك لان التعويض الادبي عن هذا الضرر الادبي لم يكن يثير صعوبة، لأنه كان يقضي غالبا بالنشر في الصحف أو الاعتذار الكافي[٢].

نص المشرع المصري على الضرر الادبي في المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري على انه يشمل التعويض الضرر الادبي أيضا، وقد اكد شمول الاضرار الأدبية الناتجة عن المسؤوليتين سواء كانت عقدية ام تقصيرية بالتعويض ايراد هذه المادة ضمن المبادئ العامة في القانون المدني المصري[٣].

والضرر الادبي قد يصيب المضرور الضرر في مصلحة غير مالية كشعوره النفسي أو حرمانه من مظهره الجمالي أو حرمانه من متع الحياة وشعوره بالنقص مما يستوجب التعويض[٤].

وقد نص المشرع العراقي على التعويض عن الضرر الادبي وذلك في المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي وهو في نطاق المسؤولية العقدية اما في نطاق المسؤولية التقصيرية ففيه خلاف وإن معظم

---

[١] مالك حمد محمود أبو نصير، مصدر سابق، ص٢٠٢_٢٠٤.

[٢] محمد عبد القادر العبودي، مصدر سابق ص١٤٧.

[٣] سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص١٨١. وكذلك انظر نص المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

(٤) محمود موسى دودين، مصدر سابق، ص١٣٩.

الفقه يرى ضرورة شمول التعويض عن الضرر الادبي في حالة الاخلال بالالتزامات العقدية، فليس هناك ما يمنع ضرورة التعويض عنه(١).

اما المشرع الفرنسي فقد اشار الى التعويض عن الضرر النوعي وعرف الضرر النوعي بانه مجموعة من الاضطرابات التي تصيب حياة المريض الشخصية والاجتماعية والتي تؤدي الى حرمانه من مباهج الحياة وذلك في المادة ٤١ من قانون الصحة الفرنسي اذ نص على ان حق التعويض للضرر النوعي هو حق اساس وجوهري يضمن الحياة الكاملة ويكون من خلال تعويض عادل ومن ثم يمكن تطبيق هذا النص على تحديد جنس الجنين من خلال حرمان المركز الطبي للزوجين من مباهج الحياة بتحديد الجنس المطلوب

الفرع الثالث

دفع المسؤولية للمركز الطبي

تنتفي مسؤولية المركز الطبي في حال حصل الخطأ قد حدث نتيجة قوة قاهرة، بأن يتعرض لحادث خارجي لا يمكن توقعه من قبل المركز الطبي أو تفادي اثاره، فإذا اثبت ان المركز الطبي كان من المستحيل عليه اتخاذ التدابير لمنع وقوع الضرر فلا يعد مسؤولا، كما ان المركز الطبي لا يسأل وحده عن تعويض الضرر الذي أصاب الزوجين في الحالات التي يشترك فيها المركز الطبي مع الزوجين في احداث الضرر، كما تنتفي مسؤولية المركز الطبي في حال حدث الهلاك نتيجة فعل الزوجين نفسه أو فعل الغير بشرط ان يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في احداث الضرر غير المتوقع، ولم يكن في الوسع دفعه و يمكن للمركز الطبي الدفع بعدم المسؤولية عن الاخلال بالالتزام بضمان تحديد جنس الجنين في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو ان يثبت ان خطأ الزوجين قد تسبب في احداث الضرر فيمكن ان يعفى المركز الطبي من المسئولية إذا اثبت عدم إمكانية توقع السبب الأجنبي واستحالة دفعه، إذ يكون المركز الطبي مسؤولا عما يلحق الزوجين اثناء تنفيذ عقد تحديد جنس الجنين من اضرار، ولا ترتفع هذه المسؤولية الا إذا اثبت المركز الطبي ان الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ الزوجين أو خطأ الغير، وعليه سنتناول دراسة هذه الحالات التي تنتفي فيها مسؤولية المركز الطبي على النحو الاتي:

---

(١) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، ود.محمد طه البشير، ج١ مصدر سابق، ص٢٤٨-٢٤٩، فريحة كمال، مصدر سابق، ص٣٠٤.

أولا: الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية:

يمكن لطرفي العقد الطبي بوصفهما اللذان حددا بإرادتيهما الالتزام ان يتفقا على الاعفاء من المسؤولية في حالات معينة[١].

ونلاحظ ان بعض انواع العقود مثل عقد (مركز طيبة للإخصاب الصناعي) يتضمن شرط عدم مسؤولية المركز في حال عدم انقسام الاجنة أو عدم وجود الجنس المرغوب، وهو بهذا الشكل يعفي نفسه من المسؤولية العقدية بناء على هذا الشرط، ويجرد نفسه من تعويض الزوجين الا بمبلغ زهيد لا يقارن بمبلغ قيمة العقد الاصلي[٢]، ألا إنه نلاحظ ان هذا الشرط يتضمن تعسف من ناحية حقوق المركز الطبي تجاه الزوجين، إذ يجب ان يكون هنالك مسؤولية تضامنية في حالة حدوث هذه الاسباب، ويمكن ادراج شروط تخفف من وطئة هذه الحالات كشرط اعادة العملية على حساب المركز الطبي، أو التخفيف من ثقل المبلغ الذي قد خسره الزوجين في حالة استحالة اعادة العملية.

ويرى الباحث ان المشكلة في حالة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية، إذ إن المركز الطبي يسعى إلى ايراد شرط الاعفاء من المسؤولية كأحد بنود العقد، ألا إنه يمكن ملاحظة ان هذا الشرط وان ورد في العقد فأنه لا يعفي المركز الطبي عن مسؤوليته التقصيرية وان اتفق عليه الطرفان، ومن ثم يفضل للزوجين الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية التقصيرية بالنسبة لهذا الشرط.

ثانياً: القوة القاهرة والحادث الفجائي:

تعرف القوة القاهرة بانها كل حادث خارجي لا يمكن توقعه من قبل المركز الطبي أو تفادي اثاره، فإذا اثبت أن المركز الطبي كان من المستحيل عليه وعلى تابعيه اتخاذ التدابير الضرورية لمنع وقوع الضرر فلا يكون مسؤولا، اما الحادث الفجائي فعرف بأنه امر يتصل بنشاط المركز الطبي، ويرى البعض من الفقه

---

[١] احمد نعمة العادلي، مصدر سابق، ص٣٤٧. وينظر قريب من ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ مايو (١٩٩٨) عندما أصدر القضاة معيارًا جديدًا يعتمد على خطورة الخطر، لذلك كان لا بد من إبلاغ الطبيب لمريضه بخطر جسيم، لأن المريض سيكون في وضع أفضل لاتخاذ القرار من خلال مقارنة الحلول فيما يتعلق بجميع المخاطر المحتملة الخطيرة التي قد تحدث، وقبل كل شيء سيحمي الطبيب نفسه من دعوى المسؤولية عن الخطأ في نقل المعلومات.

[٢] ان قيمة المبلغ المرجع تصل إلى (٢٠٠$) من اصل حوالي(٦٠٠٠$) وهو قيمة المبلغ الاجمالي للعملية.

انهما مترادفين يقصد بهما امر غير متوقع حصوله وغير ممكن تفاديه يجبر الشخص على الاخلال بالالتزام[١].

وتنفي القوة القاهرة مسؤولية المركز الطبي عن الاضرار التي تلحق بالزوجين بتحقق شروطها، وذلك ان يكون الحادث غير متوقع، وان يكون الحادث مستحيل الدفع إذ لا يستطيع المركز الطبي تلافي اثاره ولم يتفق الفقه على عد الحادث الفجائي كالقوة القاهرة، إذ اتجه رأي إلى ان الحادث الفجائي يعد سبباً اجنبياً، ولكن بشرط عدم توقعه من قبل اطراف العقد، وان يكون الحادث مستحيل الدفع بحيث لا يستطيع المركز الطبي تلافي اثاره، وهو يعفي المركز الطبي من المسؤولية كالقوة القاهرة، واتجه رأي إلى ان الحادث الفجائي لا يمكن ان يعفي المركز الطبي من المسؤولية حتى وان لم يكن متوقعا أو غير ممكن السيطرة عليه إذ يختلف عن القوة القاهرة من حيث اثر كل منهما في المسؤولية، فالقوة القاهرة يمكن ان تعفي المركز الطبي من المسؤولية. إذا كان عدم تحديد جنس الجنين بسبب اجنبي وهي الحالة التي يكون فيها عدم تحديد جنس الجنين بسبب اجنبي لا دخل لارادة المدين فيه سواء أكان راجعاً إلى فعل الغير أو للقوة القاهرة كما الكوارث الطبيعية[٢].

