Journal Of the Iraqia University (72-4) November (2024)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات تحديد جنس الجنين

د. مصطفى بختيارووند
علاء عبد الأمير عبد الصاحب
استاذ مشارك ــ جامعة قم المقدسة
البريد الالكتروني: m.bakhtiarvand@qom.ac.ir

ملخص:

أفرز التقدم العلمي في كافة المجالات تحدياً كان مفاده نقص تشريعي في العديد من الأمور ومن ذلك ما نعايشه اليوم بما يعرف بتجارب تحديد جنس الجنين، إذ أن حداثة هذه التجارب الطبية ضمن بلدان الشرق الأوسط ومنها العراق خلقت فراغاً تشريعياً، إذ أن القوانين المدنية بطبيعة الحال لم تتعرض لما يشاكل هذه العمليات من مسؤولية مدنية قد تكون مداراً للتعويض الذي ينجم عن الأخطاء الطبية التي قد تعتري إجراء هذه العمليات سيما أن المحل الذي تقع فيه الأخطاء الطبية يصيب الأمشاج البشرية المكونة للجنين مستقبلاً، ومن هذه النقطة تبرز الرغبة البحثية في تصور أمر المطالبة بالتعويض عن الأخطاء الطبية التي تحدث ضمن عمليات تحديد جنس الجنين.

كلمات مفتاحية : مسؤولية ، آثار، عمليات، التعويض، جنس الجنين.

Abstract

Scientific progress in all fields has created a challenge that was a legislative deficiency in many matters, including what we are experiencing today with what is known as fetal sex determination experiments, as the novelty of these medical experiments within the countries of the Middle East, including Iraq, has created a legislative vacuum, as civil laws, of course, did not address what these operations resemble in terms of civil liability that may be subject to compensation resulting from medical errors that may occur during the conduct of these operations, especially since the place where medical errors occur affects the human gametes that form the fetus in the future, and from this point the research desire emerges in envisioning the matter of demanding compensation for medical errors that occur within fetal sex determination operations

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث

لا يختلف رأيان في أن الخطأ كان ولازال العامل الأول المؤثر في رسم أبعاد المسؤولية المدنية في مختلف المجالات مع الإقرار باختلاف طبيعة الخطأ ومداه في القوانين المدنية والجزائية، فتحقق الخطأ وترتب الضرر نتيجة علاقة سببية بين كل من الضرر والخطأ يستتبعه حكم أو تقرير المسؤولية المدنية والتي تتكلل بالتعويض لإصلاح ما وقع من أضرار، وبالرغم من كون ما تقدم ذكره أمر مُسلم به، إلا أن إقرار المسؤولية المدنية قد يعتريه بعض المعوقات سيما في اثبات الخطأ ضمن جزئية بحثنا، لكون الأخطاء الطبية هي أخطاء مهنية قد لا يسهل إثباتها ضمن عمليات التجارب الطبية التي هي بذاتها تحدياً تشريعي نتج عن انتشار هذه العمليات التي تتعلق بتحديد جنس الجنين.

ثانياً: أهمية البحث

إنّ موضوعات الأخطاء الطبية ليست من قبيل الموضوعات المستجدة، إذ أن هذه الموضوعات قد وضع المشرعون أطار تشريعي لها ضمن قوانين المدنية من خلال إقرار المسؤولية المهنية أو المسؤولية التقصيرية، وضمن قوانين السلوك المهني للأطباء، إلا أنّ دراسة موضوع البحث تتكل الأهمية فيها من خلال تحديد الأخطاء وآثارها على المؤسسة المدنية للطبيب، إذ إنَّ مشرعي القوانين جعلوا من هذا العنصر (الخطأ) نقطة البدء في رسم

معالم كل ما يخص المسؤولية المدنية ، كما تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من ناحية ان منتجات جسم الإنسان كالأمشاج لم يعالجها القانون المدني في قواعد المسئولية التقصيرية والعقدية، وكذلك ضمن التوجه الجديد الخاص بالمسؤولية الموضوعية التي ظهرت في القانون الفرنسي.

تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع من ناحية المخاطر التي قد ترافق عمليات تحديد جنس الجنين بموجب ما يتم اقترافه من أخطاء طبية من الممكن أن يكون لها آثار مستقبلية على الجنين في حال ولادته، أو الأخطاء التي تخص فشل هذه العمليات.

ثالثاً: مشكلة البحث

إن إشكالية دراسة هذا الموضوع يتجسد بشكل عام من عدم وجود حماية قانونية لتعويض المضرور من هذه الحوادث، ويأتي ذلك نتيجة ضعف موضوع الرقابة على المراكز الطبية الخاصة التي تسود البلدان العربية ومنها العراق، إذ إنَّ المعروف ان عمليات اختيار جنس الجنين تتطلب عناية خاصة، وهذا ما لا نجده في الواقع الملموس، مما جعل هذه المراكز تعمل من دون وجود حتى تعليمات تنظم عملها، وتحدد المسؤولية للطبيب الذي يعمل فيها أو المركز الطبي بصورة عامة كونه شخصاً معنوياًوتبرز إشكالية هذا الموضوع من أنّ اللوائح الطبية والقواعد الأخلاقية في منع الأخطاء الطبية في مجال تجارب اختيار جنس الجنين ؟، كما أن الإشكالية تنبع من المدى في القدرة على إقامة الدعوى المدنية متى تحقق الضرر فعلاً وتنامي فكرة الحماية المدنية في ضوء التجارب التشريعية المقارنة، والإشكالية الأبرز في هذه الموضوعات تأتي من الجهل بحقوق الوالدين في مواجهة الأمشاج المخصبة حديثاً ومعملياً في المختبرات الطبية؟.

رابعاً: منهجية البحث

إن دراسة هذا الموضوع تفرض اختيار منهج الدراسة القانونية المقارنة بين القانون العراقي والفرنسي، لكون أن القانون الفرنسي قد نظم في العديد من القوانين أمر التجارب الطبية ومنها عملية تحديد جنس الجنين، مع ذكر بعض المواقف التشريعية على سبيل الاستئناس.

خامساً: خطة البحث

سوف نتبع في دراسة هذا الموضوع خطة بحثية مكونة من مطالب ثلاثة: نتناول في المطلب الأول موضوع التعريف بالمسؤولية في عملية تحديد جنس الجنين، ونتكلم في المطلب الثاني عن تعريف عمليات تحديد جنس الجنين، ويكون المطلب الثالث مخصص لموضوع التعويض في عمليات تحديد جنس الجنين.

المطلب الأول التعريف بالمسؤولية في عملية تحديد جنس الجنين

لا يخفى أن العمل الطبي لعب في مجال الإنجاب دورين قام كل منهما على نقض الدور الآخر، فقد قام الطب في البداية بدور سلبي تمثلَ في طائفة من لا يرغب أو يرفض الإنجاب، حيث قدمَ الطب خلال هذا الدور وسائل عديدة لمنع الإنجاب، إذ كانت هذه الوسائل ولا زالت محل خلاف من الوجهة الشرعية، إلا أن الدور الآخر للطب أو التقنيات الطبية عزز موقف الإنجاب لمن يرغب بالإنجاب بالرغم من وجود الموانع المرضية والخلقية التي تمنع حدوث ذلك من خلال وسائل عديدة، بل أمتدَ أو تطور دور الطب ضمن هذا الدور إلى تلبية الرغبات والاستجابة لها حيث دخلت الإنسانية في ظل هذا الدور إلى طور الرغبة بعد أن كان دور التقنيات الطبية قاصراً على المسائل العلاجية[١]، من المعروف أن المسؤولية ترتبط بشكل مباشر مع مدلول الخطأ فمع التطور الملحوظ في التقنية الطبية تزداد الأخطاء الطبية لا سيما ضمن عمليات مستجدة كعمليات تحديد جنس الجنين، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتكلم في المطلب عن مفهوم الأخطاء الطبية، ونخصص المطلب الثاني لموضوع مفهوم عملية تحديد جنس الجنين، وكالآتي:

الفرع الأول مدلول الخطأ الطبي يمثل الخطأ ركناً أساسياً من أركان المسؤولية المدنية ، إلا أن ركن الخطأ لم تتفق كلمة الفقه القانوني على تحديد معناه وايراد مفهوم عام تنضوي تحته كل صور الخطأ، فقد ذهب رأي في الفقه الذي يتمسك بموقفه التقليدي إلى تعريف الخطأ على أنه: (انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف)، فهذا الرأي يؤسس فكرة الخطأ على عنصرين الأول هو عنصر مادي يتمثل في الانحراف أو التعدي، أما العنصر الآخر فهو العنصر المعنوي الذي يتجسد في الإدراك[٢]، في حين أن رأياً أخر يذهب في تعريف الخطأ في إطار المسؤولية المدنية على أنه: (عدم قيام المدين بتنفيذ التزام أو هو عدم تحقق النتيجة في الالتزام بتحقيق نتيجة وعدم بذل العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية)[٣]فالخطأ الطبي هو كل سلوك ينافي التزام الطبيب، إذ ان التزام الطبيب في العقد الطبي من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية لا تحقيق غاية، في حين أن التزام المستشفى تجاه المريض في عقد الاستشفاء هو التزام بتحقيق غاية؛ إذ تلتزم إدارة المستشفى بضمان سلامة الأغذية، والأدوية المقدمة للمريض، وضمان سلامة الأجهزة المستخدمة، والتحاليل المجراة، وحمايته من الأخطار التي يمكن أن تهدده، والمخاطر الأخرى[٤] التي قد يكون هو مصدرها كقيامه بإرادته أو عن غير قصد بإصابة نفسه أو بما يفضي بحياته[٥].