ثالثا: خطـــأ الزوجيـــن:

يعد خطأ الزوجين من ضمن الأفعال التي تنفي مسؤولية المركز الطبي، ويستطيع المركز الطبي أعفاء نفسه من المسؤولية إذا اثبت ان الضرر الذي لحق بالزوجين ناتجاً عن فعل هذا الأخير، وكان السبب الوحيد في الضرر، سواء أكان هذا الضرر نتيجة تعمد الزوجين الحاق الضرر بنفسه ام كان نتيجة اهماله[٣].

فخطأ الزوجين إذا ساهم وحده في احداث الضرر فتنفي مسؤولية المركز الطبي كليا عن تعويض الضرر، اما إذا ساهم خطأ الزوجين مع خطأ المركز الطبي أو كان الضرر لا يرجع اليه وحده ، فتعد مسؤولية المركز الطبي جزئية، وتطبق قواعد الخطأ المشترك، فإذا كان الخطأ مشتركا التزم المركز الطبي بتعويض جزئي وفقا لقواعد الخطأ المشترك فالمركز الطبي يبقى مسؤولا عن الخطأ الذي ارتكبه ولذا يلتزم

---

[١] د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٢٢٦. خالد علي جابر المرى، مصدر سابق ص٩٠.

[٢] بن عاطي مراد، مصدر سابق، ١٦٦.

[٣] احمد نعمة العادلي، مصدر سابق، ص٢٥٦.

بالتعويض الذي يقدره القاضي بحسب نسبة الخطأ واثره في الضرر، إذ إن المركز الطبي لا يعفى نهائيا من المسؤولية في حالة اشتراكه مع الزوجين بالحاق الضرر بنفسه، كما تطبق قواعد الخطأ المشترك إذا كان خطأ المدين يمكن توقعه أو من الممكن دفعه[١]

رابعاً: فعـــل الغيـــر:

يشترط لإعفاء المركز الطبي من المسؤولية عن الاخلال بالالتزام في حالة حدوث الضرر بفعل الغير ان يكون فعل الغير غير متوقع، و لم يكن في الوسع دفعه فضلا عن ان يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في احداث الضرر[٢]، إذ يمكن ان تنتفي مسؤولية المركز الطبي التعاقدية إذا اثبت ان الضرر الذي لحق بالزوجين ناتجا عن فعل الغير[٣].

ويعد الغير أي شخص اجنبي عن المركز الطبي، ويعد الغير مسؤولا وحده وفقا لقواعد العامة فإذا ارتكب خطأ لم يكن متوقعا ولم يكن باستطاعة المركز الطبي دفعه وأدى إلى ضرر يصيب الزوجين ومن ثم تنتفي مسؤولية المركز الطبي عن اخلاله بالتزامه بتحديد جنس الجنين للزوجين، اما إذا اقترن به خطأ المركز الطبي فأنه يجوز ان يرجع عليه بجزء من التعويض الذي يؤديه للمضرور[٤].

وتطبق قواعد الخطأ المشترك إذا اشترك المركز الطبي مع الغير في احداث الضرر .

---

[١] بن عاطي مراد، المصدر السابق، ص١٦٨.

[٢] وائل تيسير عساف، مصدر سابق، ص١٠٣.

[٣] خالد علي جابر المري، مصدر سابق، ص٩٠.

[٤] فريحة كامل، مصدر سابق، ص٣٠٦.

الخاتمة

الخاتمة

بعد ان أنتهينا من جميع المراحل المتعلقة بالبحث في موضوع (**التنظيم القانوني لعقد تحديد جنس الجنين**)، فأن منهجية البحث العلمي تحتم علينا أدراج أهم ما توصلنا له من نتائج، وتقديم عدداً من المقترحات وعلى النحو الآتي:

أولا: النتـــائـــج:

١. ان عقد تحديد جنس الجنين هو عقد اذعان لان المركز الطبي يستقل بتحديد شروطه مع بيان مبلغ اجمالي لكل خدمة من الخدمات التي يتضمنها، اما الطرف الثاني وهما الزوجين فليس امامهما سوى القبول أو الرفض، ولا يغير من وصف العقد بأنه في الأصل هو عقد رضائي الاختلال في المساواة الفعلية بين طرفي العقد سواء كان الاختلال في العلم و الدراية.

٢. اختلف الفقه في مدى مشروعية هذا العقد ، إذ ذهب اتجاه الى موافقة هذا العقد للشريعة الاسلامية تحت ذريعة الضرورة التي تبيح للزوجين الالتجاء الى تحديد جنس الجنين وعارضه اخر لاسباب منها انه يؤدي إلى اختلال توازن المجتمع، وأن ذلك الاختيار أو الرغبة في اختيار الجنس الذكري كونه قادرا على العيش وأداء الكثير من الوظائف سيؤدي إلى تناقص جنس الاناث، وبالتالي عدم حفظ الجنس البشري وهذا يعتبر عبث بنظام الخلق ويؤدي إلى اختلال التوازن بين الاناث والذكور.

٣. يلاحظ ان المراكز الطبية تشترط وجوب تمام الاجر حتى وان لم تكمل العملية لسبب يعود للزوجين، ونلاحظ ان طريقة نشأة الجنين سواء كان التحديد داخل الرحم أو خارجه لا تؤثر على الاجر، فلا تميز بين جنين ينشأ داخل الرحم وآخر ينشأ في أنبوب الاختبار، لأن اصل تكوين كل منهما تم عن طريق اتحاد نواة الحيوان المنوي للرجل مع نواة بويضة.

٤. يلاحظ ان المراكز الطبية تشترط وجود بند عدم الضمان لدفع مسؤوليتهما العقدية والتقصيرية فنلاحظ ان مسؤولية الضامن هي مسؤولية مدنية لا جزائية كون الجزاء ينصب كليا على الذمة المالية للملتزم وانشغال الذمة بالتعويض عن التلف والاتلاف في الأموال. ويلاحظ ان شرط الاعفاء من المسؤولية، يضر بمصلحة الزوجين على الرغم من توقيع العقد، للحصول على موافقة الزوجين على اجراء العملية،

والهدف منه منعهما من حق كفله الدستور لأي مواطن وهو حق التقاضي، وان القضاء العراقي اعتبر ان هذه الشروط هي مناقضة للقانون وغير صحيحة .

٥. يقع على الطبيب تبصير مريضه بموجب العقد الطبي بالمعلومات الضرورية التي تسمح للمريض باتخاذ القرار النهائي بالرفض أو الموافقة، ولا يعتد بالرضا الا إذا كان صادرا عن إرادة واعية وهذا بدوره يلزم الطبيب في ان يكون قد بصر المريض واعطاه المعلومات الكافية عن حالته الصحية.

٦. يعد الالتزام الواجب على المركز الصحي في عملية تحديد جنس الجنين هو التزام تحقيق غاية، كونه يصب في نجاح عملية تحديد جنس الجنين وان التزام الطبيب المختص بتحديد جنس الجنين يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة في المسائل المتعلقة بأجراء التحاليل الطبية السابقة للعملية.

٧. يشترط لإعفاء المركز الطبي من المسئولية عن الإخلال بالالتزام في حالة حدوث الضرر بفعل الغير أن يكون فعل الغير غير متوقع، ولم يكن في الوسع دفعه، فضلاً عن أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، إذ يمكن ان تنتفي مسؤولية المركز الطبي التعاقدية إذا أثبت أن الضرر الذي لحق بالزوجين ناتجاً عن فعل الغير

٨. يعد عقد تحديد جنس الجنين من العقود الرضائية فيكفي لانعقاده مجرد تبادل ارادات طرفيه واقتران القبول بالإيجاب، إذ لا يشترط الكتابة لانعقاده فيمكن اثباته بطرق الاثبات كافة، فأن كان المركز الطبي قد اشترط كتابة العقد فأن ذلك لا يحول دون رضائية العقد، لان اثبات العقد لا لانعقاده هذا من جانب، ولا في حالة اتخإذ العقد صورة النموذج المطبوع المعد من قبل المركز الطبي ليقتصر دور الزوجين على التوقيع من جانب اخر.