الفرع الثاني درجات الخطأ الطبي إن الأخطاء الطبية لا يتم تحديدها دون معيار معين، بل يتم تقدير الخطأ في جانب الشخص المهني (الطبيب)[٦] يكون باعتماد معيار مشترك بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وهو معيار الرجل المعتاد أو رب الأسرة العادي كما يُطلق عليه في الفقه الفرنسي، إلا ان وجود هذا المعيار المشترك لا يعني تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية بشكل تام، حيث أن الغالب في الأحوال التي يتم فيها تقدير الخطأ من جانب المهني الجمع بين قواعد المسؤوليتين، ففي بعض الأحيان تُرجح قواعد المسؤولية العقدية سيما في الحالات التي يشكو فيها الطرف المضرور من عدم تنفيذ التزام معين من جانب المهني، كما قد تُرجح قواعد المسؤولية التقصيرية في الحالات التي لا يبذل فيها المهني العناية اللازمة على الوجه المطلوب منه[٧]والخطأ الطبي المقصود هنا هو الخطأ المهني الذي يتصل بالأصول العلمية والفنية للطبيب بحيث يسأل الطبيب المختص عن خطئه المهني حتى اليسير منه، من أجل ذلك فأن معيار الخطأ هنا معيار فني قائم على أساس أن الطبيب المختص لا يجوز له أن يخطأ في ما استقرت عليه أصول مهنته[٨]، والتأكيد على التشديد في المسؤولية هنا يأتي من اجل ضمان توفير الحماية اللازمة للخلايا التناسلية التي قد تتضرر نتيجة خطأ الطبيب عند إجرائه لعملية اختيار جنس الجنين، ألا أن القول في تحقق مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص أو الفحص أو عدم بذله المزيد من العناية الواجب أتخادها في مجال هذه العمليات، لا يعني عدم انتقاء المسؤولية في بعض الحالات متى ما كان الخطأ الذي وقع فيه الطبيب مما يحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ إذا أحاطت به وبعمله ظروف خارجية[٩]إلا انه بالرغم من اعتماد مقياس السلوك في تحديد الخطأ كركن من أركان المسؤولية للطبيب، إلا أن الفقه اختلف في تحديد معيار محدد لإقامة هذه المسؤولية، فذهب البعض إلى اعتماد فكرة الخطأ الجسيم وقد ساير في هذا التوجه الفقه والقضاء الفرنسي [١٠]، إذ ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى المناداة بمسألة تحقق مسؤولية الأطباء عن الأخطاء الجسيمة فقط والتي لا تقع من الأطباء الأقل خبرةً وذكاء[١١]وقد أوردَ الفقه الفرنسي تقسيماً للخطأ يقع ضمن ثلاثة طوائف أو أقسام، حيث يشمل القسم الأول الخطأ الفاحش الذي لا يرتكبه أقل الناس عنايةً وانتباهاً، والخطأ المتوسط أو اليسير وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل المعتاد، في حين أن القسم الثالث هو الخطأ التافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص شديد الحرص، إلا أن هذا التقسيم لم يحظى بالنظرة الايجابية من الفقه المعاصر الذي أجمع على أن مجرد الإخلال بالتزام أو التأخر في تنفيذه يرتب خطأ يوجب المساءلة عنه ويعول في تحديد الخطأ على معيار الرجل المعتاد[١٢]، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير[١٣]وأضاف فريق آخر الخطأ غير المغتفر والخطأ اليسير جداً النوعين السابقين، إن اهمية التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في القانون الجزائي الذي لا يعترف إلا بالخطأ الجسيم، إما الخطأ اليسير فلا تقوم به سوى المسؤولية المدنية[١٤]، ما يهمنّا من هذه التقسيمات بيان مدى المسؤولية الجزائية عن الاخطاء الجسيمة واليسيرة من إعمال الطبيب، حيث توزعت الآراء الفقهية على اتجاهين ذهب اصحاب الرأي الأول إلى إن المسؤولية عن الخطأ الجسيم دون الخطأ اليسير من حق الطبيب الجراح[١٥]، معتبرين إن مسائلة الطبيب عن جميع الاخطاء اليسيرة يعد بمثابة تثبيط لهممهم وتهديد دائم يؤدي إلى هدم ملاكاتهم العقلية وبذلك لا يستطيعون الاجتهاد ولا يتمكنون الاجتهاد ولا يتمكنون من الابتكار، وفي رأيهم لا يسأل الطبيب الجراح إلا عن خطئه الجسيم إلا انه الفقه في الوقت الحاضر لم يعد يأخذ بهذا القول إذا أصبح الاخذ بمبدأ وحدة الخطأ الجزائي والمدني، اضافه إلى إن أنصار هذا الرأي ذهبوا إلى إن خطأ الطبيب الجراح لا تقوم به المسؤولية إلا إذا كان جسيماً فهو قول غير صحيح ذلك لان للخطأ غير العمدي في القانون الجزائي معيار واحد هو معيار (الشخص المعتاد) مما يحصل للجوء إلى معيار آخر الذي هو الشخص الشديد الحرص، واقامة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير على أساس منه قولاً غير متفق مع الفكرة الاساسية للخطأ[١٦]بينما اتجه اصحاب الرأي الثاني إلى أن مسؤولية الطبيب عن جميع اخطائه بغض النظر كون الخطأ جسيماً ام يسيراً[١٧]، وعند القول بمساءلة الطبيب عن اخطائه الجسيمة فقط لا سند له في القانون وذلك عند النظر في النصوص القانونية نرى بانها رتبت مسؤولية على المخطئ الذي صدر منه ذلك الخطأ وجاءت بصوره عامه لم تفرق بين الخطأ الجسيم واليسير، إن أنصار هذا الرأي اخرجوا من نطاق الخطأ اليسير الخطأ المشكوك فيه، قائلين بوجوب ثبوت الخطأ على وجه اليقين والقطع دون الترجيح أو الشك، كما لو خرج الطبيب الجراح خروجاً يسيراً عن القاعدة الثابتة في مهنة الطب الجراحي فإذا كان مسايراً للطرق الفنية الحديثة أو نظريات مبتكرة فيها قدر واضح من الجدية أو على أساس من البحث العلمي السليم فإنه يظل بمنأى عن المسؤولية الجزائية[١٨]وأمام مسألة صعوبة التمييز بين أخطاء الأطباء العادية وبين الأخطاء الفنية حيث أصبح في أحوال متعددة صعوبة وصف الخطأ الطبي بأنه عادي أو مهني ولكون اقامة المسؤولية الطبية على أساس تدرج الخطأ (اليسير أو الجسيم) أو على التمييز بين (الخطأ العادي والخطأ الفني) اتجهت التشريعات نحو إقرار مسؤولية الطبيب أثناء مزاولته المهنة، حيث يُسأل حتى في حدود الخطأ اليسير أو التافه، ويكون المعيار المعتمد في قياس هذا الخطأ هو مقياس شخص المعتاد في المهنة ذاتها، والمسؤولية التي يُسأل خلالها الطبيب قد تكون عقدية في حال وجود اتفاق بين الطبيب والمريض أو بين الصيدلي والمريض، وفي حالة انتفاء هذا الاتفاق فإن المسؤولية تكون من قبيل المسؤولية التقصيرية على أساس التزام الطبيب أو الصيدلي ببذل عناية تفرضها أصول المهنة الطبية[١٩]بعد أن انتهينّا من استعراض الآراء الفقهية بخصوص خطأ الطبيب

في التجارب الطبية بشكل عام لابّد من الذكر أن الأصول الطبية المتبعة في الوقت الحاضر والتي ينبغي أن يتم إتباعها في تجارب انتخاب أو اختيار جنس الجنين يجب أنّ تكون من قبيل الأصول الطبية التي يجب تحديدها ضمن مواد تضاف ضمن قوانين مزاولة المهنة الطبية؛ كون نسبة النجاح في الحصول على جنس الجنين المطلوب، تختلف بحسب الطريقة المتبعة في فصل النطف التي تُلقح في أنبوب قد تصل نسبة النجاح إلى حوالى ٩٣٪ تقريباً، وإلى حوالى ٥٠٪ تقريباً في حالات الحقن المباشر في عنق الرحم أو الحقن في الرحم مباشرة، وهذا يعني أن نتائج الطرق الحديثة – لاختيار جنس الجنين ومن ثم التحكم في تحديد نوعه – غير مضمونة ١٠٠٪[٢٠].

المطلب الثاني تعريف عمليات تحديد جنس الجنين

ارتبط ظهور عمليات تحديد جنس الجنين بشكل أساسٍ مع التطور الذي حدث في علم الهندسة الوراثية عموماً، إذ إنَّ تقنية التحوير الجيني حدثت في غضون السنوات الأخيرة، وأسهمت بشكل فعال بوضع الحلول الحاسمة لكثير من مشاكل الإنسان المعاصر مثل إنتاج الغذاء وبعض العقاقير واللقاحات، حيث يتم اختيار جينات تمثل صفات مرغوبة من أي كائن ونقلها إلى كائن آخر من اجل تحسين نوعيته، يطلق عليها بـ (الكائنات المهندسة وراثياً)[٢١]، فما هي عملية اختيار جنس الجنين ؟، وما هو موقف التشريعات منها؟، هذا ما سنحاول بيانه ضمن هذا المطلب ضمن فرعين:

الفرع الأول تعريف عمليات تحديد جنس الجنين من ثابت القول أن التقدم العلمي بمجمله يترك آثاراً كبيرة على النظام القانوني لأي مجال أو وضع معين، فأمام الاكتشافات الطبية يكون موقف المشرعين هو من قبيل الموقف الذي ينبغي أن ينطوي على تقدير النتائج والآثار التي تصاحب هذه التطورات العلمية، بحيث تكون هذه الوقفة التشريعية متضمنة لكافة الإجابات التي تتجه نحو المشكلات التي تصاحب هذه التطورات في أي مجال من مجالات الحياة[٢٢]ظهر علم الهندسة الوراثية إلى الوجود عام ١٩٤٤ عندما اكتشف الحمض النووي (DNA) الذي يعتبر المكون الأساس للمادة الوراثية، وفي عام ١٩٥٣ تم اكتشاف التركيب الحلزوني لشريط (DNA)[٢٣] الذي ساعدَ في تفسير عملية التناسخ الذاتي وكيفية حدوث الطفرات الوراثية، وقد اتضح بعد ذلك أن الإنسانية أمام تقنية سوف تعمل على تحقيق الكثير من الآمال في مجال الطب والزراعة[٢٤] والصناعة، إلا أن هذه التقنية تحمل في ذات الوقت مخاطر قد تنجم عن التداول الجيني بين الكائنات المختلفة الأمر الذي سينعكس سلباً على التوازن البيئي أو ينتج عنها منتجات ضارة بالجنس البشري أما من خلال سوء استخدام هذه التقنية أو نتيجة لعدم اتخاذ الاحتياطات الواجبة لإجراء هذه التجارب في مجالات معينة لا سيما مجال تحديد جنس الجنين[٢٥]إذ توصل العلماء في مجال الهندسة الوراثية في عام ١٩٨٤ إلى وسيلة طبية يتم من خلالها تغيير جنس الجنين قبل إجراء عملية التلقيح من خلال اختيار الخلايا التي تحمل الكروموسوم[٢٦] (y) مع الخلية المنوية إذا كانت الرغبة تتمثل في إنجاب ذكر أو اختيار الخلايا التي تحمل الكروموسوم (x) إذا كانت الرغبة في الإنجاب تتجه نحو إنجاب أنثى، وتتم هذه العملية من الوجهة الطبية عن طريق فصل الحيوانات المنوية الذكورية عن الأنثوية في مني الرجل قبل تلقيح البيضة، إذ تُعرف الحيوانات المنوية الذكورية على أنها أسرع من الحيوانات الأنثوية، كما انها تتميز بكونها لها القدرة على اختراق المخاط اللزج في عنق الرحم والبقاء في سائل قاعدي، وبعد عملية الفصل هذه تكون نسبة اختيار جنس الجنين هي ٧٠٪ بدلاً من ٥٠٪ [٢٧].فالتطور الذي طرأ على المجال الطبي مكنَّ العلماء من التوصل إلى ابتكار وسيلة طبية يتم من خلالها القيام بإجراء يمكن عن طريقه تحديد جنس الجنين قبل حدوث عملية الإخصاب ويتم ذلك عن طريق تفريق نواة الخلية المؤثرة في تحديد جنس الحمل، بحيث لا يستخدم عند إجراء عملية التلقيح إلا الخلايا التي تحمل الكروموسوم (y) إذا كانت رغبة الزوجين في الحصول على ذكر والكروموسوم (x) إذا كانت الرغبة هي الحصول على جنين أنثى[٢٨]وقد تنازع في مشروعية استخدام الهندسة الوراثية في تحديد جنس الجنين اتجاهان فقهيان، ذهب أنصار الاتجاه الأول للقول بأن التحكم في جنس الجنين – على الرغم من كونه يعطي انطباعًا للوهلة الأولى أنه تحكماً في ما لا يحق أن يكون خاضعًا لسيطرة الإنسان– يمكن اعتباره تعاملاً مشروعًا في جسم الإنسان، للأسباب الآتية:

١–إن اختيار جنس الجنين لا يمثل أي انتهاك لكرامة الكائن البشري، وذلك لأن هذا التصرف لا يقع أصلاً على جسد جنين مكتمل، بل إن عملية فصل النطف – كما هو معروف – يجب أن تتم في مرحلة ما قبل التلقيح، وذلك من خلال عملية فصل وانتقاء النطف[٢٩].

٢– إن اختيار جنس الجنين يعتبر حقًّا لكل زوجين – وذلك انطلاقًا من مبادئ الحرية وتعادل الفرص للجميع – للحصول على عائلة متوازنة وذلك بالنسبة لأعداد الذكور والإناث فيها، فتقنية التحكم في جنس الجنين، تحقق أملاً للأزواج الذين لديهم طفل واحد أو أكثر من نفس الجنس في إنجاب طفل من الجنس الآخر في حين ينكر أصحاب الاتجاه الثاني استخدام الهندسة الوراثية في تحديد جنس الجنين، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ عمليات التحكم في جنس الجنين تعد من التصرفات التي ينبغي القول بحظرها، وعدم إقرار مشروعيتها[٣٠].