٩. ان عملية تحديد الجنس تؤثر تأثيرا مباشراً على توزيع الإرث وتحديد نصيب الورثة من التركة فإذا كان الجنين ذكرا فانه يأخذ ضعف حصة البنت ويزداد الإرث تأثيرا في حالة حصول حمل لعدة اجنة ذكور.

١٠. ان قصد العلاج الذي يعد شرطا أساسيا للعقد الطبي عموما يختلف في عقد تحديد جنس الجنين، إذ لا يشترط ان يكون هناك علاجا من هذا العقد ،فالزوجيان يبغيان فقط تحديد الجنس المرغوب به ومن ثم لا يتضمن قصد العلاج.

ثانيا: المقتـــرحـــات:

١. ندعوا المشرع العراقي إلى تنظيم هذا العقد لأهميته ووضع إطار قانوني لعقد تحديد جنس الجنين وان يكون هذا العقد عقد مدني و اعتبار هذا العقد عقد اذعان، وان الزوجين هما الطرف المذعن والمركز الطبي هو الطرف المذعن له، وعليه يجب توفير نوعا خاصا من صور الحماية للطرف المذعن سواء بفرض ضرورة اعلام الطرف المذعن بكل المعلومات الضرورية حول العقد من جهة، فضلا عن مواجهة شروط العقد التعسفية عبر تشريع قوانين خاصة بحماية المتعاقد المذعن.

٢. نقترح ايراد المشرع العراقي تعريف عقد تحديد جنس الجنين بأنه: (العقد الذي يبرمه الزوجان مع المركز الطبي المتخصص بغرض اختيار نوع معين من الاجنة مقابل اجر معين).

٣. نقترح على المشرع العراقي النص على انه : (لا يمكن لأحد طرفي عقد تحديد جنس الجنين انهاءه بإرادته المفردة، ويجب على الطرفين تنفيذ التزاماتهما وفق البنود التي اتفقا عليها، فإذا اخل أحد طرفيه بالتزاماته قامت مسؤوليته بناء على هذا الاخلال).

٤. ندعو عدم الاعتداد بالشروط التي يوقع الزوجان عليها الزوجان في استمارة مطبوعة مسبقا تشتمل في بعض شروطها على (تعهد الزوجان بالموافقة على العملية، يوقع الزوجان بعدم مقاضاة المركز الطبي في حال فشل العملية لأي سبب كان، وانه يحتفظ المركز في رفع دعوى التشهير في حال رفع أحد الزوجين دعوى على المركز الطبي).

٥. نقترح تنظيم مدة التزام المركز الطبي من قبل المشرع العراقي وان تكون من وقت ابرام العقد إلى لحظة ثبوت تكون الجنين وهي مدة (١٢٠) يوماً من تاريخ التلقيح.

٦. نقترح ان ينص المشرع العراقي على عدم السماح على ابرام عقد تحديد جنس الجنين الا في حالات الضرورة الطبية، وان يطرح المشرع العراقي امثلة على حالات الضرورة منها اضطرار للمريض إلى حفظ حياته، ووجود حالات صحية يكون فيها ضرر كبير أو مشقة شديدة جدا تضفي على العملية الطبية مسألة الاباحة وأن يكون هناك مانع وراثي أو وجود مرض معين في بعض الجينات دون أخرى ومن ثم نقترح على المشرع العراقي ان ينص على انه (يحظر انتقاء النوع أو النسل الا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين

٧. ندعو المشرع العراقي ان يشترط لأبرام عقد تحديد جنس الجنين ان يبلغ الراغبين في تحديد الجنس سن معين وهو سن الانجاب، وذلك لتحقيق الهدف من عقد تحديد جنس الجنين، ويعتمد ذلك على الحالة الصحية للزوجين على ان يراعي الطبيب وضع الطفل الذي ينتظره الزوجين بان لا يكون بين الوالدين والطفل فرقة شائعة في العمر.

٨. نقترح على المشرع العراقي إلى اعتبار عقد تحديد جنس الجنين من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فهو عقد موقوف وفق القانون العراقي وقابل للأبطال وفق القانون الفرنسي والمصري، وندعو المشرع العراقي إلى اخذ نهج القانون المصري والفرنسي في تحديد أهلية الزوجين القاصرين.

٩. ندعوا المشرع العراقي ان يحدد مدة عملية تجميد البويضات كما نص عليه المشرع البريطاني كونه كان دقيقا في تنظيم النص بتحديد المدة لأنه نبه الزوجين بأن هناك عملية تجميد ويمكنهما الاستفادة منها، لكي لا يتم التلاعب بالأجنة بطريقة غير شرعية وهذا يؤدي إلى امرأ خطير وهو اختلاط الانساب

١٠. ندعو المشرع العراقي إلى تحديد الالتزامات و تحمل التكاليف المالية التي يتطلبها برنامج الاخصاب خارج الجسم وتحمل التكاليف المالية التي تنتج عن أي مضاعفات وتسديد جميع الالتزامات المالية غير منقوصة في حالة عدم نجاح المحاولات المشمولة في البرنامج، وان يحق للزوجين المطالبة باستردادها فيما لو ثبت عدم صحتها.

١١. نؤيد مقترح أحد الباحثين في ايراد نص يتضمن ما يلي (على الطبيب ان يبصر مرضاه بطريقة ملائمة في مرحلة التشخيص الطبي بحالته).

١٢. نقترح اعادة صياغة المادة (١) الفقرة سادساً من قانون العراقي الخاص بالمعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة لتكون بالصيغة الاتية: (أجراء البحوث على الاجنة وتجميدها بما لا يتنافى مع احكام الشريعة الإسلامية وحق الزوجة صاحبة البويضة والزوج صاحب الحيمن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبويه الشرعيين)، وذلك للدلالة على ان التجميد للأجنة، واستبدال كلمة المرأة والرجل بالزوج والزوجة للدلالة على ان العلاقة بين الزوجين مشروعة.

١٣. نقترح توفير اكثر حماية للزوجين من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية على هذا العقد لأنها تكون أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية، مع مراعاة خصوصية عقد تحديد جنس الجنين، وهي الخيار بين المسؤولتين التقصيرية والعقدية بالنسبة للمريض في حالة مخالفة المركز الطبي لالتزام

ناشئ عن العقد ويفرضه القانون كالالتزام بفحص سلامة الزوجين من الامراض الوراثية، اما بالنسبة للالتزامات التي يحددها العقد فهي تخضع للمسؤولية العقدية.

١٤. ندعو المشرع العراقي إلى النص على عدم سماع دعوى التعويض الناشئة عن مسؤولية الأبوين عند الإضرار بالجنين بسبب خطأهما باختيار المركز الطبي، سواء اكان سببه الإهمال والرعونة الذي يصدر من الأم ويؤدي إلى الإضرار بجنينها ام الخطأ السلبي، لان المطالبة بالتعويض من الأبوين قد يؤدي إلى ضياع العطف أو الحنان بين الابن وأبويه وبالتالي يكون التعويض ليس له معنى.

١٥. يرى الباحث ان تحديد الضرر في عقد تحديد جنس الجنين يمكن قياسه بالنظر إلى النتيجة المتوقعة من العقد، إذ إن فشل عملية التحديد يؤدي إلى ضرر للزوجين وهو يكون ضرر مالي يتجسد في التكاليف التي يتكبدها الزوجين والوقت الذي يفوت من دون نتيجة في تحديد الجنس المطلوب، فضلا عن الضرر الادبي الناتج عن الاذى المعنوي الذي يصيب الزوجين والذي قد يكون في بعض الاحيان اكبر من قيمة الضرر المادي لاسيما في حالة الزوجين الاجتماعية الذين ينتظرا ان يكون الجنين ذكرا مقابل كبر سنهما أو اصابتهما بمرض ما.