الفرع الثاني التعريف التشريعي لعمليات تحديد جنس الجنين

على الصعيد التشريعي في العراق لم يرد في قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ولا في تعديلاته اللاحقة أية أحكام خاصة بعمليات تحديد جنس الجنين، إلا أنه بالرجوع لنص المادة الأولى من هذا القانون نجد أنها أحالت هذا الأمر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه على ان تكون تلك المبادئ أكثر ملائمة لنصوص القانون، إلا أن هذه الإحالة لا تحل من الإشكال الذي يمكن أن يقع؛ لأن الملائمة المذكورة هي مفهوم غامض فهل كان القصد للمشرع أن تكون ملائمة مع هدف القانون أم مجرد التوافق[٣١]أما القانون الفرنسي فقد أدرج في قانونه المدني لعام ١٨٠٤ حظراً لكل العمليات التي تمس منتجات الجسم وذلك من خلال المادة (٤/١٦) التي نصت على أنه: "لا يحق لأي شخص المساس بالنتاج البشري، وذلك في ما عدا الأبحاث العلمية التي تهدف إلى الوقاية من الأمراض الوراثية، وعلاجها، كما يحظر إحداث أية تغييرات في الصفات الوراثية، بقصد تعديل النسل الخاص لشخص ماوقد حظرت معظم التشريعات[٣٢] التلاعب بالجينات لاختيار جنس الجنين أو نوع الجنين، فعلى سبيل المثال نجد أن التشريع الألماني قد أحظرَ أي محاولة لاختيار جنس المولود أو أي تلاعب في الخصائص الوراثية للإنسان وقرر عقوبة جنائية لمن يخالف ذلك تتمثل في الحبس مدة سنة أو الغرامة كما جاء ذلك في التشريع الصادر عام ١٩٩٠ ضمن الفقرات (٧/٦/٥) من المادة الثالثة من هذا التشريع، إلا أن المشرع الفرنسي قد أجاز بموجب قانون رقم ٢٥٩٩ لسنة ١٩٩٢ إمكانية استخدام المعلومات البايولوجية المستخلصة من الخريطة الوراثية في مسائل الإثبات المدني وأن اختلف في القيمة القانونية التي أعطاها عن بعض التشريعات الأخرى في حالة رفض الخضوع لهذه الاختبارات البايولوجية[٣٣]ومن هذا المنطلق، نرى أن هناك تشريعات كثيرة كمعظم القوانين العربية – ومنها القانون العراقي – قد أهملت الإشارة إلى الحماية القانونية للجنين فكان ذلك نقصاً تشريعياً فيها، وهناك تشريعات قد جرمت هذه المداخلات الطبية الجينية بنص عام يمنع من أجرائها ما لم يكن الغرض أو القصد من هذا الأجراء غرضاً مشروعاً كما هو الحال في القانون البلجيكي. ولكن هذا النهج وأن حقق شيئاً من المرونة بإيراده نصاً عاماً يرمي إلى تأمين حماية للتركيبة الجينية للإنسان من المساس بها بطريق المداخلات الواقعة قبل أو بعد الولادة فأنه لا ينسجم في الحقيقة مع منهجية القانون الجنائي الذي يميل إلى التفصيل والدقة في تحديد مفاهيمه[٣٤]وأول هذه المداخلات التي تؤثر في التركيبة الجينية للجنين والتي جرمها قانون حماية الأجنة الألماني (Embryo Protection Act 1992) في مادته الثالثة هي المداخلات التي تهدف إلى اختيار جنس الجنين (Sex Selection) بطريق التحكم بالكروموسومات الذكرية أو الأنثوية حتى لو تمت هذه المداخلات بموافقة الوالدين، أما بالنسبة إلى القانون الجنائي الاسباني لسنة ١٩٩٢ فقد جرم هذا القانون في الفصل ١٦٨ منه إجراء أي مداخلة طبية من شأنها التحكم في الكروموسومات الجنسية للجنين والتي من شأنها تحديد جنس الجنين إذا تمت هذه المدخلة بدون رضا الوالدين، وتجدر بالإشارة أن مسألة التحكم الجيني بجنس الجنين قد أثارت جدلاً عميقاً في الفقه، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذه المداخلة لا يمكن أجراؤها إلا بوجود الغرض العلاجي وهو تخليص الجنين من عيب في الكروموسومات الجنسية بغض النظر عن رغبة الوالدين إذ لا دخل لرضاء الوالدين في إسباغ المشروعية على هذه المداخلة وهذا ما تبناه القانون الألماني.أما بالنسبة إلى القانون الفرنسي فقد نص في المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٩٤ الصادر في ٢٩/تموز/١٩٩٤ على أنه "لا يجوز المساس بتكامل الجنس الإنساني وأي اختيار من شأنه أن يؤدي لاختيار جنس الطفل أو تحسين النسل بايولوجيا محظورة، وبدون التأثير على الأبحاث والتجارب التي تهدف العلاج أو الوقاية من الأمراض الجينة، وأي تغيير في الصفات الوراثية بغرض التعديل في التركيب الجيني للخلق[٣٥].

المطلب الثالث التعويض في عمليات تحديد جنس الجنين

إن حقيقة ثبوت المسؤولية المدنية للطبيب أو المركز الطبي في عمليات تحديد جنس الجنين يتبعه أمر وجوب التعويض عن الأخطاء الطبية ضمن هذه العمليات، فكيف يتم التعويض عن هذه الأخطاء؟، هذا ما سنحاول الإجابة عنه ضمن هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول صور التعويض في عمليات تحديد جنس الجنين إنّ التعويض عن عدم اتباع الطبيب لأصول الفن الطبي يمكن الادعاء به أمام المحاكم الجزائية والمدنية على حدّ سواء، لكن التساؤل الذي يطرأ في هذه الصدد يتعلق بالشخص المستحق لهذا التعويض، فهل يتصور هذا الموضوع ضمن تجارب اختيار جنس الجنين لكون الذي خضع للتجربة الطبية هو مجرد مشج أو بويضة مخصبة؟.إنّ الإجابة على هذا التساؤل تقف على استعراض الموقف الفقهي من هذه المشكلة، إذ إنَّ استحقاق الطفل للتعويض الذي يترتب على عدم مراعاة أصول الفن الطبي قد شابها مناقشات فقهية متعددة، ويأتي هذا الاختلاف في الوجهات الفقهية من أن الجنين يملك أهلية الوجوب والتي تعرف على أنها: بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أي أن الشخص سواءً كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يُنظر إليه من الناحية القانونية أنه يكون محل اعتبار صالحاً، لأن يكون له حقوق وعليه واجبات، وتثبت له الأهلية من وقت ميلاده إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت الأهلية للشخص قبل الولادة عندما يكون جنيناً فيكون له الحق بالميراث من مورثه والوصية من الموصي، كما تثبت حتى بعد وفاة إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه[٣٦]ففي ضوء ما ذكر سابقاً لا يكون