١٦. نقترح على المشرع العراقي منح الشخص الذي يولد معاقاً بسبب خطأ طبي الحق في المطالبة بالتعويض عن تلك الإعاقة التي حدثت ، سواء كان الخطأ بفعل الطبيب أو ٠يره من المهن الطبية أو كان سبب الامتناع عن اتخاذ التدابير اللازمة للتقليل من حدة الإعاقة، وان يكون النص على ما يلي: (يستطيع الشخص الذي يولد معوقا من جراء خطأ طبي أن يحصل على تعويض عن ضرره عندما يكون الخطأ قد سبب الإعاقة مباشرة أو زاد من حدتها، أو لم يسمح باتخاذ التدابير التي من شانها تخفيضها).

المصادر والمراجع

المصـــادر

- **القران الكريم**

اولا: معاجم اللغة:

١. جرجي شاهين، المعتمد، قاموس عربي_عربي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠.

٢. مجدي الدين الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٣. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٧.

٤. محمد بن احمد، شرح ثلاثيات مسند الامام احمد، اعتنى به وخرجه احمد فريد المزيدي، عادل بن سعد، مجلد(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

ثانياً: مصادر الفقه الاسلامي:

١. السيد علي الحسيني السستاني (دام ظله) ، منهاج الصالحين، ج(١).

٢. السيد علي السيستاني (دام ظله)، المستحدثات في المسائل الشرعية، مؤسسة الامام علي، لندن، ١٩٩٦.

ثالثاً: كتب الفقه الاسلامي الحديث:

١- د.حاتم امين محمد عبادة، التحكم في جنس الجنين بين النظريات الطبية والاحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠ .

٢- د.صاحب محمد حسين نصار، فقه الطب، دراسة مقارنة في الاحكام الشرعية لبعض المسائل الطبية، ط١، الشؤون الفكرية والثقافية، العراق، ٢٠١٨.

٣- د.محمد رأفت عثمان، المادة الوراثية _الجينوم "قضايا فقهية"، مكتبة وهبة، بلا سنة طبع.

٤- د.محمد سعيد الحكيم، فقه الاستنساخ البشري والخلايا الجذعية وفتاوى طبية، الطبعة السادسة، دار الهلال، قم المقدسة، ٢٠١٣.

٥- د.محمود سعد شاهين، أطفال الانابيب بين الحضر والاباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.

رابعاً: الكتب القانونية:

١- د.أحمد السعيد الزقرد، الروشيتة (التذكرة) الطبية بين المفهومين القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢- د.احمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٣. د.أحمد شرف الدين، هندسة الانجاب والوراثة في ضوء الاخلاق والشرائع، المكتبة الاكاديمية، القاهرة، ٢٠٠١.

٤. ==========، مسؤولية الطبيب_ مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، ١٩٨٦.

٥. د.احمد شوقي عبد الرحمن ،المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام ، بلا دار نشر، ٢٠٠٨.

٦. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، ٢٠١٦، دار النهضة.

٧. د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥.

٨. د.ايمن مصطفى الجمل، اجراء التجارب العلمية على الاجنة البشرية بين الحضر والاباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠.

٩. د. بركات عماد الدين ، التعويض عن الضرر الطبي والتامين من مسؤولية الأطباء ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٧.

١٠. د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، مؤوسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨١.

١١. د.جعفر عبد الأمير الياسين، الإجهاض في القوانين العراقية(دراسة قانونية اجتماعية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٢. جون ويليامز،الاخلاقيات الطبية، ترجمة محمد الصالح بن عمار، بمراجعته عبدالسلام بن عمار، اصدار جمعية الطب العالمية، تونس، ٢٠٠٥.

١٣. حسن زكي البراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجمعيات العربية، ١٩٥١.

١٤. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ط ١، مطابع الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦.

١٥. د.حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل واثبات النسب في صور الأخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦.

١٦. د.خالد عبد العظيم، الاثار المترتبة على استخدام الهندسة الوراثية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.

١٧. د. خالد مصطفى فهمي، ، النظام القانوني لاجراء التجارب الطبية وتغير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية ،(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٤

١٨. خليل إبراهيم محمد ، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

١٩. رجب كريم عبد الله، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٩ .

٢٠. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، الاستنساخ وتداعياته، دراسة مقارنة، ط٢، ٢٠٠٠.

٢١. د.رمضان خضر شمس الدين، التنظيم القانوني لعقد العلاج الطبي، في التشريعات العربية والتشريع الفرنسي المقارن، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة، ٢٠١٩.

٢٢. د.رمضان محمود أبو السعود د. حسين منصور، المدخل الى القانون، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.

٢٣. ==========، مصادر الالتزام، ط١، الفتح للطباعة والنشر، ٢٠٠٣.

٢٤. د.رنا محمد راضي، دور الإدارة في منح الاجازه الاستثمارية والغاؤها (دراسة قانونية مقارنة)، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦.

٢٥. د.سليمان عبدة القريشي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الاردني، دراسة مقارنة، بلاسنة طبع.
٢٦. د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني_ الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية_ الاحكام العامة، ط٥، ١٩٩٢.
٢٧. د.سمير عبد السيد تناغو. مصادر الالتزام ،ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٩
٢٨. د.سميرة حسين محيسن ،رضاء المريض في الاعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٢٩. ==========، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها_دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، ٢٠١٦.
٣٠. د.سهير منتصر، الالتزام بالنصيحة، دار النهضة ،القاهرة، بلا سنة طبع.
٣١. د.صباح صادق جعفر الانباري، مجلس شورى الدولة، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠٠٨.
٣٢. د. طه عثمان ابو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الاخطاء الطبية في مجال التوليد، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤.
٣٣. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات العراقي، ط٢، دار الثقافة، ١٩٧٠.
٣٤. عباس حسين مغير الربيعي، مدخل الى علم الوراثة، ط١، الدار المنهجية للنشر والتوزيع، ٢٠١٦.
٣٥. د.عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، الناشرالقاهرة، مصر، ٢٠٠٤.
٣٦. ==========، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٣٧. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني،ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٣٨. ==========، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠.

٣٩. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.

٤٠. د.عبداللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، ط٢، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٨٧، ص٩٥.

٤١. د.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية_دراسة مقارنة بين القوانين المدنية ومشروع القانون المدني الموحد مع الاشارة الى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العالمية، بيروت، ١٩٧١.

٤٢. د.عطا عبد العاطي السنباطي ، بنوك النطف والاجنة ،دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠١٥.

٤٣. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

٤٤. د.علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٠.

٤٥. د.عدنان العابد د.يوسف الياس ، قانون العمل ، شركة العاتك ، بغداد، بدون سنة طبع

٤٦. قتيبة جلولاء شنين، الخطأ المهني وأثره في تحقيق المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع العراقي_دراسة تحليلية معززة بالقرارات القضائية،بلا دار نشر، ٢٠١٨.

٤٧. د.مأمون عبد الكريم ، رضاء المريض عن الاعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٤٨. د. محمد ابراهيم، القانون البحري والجوي، ط١، دار الجامعة، بلا سنة نشر، القاهرة .

٤٩. د.محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط١، سلسلة محاضرات جامعة ميسرة، ٢٠١٠.

٥٠. د.محمد المظفر، نظرية العقد، دار حافظ للنشر، جدة، ٢٠٠٢.

٥١. محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية لكلاً من الاطباء والجراحين، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.

٥٢. د.محمد سعد خليفة ، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين (دراسة لحق الجنين في التعويض)، بلا دار نشر، مصر، بلا سنة طبع.

٥٣. د.محمد سعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠١٥.

٥٤. د.محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٠.

٥٥. د.محمد محمد احمد سويلم، مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الاعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٥٦. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،٢٠٠٣.

٥٧. د.محمود سمير العووادة، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في مجال نقل الأعضاء البشرية، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، ٢٠١٢.

٥٨. د.محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في مصادر الالتزام ، ج١ ، ١٩٩٧.

٥٩. د.مصطفى احمد الزرقا، عقد البيع، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢.

٦٠. د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بأراء الفقه واحكام القضاء، ط١، منشورات ئاراس ، ٢٠٠٦.

٦١. د.منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والاوربية والامريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٦٢. د.هشام عبد الحميد فرج ، الاخطاء الطبية ، دار الفجر، القاهرة، ٢٠٠٧.

٦٣. د.هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠١١.

٦٤. د.وفاء حلمي ابو جميل، الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة الفكرية ، القاهرة، ١٩٨٧

٦٥. د. يوسف جمعة يوسف الحداد ،المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، سنة ٢٠٠٢.

خامساً: الابحاث:

١. د.أحمد محمود حسين ود. زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، مجلد (٨) السنة الحادية عشر، العدد (٣٠)، ٢٠٠٦.
٢. اكرم محمود حسين، مسؤوليه الطبيب المدنية عن افشاء السر الطبي، بحث منشور في مجلة اداب الرافدين، تصدر عن كلية الاداب_ جامعة الموصل، العدد (٢٦)، ١٩٩٤.
٣. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلام والحذر في عقد المقاولة (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلة تصدر عن كلية القانون_ جامعة الموصل، العدد ١٣، السنة، ٢٠٠٢.
٤. د. حسن محمد كاظم المسعودي، الأساس القانوني لعمليات نقل الدم ، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، مجلة قانونية علمية فصلية تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء المجلد الأول، ع(٢)، ٢٠٠٩ .
٥. د. خالد بن حمد الجابر، التأصيل الطبي للضرورة الطبية من وجهة نظر طبية حسب قواعد الشريعة الإسلامية، ورقة بحث مقدمة لندوة القواعد الفقهية المنعقد في الرياض، ١٤٢٩هـ .
٦. د. ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية ، مجلة تصدر عن كلية القانون _جامعة تكريت، العدد (٥)، السنة (٢) .
٧. د. زينة غانم العبيدي، د. يسرى وليد إبراهيم ، مشروعية عقد تحديد جنس الجنين، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ،تصدر عن كلية الحقوق_جامعة الموصل، المجلد (١٧)، العدد (٦١)، السنة (٢٠١٩) .
٨. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مشتاق عبد الحي عبد الحسين، اثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، تصدر عن كلية القانون_جامعة بابل، العدد الثاني / السنة التاسعة، ٢٠١٧

٩. سمية صالحي، حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي ، بحث منشور في دفاتر السياسة والقانون، مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية _جامعة قاصدي_مرباح، العدد الخامس عشر/ جوان، ٢٠١٦.

١٠. د.عبد الناصر كعدان،المسؤولية الطبيه بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، ٢٠٠٣، بحث منشور في مجلة الصراط، العدد (٢٤)، ٢٠١٢.

١١. طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب ، وبيان حكمها الشرعي، بحث منشور في مجلة دراسات ، تصدر عن علوم الشريعة والقانون_ الجامعة الاردنية، المجلد (٤١) ، العدد (١) ، ٢٠١٤.

١٢. طلال خلف حسين، العقم بين الطب و الشريعة (دراسة فقهية طبية معاصرة)، بحث منشور في مجلة كلية الفراهيدي، تصدر عن كلية الاداب بجامعة تكريت، الاصدار التاسع، المجلد (٢٧)، ٢٠١٦ .

١٣. د. عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ البشري، مجلة العلوم السياسية ، تصدر عن كلية العلوم السياسية_جامعة بغداد،العدد(٤٣)، ٢٠١١ .

١٤. د. علي فوزي إبراهيم ، مدى مشروعية أطفال الانابيب بين الفقه الإسلامي و القانون ، بحث منشور في مجلة القانون و العلوم السياسية، تصدر عن كلية القانون جامعة القادسية، العدد (٢)، المجلد (٤) ، كانون الأول /٢٠١١ .

١٥. د. فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجه نظر قانونية ، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، تصدر عن كلية الحقوق_جامعة دمشق، العدد (١)، المجلد (٢٠)، ٢٠٠٤.

١٦. فهيم عبد الاله الشايع، التصرف بالنطف والبويضات واللقائح البشرية في مجال الاخصاب الصناعي وأجراء التجارب وفقا لاحكام القانون المدني (دراسة مقارنة في التشريع المصري والأردني)، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الاردنية، المجلد(٤٥)، العدد (٤)، ٢٠١٨ .

١٧. د. محسن عبد الحميد البيه، الالتزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الانستانية والأخلاقية والأعمال الفنية، بحث منشور في العدد الخاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، ١٩٩٨

١٨. محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراة الأعضاء ، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد (١٧)، المجلد (٧)، ١٩٩٠ .

١٩. نافع تكليف مجيد، الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية / جامعة بابل ، العدد (٣٧) ، شباط ٢٠١٨.

٢٠. هناء موزان ظاهر، التكييف الشرعي والقانوني لعمليات التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز البحوث والدراسات الاسلامية، العدد (٣٥)، المجلد (٢).

٢١. د.ياسر عبد الحميد، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشراف_ دقهلية، العدد (١٨)، المجلد (١)، مصر، ٢٠١٦

٢٢. وارتي غنية، تحديد جنس الجنين واثره على الميراث دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن تجمع قانون الاسرة_جامعة الجزائر، بلاسنة طبع.

سادساً: الرسائل والاطاريح:

١. احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، اطروحه دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_جامعة النهرين، ٢٠٠٨ .

٢. أحمد نعمة العادلي، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية النهرين للحقوق – جامعة النهرين، ٢٠٠٨.

٣. بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، جزائر، ٢٠١٩.

٤. بوخرس بلعيد، الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة مولود معمري . تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١ .

٥. بوليل اعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة اكلي محند اولحاج . البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر،٢٠١٣ .
٦. حاكم فيصل جبر سميج الجبوري ، الحماية الجنائية للجنين جراء استخدام التقنيات الحديثة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠١٥ .
٧. حيدر حسين كاظم الشمري، الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية،(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)،أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون_جامعة كربلاء، ٢٠١٤.
٨. خالد جابر المري، المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعه والقانون الكويتي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق_جامعة الشرق الاوسط في الحقوق، الاردن، ٢٠١٣ .
٩. د.زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي . دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون _ جامعة الموصل ، ٢٠٠٥.
١٠. زينة قدرة لطيف، المسئولية المدنية الناشئة عن استخدام الأدوات الطبية في القانون العراقي والقانون المقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_جامعة المنصورة ، ٢٠١٥.
١١. سعاد جاسم محمد، عقد اجارة الرحم ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٣.
١٢. عباس هاني حمزة ، تقنيات الاخصاب الخارجي في بعض اللبائن، بحث مقدم لنيل درجة الدبلوم العالي في الكلية التقنية، هيئة التعليم التقني_المسيب، بابل، ٢٠٠٨.
١٣. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله ، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_جامعة القاهرة، القاهرة ، ١٩٩٤.
١٤. على احمد لطف الزبيرى ، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي ، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_جامعة عين الشمس، مصر،٢٠١١.
١٥. فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الامام الاوزاعي للدراسات الاسلامية، بيروت، ٢٠٠١.
١٦. فريدة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة مولود معمري_تيزي وزو، الجزائر ، ٢٠١٢

١٧. قصي علي عباس الشمري، المسؤولية الجنائية عن عمليات أطفال الانابيب (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق / قسم القانون العام _جامعة النهرين، ٢٠١٥.
١٨. مالك حمد حمود ، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_ جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٨.
١٩. محمد حاتم صلاح الدين عامر، المسؤولية دولة المدنية من الاجهزة الطبية –دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_ جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٦
٢٠. محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق_ جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٢
٢١. محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن اعماله المهنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزنت، فلسطين، ٢٠٠٦.
٢٢. مشتاق عبد الحي عبد الحسين ، التنظيم القانوني للانتفاع بالأجنة البشرية . دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٦.
٢٣. نسرين محسن نعمة الحسيني ، الحماية الجنائية للأطباء(دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية القانون_جامعة بابل ، ٢٠١٥ .
٢٤. الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن اضرار البدائل الصناعية الطبية أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة اسيوط، مصر، ٢٠٠٦.
٢٥. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية . كلية الدراسات العليا، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٨

سابعاً: القوانين:

١. القانون المدني الفرنسي الصادر في ٦/١٢ /١٨٠٤ .
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل
٤. قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤ .

٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
٦. قوانين و تشريعات مزاولة مهنة الطب الصيدلة (٤٠) لسنة (١٩٧٠)
٧. قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)
٨. قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة (١٩٨١) .
٩. قانون وزارة الصحة رقم (١٠) لسنة ١٩٨٣ .
١٠. قانون نقابة الأطباء العراقي رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ المعدل .
١١. قانون احكام تقنية التلقيح الصناعي رقم (٦٥٣) لسنة (١٩٩٤)
١٢. قانون الصحة العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٠ . ٥٤٨) بتاريخ ١٥/حزيران/٢٠٠٠.
١٣. قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب رقم (١٩) لسنة ٢٠١١ .
١٤. نظام السلامة الأحيائية للكائنات الحية المحورة وراثيا ومنتجاتها رقم (٢) لسنة ٢٠١٥
١٥. قانون البحرين رقم (٢٦) لسنة (٢٠١٧) بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والاخصاب.

ثامناً: المجلات والزيارات

١. مجلة المحاماة المصرية، س١٣، ع٤، ١٩٦٢.
٢. مركز الحياة/ محافظة النجف للتخصيب وأطفال الانابيب تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/١٥
٣. مركز بغداد التخصصي للأخصاب واطفال الانابيب ٢٠ /٥/ ٢٠٢٠
٤. مركز رزان التخصصي لعلاج العقم وأطفال الانابيب ٢٥/ ٢٠٢٠/٥
٥. مركز طيبة/ محافظة بابل الخاص بأطفال الانابيب تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٤
٦. زيارة القاضي (كاظم عبدالهادي عيفان) بتأريخ ١/٣١ /٢٠٢١.

تاسعاً: الاستفتاءات

١. استفتاء لسماحة المرجع الديني الأعلى اية الله السيد علي السيستاني حول موضوع تأجير الارحام ، منشورة على الموقع الالكتروني:

httb;/Iraq.shafaqna.com تاريخ الزيارة ٢٧ /٣/٢٠٢٠ .

عاشراً: القرارات القضائية:

أ: القرارات القضائية المنشورة:

١-قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣٥) في ١٢حزيران ١٩٦٢ منشور في مجلة المحاماة الرسمية.

٢-قرار محكمة التميز رقم (٥٣٥) ٦٨ في ١٩٦٨/١١/٣٠

٣-الطعن (١١١) لسنة ٣٥ ق /جلسة ٢٦ / يونو /١٩٦٩.

٤-حكم في /٢٢ / يونيو / ١٩٦٩ / نقلا عن وائل تيسير محمد عساف

٥-قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦.

ب: القرارات القضائية غير المنشورة:

١-رقم القرار ٤٥٠/٧٩٤ م١ منقول في ٢٠٠١/٥/١٣ غير منشور .

٢-قرار محكمة التميز في العراق ذو الرقم ٤٣٩/م٣/٢٠٠٢ صدر في ٢٠٠٢/٥/١٩

٣-قرار مجلس شورى الدولى المرقم (٢٠٥/٢٤) في ٢٠٠٥/٦٨غير منشور.

٤-قرار مجلس الدولة العراقي (مجلس شورى الدولة الدولة) المرقم (٢٠٥/٢٤) في ٢٠٠٥/٦/٨

٥- ٤ـ قرار محكمة باريس في ٥ ـ ايار ـ مايو ١٩٩٨ دالوز ٢٠١٢.

احدى عشر: مواقع الانترنت:

١-د. حازم بدر، مراحل نمو وتطوير الجنين في بطن الام، مقال منشور على موقع العين التالي:
https://al-ain.com

٢-حسام أبتر، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين القانون والطب، مقال علمي منشور على الرابط:
https://www.lebarmy.gov

٣-رباز حجير، مراحل تكوين الجنين في القران الكريم، مقال علمي منشور على الموقع التالي:
https://www.sayidaty.net

٤- سعيد نحيلي، القانون العام / الترخيص الاداري، مقال علمي منشور على الموقع الرسمي لـ الموسوعة العربية/ الموسوعة القانونية المتخصصة: http://arab-ency.com

٥- د.شيماء حسن، طريقة التلقيح الصناعي بالتفصيل، مقال منشور على الموقع التالي:
https://www.supermama.me

٦- د.عبد الجواد الصاوي، أطور الجنين ونفخ الروح، منشور على الموقع الرسمي لرابطة العالم الاسلامي _ وكالة الشؤون التنفيذية: https://www.eajaz.org

٧- عماد عبدالله، موقف القضاء الذي يستند فيه على عنصر الاحتمال في الخطأ الطبي، مقال منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى في الرابط التالي: https://www.hjc.iq

٨- محمد خليل، مشروعية التحكم في نوع الجنين بشرط الضرورة مقال منشور على الموقع الرسمي لجريدة العرب الدولية (الشرق الاوسط): https://archive.aawsat.com

٩- مركز رزان التخصص لاطفال الانابيب (الموقع الرسمي)، مقال بعنوان طرق تحديد جنس الجنين:
https://www.lebarmy.gov

١٠- مروة ابو العلا، معلومات قانونية حول حق المريض في اختيار طبيبه حسب القانون، منشور على الموقع الرسمي محاماة نت في الرابط التالي: https://www.mohamah.net/law

١١- معجم المعاني الجامع/ عربي _ عربي: https://www.almaany.com

١٢- د.نجيب لويس، تصرفات الجنين داخل الرحم، مقال علمي منشور على موقع لويس على الرابط التالي: https://www.layyous.com.

١٣- يارا تعامرة، طرق تحديد جنس الجنين بشكل علمي، مقال منشور على موقع موضوع بالرابط التالي:
https://mawdoo3.com

- **المصادر الاجنبية**:

1- Aborto Selettivo Di Genere Documento Del Centro Studl Giuridici Dl_Con_Per Donne, 2011.

2- Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Sex selection and preimplantation genetic diagnosis, FertilSteril, 2004

3- Preventing gender_biased sex selection, An interagency statement ONFPA, UNICEF, UN Women and WHO,WHO Library Cataloguing_in_ publication Data, World Health Organization, 2011.

4- RICOEUR P., les trois niveaux du sugement medical Revue Es . Prit December, 1996, p:21.

5- Serour, G. I, Transcultural issues in gender selection. In International Congress Series,2004.

6- Vittorio corasaniti, facolta di giurisprudenza, universita di Milano\ Bicocca ,I Diritti del nascituroe Tutela Giuridica , Internazionale Ccass.civ.20 mai ,d1936.1

7- World Health Organization, Preventing gender-biased sex selection. World Health Organization: Geneva,(2011) Available at:

http://whqlibdoc.who.int/publications متاح على الموقع الالكتروني

Research

1- Batool AlKhalili& Majd Mrayyan, Gender Selection: A Position Statement, journal Advances in Life Science and Technology, February 2016, Vol(40).

2- House of Commons Science and Technology Committee, Human Reproductive Technologies and the Law, Volume (I), Fifth Report of Session 2004-05.

3- South Carolina journal of international law and Business,vol,(101), p:(196)

Regulations

1- Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

Decisions

1- cass.civ.20 mai 1936 ,D1936 I

https://translate.google.com/ متاح على الرابط

▪ المصادر الفرنسية: Livres Juridiques:

1- Bujan. L, Daudin. M, couples demandeurs d'insémination artificielle avecdonneur, hôpital Paule de viguier.CHU de Toulouse, 2005.

2- Cabrillac, R & Litec, Dictionnaire de vocabulaire juridique, 2ème éd, 2004.

3- Clémen. J.M t, Les grands principes du droit de la santé , Etudes hospitalières, 2005.

4- Conseil national de l'Ordre des médecins. Commentaires de l'article 4 du code de déontologie (modifi és en 2003).