استحقاق التعويضات متاحاً للجنين إلا بعد بلوغه سن الرشد أو بعد ولادته حياً في معظم الأحوال، إلا أنّ حق الجنين في اقتضاء حق التعويض يجاذبه رأيان فقهيان، حيث يذهب الرأي الأول إلى أنه لما كانت أهلية الجنين هي من قبيل أهلية الوجوب لذا فإنّ هذه الأهلية تكون مقتصرة على الاعتراف له بالحقوق التي أقرها القانون فقط وهي التي تخص حقه في النسب والميراث والوصية، وهذه الحقوق وردت على سبيل الحصر لذا لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها[٣٧]في حين يرى الرأي الثاني أن الأهلية المقررة للجنين تجعل منه صالحاً لاكتساب جميع الحقوق النافعة التي ترتب له النفع المحض، حتى تلك الحقوق التي تتطلب شكلية أو موافقة أو ايجاباً لثبوتها أثناء صدورها ن شخص ما وتتوافر الموافقة في هذه الأحوال بصدور الموافقة من ولي أو الوصي على الجنين الذي يقبل تلك الحقوق نيابةً عنه[٣٨]، وبعد استعراض الباحث ما أدلى به أنصار الرأي الأول إذ إنَّ أهلية الجنين لا تؤهله لاقتضاء حق التعويض في الأحوال التي يولد فيها حياً، حيث أن الجنين لا يمتلك الأهلية التي تتطلبها قوانين المرافعات المدنية لكي يكون خصماً في الدعوى.وبخصوص نوعية التعويض الذي يستحقه الزوجين يمكن القول أن هذا التعويض يشمل كلاً من التعويض المادي والتعويض المعنوي، فالضمان في لغة القانون يتجسد في التعويض، والتعويض قد يكون عن خسارة لاحقة أو عن كسب فائت[٣٩] حيث يتم تقدير التعويض لإجراء ما يلزم إصلاحه إذا كان الضرر يتمثل في الخسارة اللاحقة كما هو الحال في تقدير التعويض عن مال اتلفه شخص قبل أن ينتج أو يثمر، أو تقدير التعويض لعلاج الإصابة التي عانى منها المضرور، أما الكسب الفائت فيتم تقديره في التعويض عن فوات فرصة الكسب كما هو الحال في إصابة متسابق منع من الاشتراك في المسابقة بسبب الإصابة التي تعرض لها، أي الإصابة بعاهة تمنعه من الكسب مستقبلاً، ويتم هذا التقدير وفقاً لسلطة القاضي التقديرية[٤٠]، بشرط أن يبين القاضي عناصر الضرر التي حُدِدَ مبلغ التعويض في ضوئها، والحكمة من ذلك أن التقدير للتعويض يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض(او التمييز)، وفي حال صدور الحكم بالتعويض وخلوه من بيان هذه العناصر فإنه يكون من قبيل الأحكام القاصرة التي تستوجب الردّ والنقض[٤١].

الفرع الثاني مقدار التعويض في عمليات تحديد جنس الجنين على الرغم من أن القوانين لم تعمد إلى موضوع التعويض بالتعريف، إلا أن الفقه القانوني أوضح معنى التعويض بأنه مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار، كما أن التعويض هو جزاءً للمسؤولية المدنية أو كما يعبر عنه بأنه وسيلة القضاء لمحو الضرر أو التخفيف من وطأة هذا الضرر، فالتعويض هو المقابل للضرر الذي أصاب المتضرر سواءً كان الضرر عن خطأ عمدي أو غير عمدي[٤٢]وبالرغم أن المشرع الفرنسي ذكر عمليات تحديد جنس الجنين كما تقد ذكر ذلك، إلا أن استحقاق التعويض لمالكي البويضات المُلقحة (الأمشاج) لم ينظمه المشرع، الأمر الذي يفرض علينا لزاماً التعرض للقواعد العامة الواردة في القانون المدني لعام ١٨٠٤ المتعلقة باستحقاق التعويض، إذ نصت المادة (١١٤٧) من القانون المدني على انه: (يُحكم على المدين إذا اقتضى الأمر بدفع التعويضات أما لسبب عدم تنفيذ الالتزام وأما للتأخر في تنفيذه وذلك في كل مرة لا يثبت فيها ان عدم التنفيذ ناتج عن سبب خارجي لا يمكن ان يعزى إليه وانه لا يوجد أي سوء نية من جانبه)[٤٣] , كما نصت المادة (١١٤٨) على انه: (ليس ثمة محل لأي تعويض عن عطل وضرر عندما يُمنع المدين عن أداء أو عن فعل ما قد التزم به، أو عندما يفعل ما هو ممنوع عليه، بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي)، أما المادة (١١٤٩)[٤٤] فقد نصت على انه: (يعادل التعويض عن العطل و الضرر المستحق للدائن بوجه عام، الخسارة التي تكبدها والربح الذي حُرِم منه ما عدا الاستثناءات والتعديلات الواردة لاحقاً)فمن هذه النصوص التي أوردها المشرع الفرنسي يتضح ان المشرع الفرنسي قد تبنى مبدأ حسن النية بشكل واضح في استحقاق التعويض ضمن نطاق المسؤولية العقدية، إذ ان المشرع الفرنسي فرض التعويض على المدين في حالتين هما التأخر في تنفيذ الالتزام وحالة عدم تنفيذ الالتزام بحدّ ذاته، إلا ان استحقاق الدائن لهذا التعويض مشروطاً بعدم وجود القوة القاهرة التي منعت المدين من تنفيذه لإلتزامه، وبخصوص التعويض فانه يشمل كلاً من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت في نطاق المسؤولية العقدية، وفي التعويض عن المسؤولية التقصيرية نصت المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي على: (كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر من حصل بخطئه على التعويض)، كما نصت المادة (١٣٨٣) من القانون ذاته على: (لا يُسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه ليس فقط بفعل ارتكابه ، بل أيضاً بإهماله وعدم تبصره) [٤٥]، فمن هذين النصين يمكن القول ان المشرع الفرنسي قد حددَ ركن الخطأ بشكل واسع في إطار المسؤولية التقصيرية؛ لكون ان المشرع الفرنسي قد جعل الفاعل مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه بالغير سواءً كان هذا الخطأ قد توافر فيه قصد العمد أو لا، إذ ان الفاعل يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناشئة عن الخطأ الذي يقع نتيجة تعمد والخطأ الذي يكون نتيجة إهمال الفاعل أو عدم تبصره.كما ان المشرع العراقي هو الآخر لم ينظم أمر التعويض عن الأخطاء الطبية في عمليات تحديد جنس الجنين، إلا أن التعويض بصورة عامة وردت أحكامه في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، إذ نصت المادة (١٦٨) على انه: (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم

في تنفيذ التزامه)، كما نصت المادة (٢٠٤) على انه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)، فمن هذه النصوص نرى ان المشرع العراقي قد أقر مبدأ أو نظام التعويض بغض النظر عن نوع المسؤولية، إذ انه يتصور وجود هذا النظام في المسؤولية العقدية لإخلال المدين بالتزام عقدي، كما ان التعويض يُعمل به نتيجة الإخلال بواجب قانوني.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

١ـ يتوجب على مراكز عمليات اختيار جنس الجنين بذل العناية الطبيبة التي تحول دون وقوع ضرر بالجنين الذي تم تحديد جنسه من قبل الأبوين، وأي خطأ في هذه العناية يمكن أن يحقق المسؤولية الجزائية للمركز الطبي على اعتباره شخصاً معنوياً يتحمل المسؤولية المدنية بمعزل عن أشخاصه، إلا أن المشرع العراقي لم يعالج مسؤولية مراكز اختيار جنس الجنين، كما أنه لم ينظم بصورة عامة مسؤولية مراكز بنوك النطف والاجنة اسوة بالمشرع الفرنسي إلى ضرورة سن قانون يبيح وينظم انشاء هذه البنوك من قبل المؤسسات الطبية الحكومية حصراً.

٢ـ إنّ الأصول الطبية المتبعة في الوقت الحاضر والتي ينبغي أن يتم إتباعها في تجارب انتخاب أو اختيار جنس الجنين يجب أنّ تكون من قبيل الأصول الطبية التي يجب تحديدها ضمن مواد تضاف ضمن قوانين مزاولة المهنة الطبية؛ بسبب أن نسبة النجاح في الحصول على جنس الجنين المطلوب، تختلف بحسب الطريقة المتبعة في فصل النطف التي تُلقح في أنبوب.

٣ـ أن الخلق ما قبل الجنين لا يعد من الأشخاص ولا من الأملاك ولكن يندرج في فئة خاصة تعطى لهم الحق في الحصول على احترام خاص، نظراً لأنهم حياة بشرية كامنة، إلا أنه هناك قصوراً تشريعياً هائلاً في معظم القوانين بالنسبة للحماية المقررة للبويضات في هذه المرحلة حيث لا يعتبر أي اعتداء يقع على هذه البويضات داخلاً في إطار الحماية القانونية.

ثانياً: المقترحات

١ـ نقترح على المشرع العراقي في حال تشريع قانون خاص بتقنيات الإنجاب المستحدثة النص جعل عمليات اختيار جنس الجنين وضبطها من قبل المؤسسات الطبية الحكومية حصراً، كما نرى ضرورة تبني موقف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى تحقق المسؤولية في الأحوال التي يثبت فيها عدم بذل العناية الطبية.

٢ـ نقترح على المشرع العراقي تبني موقف المشرع الفرنسي ضمن المادة (١٥٢/ف٨) من قانون الصحة الفرنسي التي سمحَت بإجراء التجارب ومنها عمليات اختيار جنس الجنين على الأمشاج وفقاً لشروط معينة.

٣ـ نقترح على المشرع العراقي تنظيم عمليات تحديد جنس الجنين التي من الممكن أن تُجرى على الجنين الناتج من بنوك حفظ البيضات والحيامن بقانون خاص، إذ إنَّ نجاح هذه العمليات لا سيما في الواقع العراقي قد لا يكتب لها النجاح بنسبة كبيرة، الأمر الذي يتطلب عناية تشريعية بهذه الموضوعات التي قد تنتج عنها مشكلات كثيرة.

٤ـ نقترح تشكيل لجان خاصة تؤلف من طبيب مختص من خارج المركز الطبي القائم بإجراء العملية وأحد علماء الدين الفضلاء ورجل قانون للنظر في الحالات المطلوب فيها اتباع الوسائل الصناعية في اختيار نوع جنس الجنين، وأن لا يتم المباشرة بإجراءات عملية الفرز والتلقيح الا بعد صدور قرار من هذه اللجنة يوصي بإمكانية اللجوء إلى هذه الوسائل.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.

٢. أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥.

٣. أكرم محمود حسين، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة– دراسة مقارنة، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، ٢٠٠٣.

٤. أكو فاتح حمه ره ش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دار الكتب والوثائق الرسمية، الاسكندرية، ٢٠١٥.

٥. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.

٦. أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.

٧. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بلا دار نشر، ١٩٧٤.

٨. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

٩. حسام الدين كامل الأهواني، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
١٠. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، البند ٢٧٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
١١. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
١٢. ذنون يونس صالح المحمدي، تعويض الأضرار الواقعة على حياة الإنسان وسلامة جسده، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
١٣. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة ـ مصر، ١٩٩٨.
١٤. رمضان محمد ابو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، بلا ط، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٤.
١٥. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار الفكر العربي ١٩٦٥.
١٦. سعدى اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنلوجيا الإنجاب الجديدة، بلا ط، دار شتات، مصر، ٢٠٠٩.
١٧. شروق عباس فاضل ـ د. أسماء جبر علوان، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
١٨. شريف فهمي بدوي، معجم المصطلحات البيولوجية، ط١، دار الكتب اللبناني، بيروت، ٢٠٠٠.
١٩. عبد الحميد الديسطي، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، ج٢، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠.
٢٠. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٠.
٢١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، دار إحياء التراث، مصر، ٢٠١١.
٢٢. عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ط١، دار الاندلس الخضراء، ١٩٩٧.
٢٣. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ـ مصادر الالتزام، ج١، ط٤، دار العاتك، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٤. علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، منشورات كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٠.
٢٥. علي حمود السعدي، الغذاء المهندس وراثيا، ط١، دار الصادق، بابل، العراق، ٢٠٠٩.
٢٦. فرج محمد محمد سالم، الإخصاب الطبي اللاجنسي ـ أهدافه وصوره ووسائله وآثاره، ط١، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، ٢٠١٥.
٢٧. قتيبة جلولاء شنين الجنابي، الخطأ المهني وأثره في تحقق المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع العراقي، دار العاتك، القاهرة، ٢٠١٨.
٢٨. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٦، دار السعودية، جدة، ١٩٩٦.
٢٩. محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، بلا ط، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، بلا تاريخ نشر.
٣٠. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية مسؤولية المستشفيات والأطباء والمريض قانوناً – فقهيا – اجتهادياً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣.
٣١. محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
٣٢. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا تاريخ نشر.
٣٣. مريم عدنان فاضل، المسؤولية الجنائية الطبية عن عمليات الإنعاش الصناعي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٩.
٣٤. مصطفى راتب حسني، مدى مشروعية تصرف الإنسان في وسائل جسده، ط١، الدار المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.
٣٥. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط١، دار الحداثة، بيروت، ١٩٨٥.
٣٦. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٩.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

١. أسعد عبيد عزيز ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ـ جامعة بغداد ،١٩٩١.
٢. سهيلة فيصل عليوي، مسؤولية المنتج المدنية عن الكائنات المهندسة وراثياً، رسالة ماجستير، كلية القانون ـ جامعة كربلاء، ٢٠١٤.
٣. عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١.