5- En ce sens, G. Méméteau, « Cours de droit médical », Les études hospitalières, 3ème éd., 2006.

Ministère de la santé et de la famille. Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, JORF du 30 juin 1979: 1568 (rectifi catif au JORF du 24 juillet).

6- PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (1ère partie) », Petites affiches, 13 mars 2002 n° 52.

7- Sur la légitimité d'une information limitée en psychiatrie, Cass, 1ère civ., 23 mai 2000, JCP 2000.

Recherche

1- Lienharta, Srlf & Faubourg Saint-Antoine, Le secret médical : des règles à la pratique Confi dentiality: from rules to medical practice, Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation, (29), 2010.

2- Bénédicte Bévière-Boyer, L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février

2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Centre de recherche en droit privé et droit de la santé, 2017.

Les theses et memoires:

1- D. Berthiau, *« Droit de la santé »*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2007

2- Alexandra Guillemain, LA FORMATION DU CONTRAT MEDICAL_DROIT COMMUN DES CONTRATS OU DROIT SPECIAL ?, Master 2 Droit du Marché, 2011.

Decisions judiciaires

1- Cass. civ., 29 mai 1951, D. 1952.

نقلاً عن:

Alexandra Guillemain, LA FORMATION DU CONTRAT MEDICAL_DROIT COMMUN DES CONTRATS OU DROIT SPECIAL ?, Master 2 Droit du Marché, 2011.

2- Cass, 1ère civ., 21 février 1961, Bull. civ. I, n°115, p. 92, S. 1961, 2296

نقلاً عن :

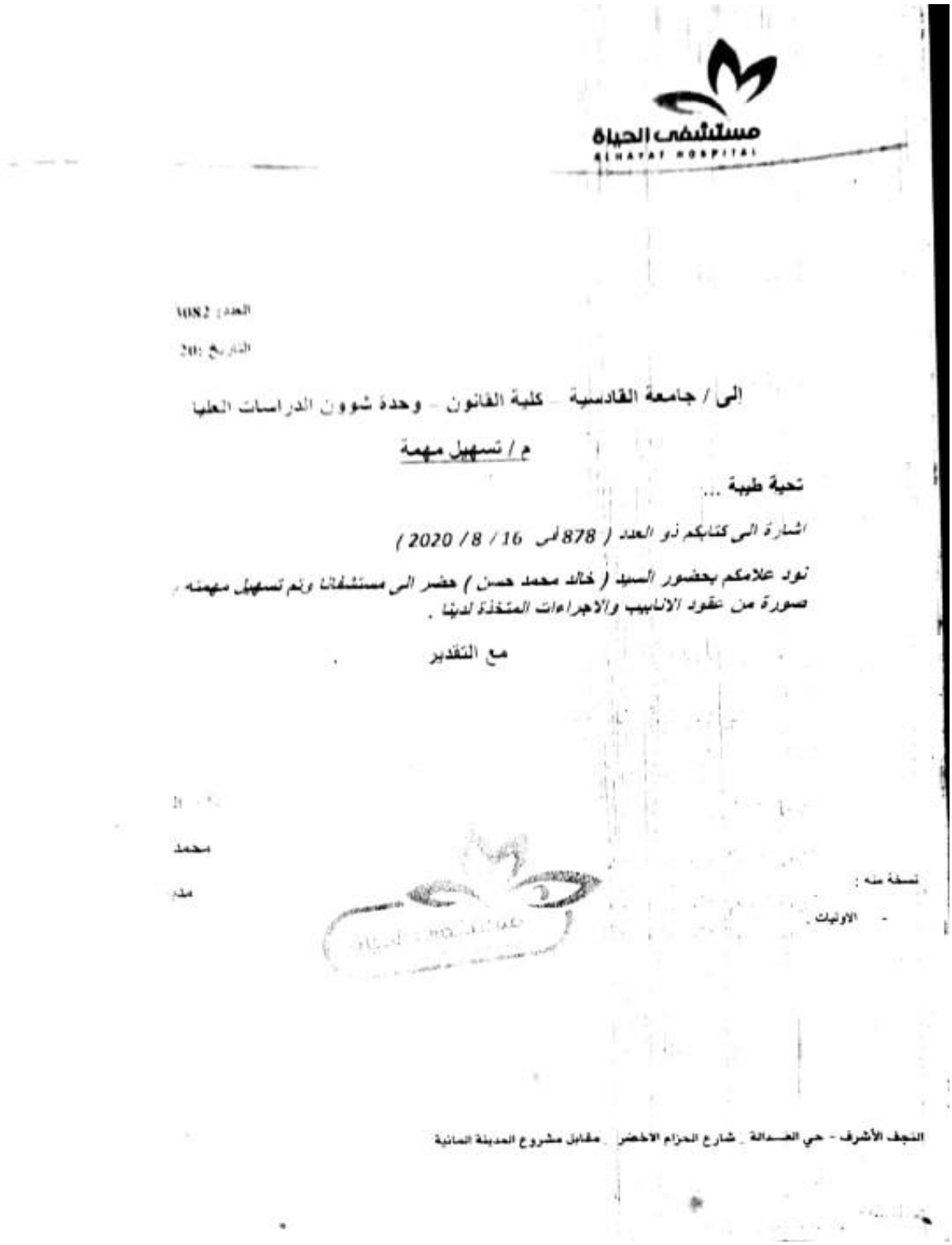
Alexandra Guillemain, La Formation Du Contrat Medical_DroitL Commun Des Contrats Ou Droit SpeciaL?, Master 2 Droit du Marché, 2011.

3- cass.civ.20 mai 1936 ,D1936 I

متاح على الرابط: https://translate.google.com/

الملاحق

ملحق (١)
تسهيل مهمة



مستشفى الحياة
ALHAYAT HOSPITAL

العدد: 1082
التاريخ: 20

الى / جامعة القادسية – كلية القانون – وحدة شوون الدراسات العليا

م / تسهيل مهمة

تحية طيبة ...

اشارة الى كتابكم ذو العدد (878 في 16 / 8 / 2020)

نود علامكم بحضور السيد (خالد محمد حسن) حضر الى مستشفانا وتم تسهيل مهمته .
صورة من عقود الانابيب والاجراءات المتخذة لدينا .

مع التقدير

محمد

مد

نسخة منه :
- الاولبات .

النجف الأشرف - حي العسكالة - شارع الحزام الاخضر - مقابل مشروع المدينة السكنية

ملحق (٢)

أستفتاء من مكتب سماحة السيد السيستاني (دام ظله)

السؤال الأول / ما حكم أختيار الجنس المرغوب فيه وإعدام الأجنة الأخرى من خلال مركز الأنابيب؟ استفتاء رقم (٥) مفروض السؤال: في عملية التلقيح داخل الأنابيب قد تتكون عدة أجنة في آن واحد، مما يصبح زرعها كلها في رحم الأم مسألة خطرة على حياة الامّ أو مميتة، فهل يحق لنا انتقاء جنين واحد وإتلاف الأجنة الباقية ؟

الجواب: البويضة المخصبة بالحويمن في انبوبة الاختبار لا يجب زرعها في الرحم، ففي مفروض السؤال يجوز انتقاء واحدة منها وإتلاف البقية.

السؤال الثاني / ما حكم وضع بويضة في رحم امرأة مأخوذة من امرأة أخرى سواء كانت زوجة ثانية أو امرأة غير معروفة ؟

الجواب / مسألة(٦٥):من المسائل المنتخبة : لا يجوز تلقيح المرأة بمني غير الزوج ، سواء أكانت ذات زوج أم لا ورضي الزوج والزوجة بذلك أم لا، كان التلقيح بواسطة الزوج أم غيره.

السؤال الثالث/ عند أخذ البيضة من الزوجة الثانية هل الابن يصبح ابن صاحب البيضة أم من كان في رحمها ؟

الجواب / مسألة(٦٨): من المسائل المنتخبة : لو نقلت بويضة المرأة الملقحة بحويمن الرجل إلى رحم امرأة أخرى فنشأ فيها وتولد ففي انتسابه إلى صاحبة البويضة أو إلى صاحبة الرحم إشكال فلا يترك مراعاة الاحتياط فيما يتعلق بذلك من أحكام الأمومة والبنوة ، نعم لا يبعد ثبوت المحرمة بينه وبين صاحبة الرحم وان لم يحكم بانتسابه اليها .

السؤال الرابع / ما حكم أخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجة ووضعها في رحم امرأة غير معروفة ؟

الجواب / تقدم الحكم في السؤال الثاني

ملحق (٣)

نموذج مركز الحياة لاطفال الانابيب

الموافقة على الخضوع لعملية التخصيب وأطفال الانابيب

انا الموقعة ادناه (الزوجة)..... تاريخ الميلاد.....

انا الموقع أدناه (الزوج)..... تاريخ الميلاد.....

- نصادق بهذا على اننا تلقينا من أطباء مستشفى الحياة شرحاً وافياً عن أسباب وطرق علاج مشاكل الاخصاب الموجودة لدينا وقد تم توضيح سير العلاج والاخصاب داخل وخارج الجسم، وقد تضمن هذا الشرح احتمالات النجاح وتضمن أيضا المخاطر التي يمكن ان ترافق سير العلاج .

١. قد لا تستكمل خطوات البرنامج لاحد الأسباب التالية:
   - ضعف تجاوب مبيضي الزوجة للعلاج ، او حصول هبوط مستوى هرمون الإباضة مما يتعذر معه جني البويضات.
   - تعذر تلقيح البويضات لأسباب تعود الى بناء البويضة او خلل في السائل المنوي.
   - حدوث تضخم في المبيضين (فرط استجابة المبيض) مما قد يؤدي الى أوضاع خطيرة تستلزم العناية الحثيثة للزوجة في المستشفى ونسبة حدوث ذلك ضئيلة ، وقد تضطر عندها الى تجميد الاجنة.

٢. وقد تم توضيح التداخلات الطبية المحتمل حدوثها:
   - ✓ تعلن انه لزيادة فرص الحمل قد ننقل اكثر من جنين الى الرحم ، والذي قد ينتج عنه توائم متعددة وما يرافقها من تعقيدات .
   - ✓ اننا ندرك ان نسبة الإجهاض لا تزيد عن نسبة التعرض للإجهاض في الحمل الطبيعي.
   - ✓ ان نسبة حدوث الحمل خارج الرحم اعلى منها في حالة الحمل الطبيعي بنسبة بسيطة مما يتطلب تداخلا جراحيا لأزاله الحمل.
   - ✓ حدوث تضخم في المبيضين (فرط استجابة المبيض) مما قد يؤدي الى أوضاع خطيرة تستلزم العناية الحثيثة للزوجة في المستشفى ونسبة حدوث ذلك ضئيلة.

٣. وقد تم التوضيح لنا بانه : لا يوجد ضمان من وحدة الاخصاب بأن الحمل سيكون ناجحا.

٤. نلتزم نحن الزوجين بالترتيبات المالية التالية:
   - تحمل التكاليف المالية التي يتطلبها برنامج الاخصاب خارج الجسم.
   - تحمل التكاليف المالية التي تنتج عن أي مضاعفات.
   - تسديد جميع الالتزامات المالية غير منقوصة في حالة عدم نجاح المحاولات المشمولة في البرنامج وعدم المطالبة باستردادها.

٥. تجميد الاجنة : بناءاً على طلبي ، قامت مستشفى الحياة بتجميد الاجنة الفائضة لي باستخدام احواض النيتروجين ولمدة سنة كاملة ابتداءاً من تاريخ استرجاع الاجنة ، حيث يكلف تجميد اول عشر اجنة مبلغ (٣٠٠) دولار مقطوعة ، ويدفع مبلغ (٥٠) دولار لكل جنين بعد الأجنة العشرة الاولى ، واني ملتزم بدفع مبالغ التجميد السنوية لكل جنين من تاريخ تجميد الاجنة ، وفي حالة عدم تجديد دفع مبالغ التجميد سنوياً فأن المستشفى لها الحق بأتلاف الاجنة دون الحاجة الى ابلاغي بأتلافها وأخلي مسؤوليتهم من اي تبعات قانونية ، في حالة رغبة الوالدين بأتلاف جزء من الاجنة المجمدة فأن الاتلاف سيكون بصورة عشوائية.

وبناء على الإيضاحات التي تلقيناها والاجابة على استفساراتنا نطلب اجراء علاج الاخصاب خارج الجسم والذي يتضمن تحريضا للإباضة وسحب البويضات واخصابها خارج الجسم وإعادة الاجنة المخصبة الى رحم الزوجة.

نقر باننا تلقينا من أطباء مركز الحياة للخصوبة والولادة شرحاً وافياً عن محاولة اختيار جنس الجنين عن طريق الاخصاب خارج الجسم ، ونؤكد على تفهمنا النقاط التالية :

١. هناك احتمالية عدم توفر الجنس المطلوب بعد دراسة الأجنة.
٢. تتم دراسة الاجنة من ناحية الجنس في المختبر قبل اعادتها لرحم الزوجة حيث يتم حقن البويضة بحيوان منوي غير معروف الجنس.
٣. تتم دراسة الاجنة بالاعتماد على درجة وجودة الجنين وعدد الخلايا المنقسمة في نفس يوم الدراسة ، وعند عدم توفر هذه الشروط لا تتم الدراسة .
٤. عند حدوث الحمل بعد عملية الارجاع تصل نسبة الدقة في التشخيص الى ٩٩%.

وبناءاً على الإيضاحات التي تلقيناها نوقع.

أسم وتوقيع الزوج **اسم وتوقيع الزوجة** **اسم وتوقيع الطبيب**

Abstract

The contract for determining the Gender of the fetus is one of the modern medical contracts, as it is an agreement between the spouses and a medical center specialized in determining the Gender of the fetus, with the aim of choosing the desired healthy Gender for a specific fee, and the determination of the fetus is either before fertilization of the egg or after fertilization of the egg and before implantation in the uterus or After pregnancy, the importance of research appears in the work of legal regulation of how to conclude this contract and regulate its conditions, and to resolve disputes that may arise on its occasion, to regulate the financial aspects. The contract for determining the Gender of the fetus was not the subject of agreement at the level of jurisprudence and legislation, as it opposed the direction of this contract on the pretext that it interfered with the divine will or contravened this will, as well as its impact on population proportions, and another trend believes that it is based on the idea of necessity as well as avoiding genetic diseases Accordingly, the research aims to determine the legality of this contractDetermining the legal nature of the obligations arising from it, and the provisions of liability arising from it, and the research problem arises in the case of destroying unwanted embryos, and then destroying embryos that may be intact, and determining the objective and temporal scope, and that the medical centers require no guarantee from the fertility unit that pregnancy will be successful We note that the liability of the guarantor is a civil, not a penal, liability, as the penalty is entirely focused on the financial liability of the obligee and the preoccupation of the liability to compensate for the damage and destruction of the funds, and to determine the legal nature of the health center's obligation in the process of determining the Gender of the fetus, and some medical center sets the condition for exemption from liability. It harms the interests of the spouses despite the signing of the contract, to obtain the consent of the spouses to conduct the operation, and the aim of it is to prevent them from a right guaranteed by the constitution to any citizen, which is the right to litigate, and that the Iraqi judiciary considered that these conditions are contrary to the law and are incorrect, and the extent of the medical center's commitment to This type of medical operations, and an attempt to establish a specific legal regulation for this type of contract, and accordingly, the most appropriate approach to defining this contract is the method of analytical research, And choosing a comparative research methodology, in order to study the provisions of Iraqi, British, French and Egyptian law, and then the research covered two chapters to determine the nature and provisions of the contract for determining the Gender of the fetus.

Republic of Iraq
Ministry Of Higher Education and Scientific Research
Al- Qadissiya University
College of Law

Legal Regulation of the Fetal Gender Determination Contract

(A Comparative Study)

A Thesis Submitted By The Student

Khalid Mohammed Hassan Abbas Al_laibawi

The council of college of Law - Al-Qadissiya University
In The partia fulfillment of the requirements for master degree in private Law

Supervised By

Assistant Professor. Malek Gaber Hmedi

1442 A_H **2021 A_D**