ثالثاً: البحوث

١. خير الدين كاظم الامين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ١٥ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٨.

٢. صبري حمد خاطر، القانون والجين البشري، مجلة دراسات قانونية، العدد الثالث، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.
٣. علي حسين الطوالبة، المسؤولية الجزائية للطبيب الناشئة عن الأعمال التي ترد على الأمشاج واللقائح الآدمية، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٦، العدد ٢، ٢٠٠٩.
٤. فريدة زوزو، "وسائل الإنجاب الاصطناعية، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي"، مجلة المسلم المعاصر، القاهرة، ع ١٠٥، س٢٧، يوليو- أغسطس- سبتمبر، ٢٠٠٢.
٥. محمود محمود مصطفى، الخطأ الطبي، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، ١٩٩٩
٦. ندى محمد نعيم باقر، د. يوسف عبدالرحيم بوبس، معرفة جنس الجنين والتدخل في تحديده، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٥ مايو ٢٠٠٢.
٧. نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة محامون السورية، العدد الثاني، لسنة ١٩٨٣.

رابعاً: القوانين

١. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣. قانون احترام الجسد البشري الفرنسي رقم (٦٥٣) لسنة ١٩٥٤.
٤. قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
٥. قانون وزارة الصحة العراقي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٣.
٦. قانون الصحة الفرنسي الصادر عام ١٩٩٠.
٧. قانون حقوق المرضى الفرنسي رقم ٢٥٩٩ لسنة ١٩٩٢.
٨. قانون حماية الأجنة الألماني لعام ١٩٩٢.
٩. الأمر التشريعي الفرنسي رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦.

هوامش البحث

(١) د. فرج محمد محمد سالم، الإخصاب الطبي اللاجنسي ـ أهدافه وصوره ووسائله وآثاره، ط١، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، ٢٠١٥، ص١١.

(٢) يُنظر في ذلك: د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص٣٢٣. وكذلك: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ـ مصادر الالتزام، ج١، ط٤، دار العاتك، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢١٥.

(٣) د. رمضان محمد ابو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، بلا ط، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٤، ص٢٢٧.

(٤) كما تلتزم المستشفى تجاه المريض بضمان مخاطر التقدم العلمي بخصوص الأدوية التي تقدم إلى المريض، إلا أن التزام ضمان مخاطر التقدم العلمي بالنسبة لمنتج الدواء لم يكن محلاً لاتفاق الفقه القانوني، إذ ظهرَ رأيان بشأن هذا الالتزام حيث ذهب أنصار الاتجاه الأول إلى استبعاد ضمان منتج الدواء لمخاطر التقدم العلمي والبحث عن حلّ يحافظ على مسألة تشجيع منتجي الأدوية من جهة وبين توفير الثقة لدى المستهلك في الحصول على دواء آمن من جهة أخرى، وفي قبالة الرأي الأول الذي يذهب إلى إعفاء منتج مستحضرات التجميل من مخاطر التقدم العلمي، ظهر أتجاه أخر يدعو إلى المناداة بعدم إعفاء منتج مستحضرات التجميل من مسؤولية التقدم العلمي وإقرار مسؤوليته عند إخلاله بهذا الالتزام... للمزيد ينظر: د. عبد الحميد الديسطي، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، ج٢، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص٧١٠

(٥) د. أكرم محمود حسين، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة ، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٣، ص٦٨ .

(٦) ان الخطأ المهني (او الفني) يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها والالمام بها، وان تحديد معنى الخطأ المهني يكتسب اهمية بالغة بالنظر إلى صدوره من اشخاص متعددين ذوي اعمال متسمة بالخطورة وذلك من مثل الطبيب الجراح أو الطبيب المعالج أو طبيب التخدير أو طبيب الاشعة أو غيرهم، الامر الذي يوجب استجلاءه والاحاطة به بغية انارة الطريق للقاضي لتقرير مسؤولية الطبيب الذي يقترف خطأ يوجب مسؤوليته.

والحقيقة ان الخطأ المهني على درجة من الغموض تجعل من الصعب على القاضي تبينه دون الاستعانة باهل الخبرة من اعلام مهنة الطب وذلك بسبب دخوله في نطاق المهنة التي يزاولها الطبيب، وعدم تساهل اهل العلم في الاصول الثابتة التي يعرفونها ولا يتسامحون مع من يجهلها من اهل المهنة أو الفن، ولذا يلجأ القاضي إلى الخبراء لمعرفة، ما اذا ارتكب زميلهم خطأ ام لا.... يُنظر: أسعد عبيد عزيز ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية –دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون . جامعة بغداد ،١٩٩١ ص١٤١.

(٧) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٤٥.

(٣) محمود محمود مصطفى، الخطأ الطبي، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، ١٩٩٩، ص٦٣.

(١) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة محامون السورية، العدد الثاني ، ١٩٨٣، ص١٢٣.

(١٠) ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص٤٦.

(١١) د. عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ط١، دار الاندلس الخضراء، ١٩٩٧، ص٢٠٥. نقلاً عن: أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٠٦.

(١٢) د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط١، دار الحداثة، بيروت، ١٩٨٥، ص٣١.

(١٣) محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية مسؤولية المستشفيات والأطباء والمريض قانوناً – فقهيا – اجتهادياً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣، ص٩.

(١٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام – ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٦١٢.

(١٥) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٩، ص٤٤.

(١٦) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٦١٢.

(١٧) د. محمود نجيب حسني، المصدر نفسه، ص٦٣٦.

(١٨) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار الفكر العربي ١٩٦٥، ص١٨٢.

(١٩) قتيبة جلولاء شنين الجنابي، الخطأ المهني وأثره في تحقق المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع العراقي، دار العاتك، القاهرة، ٢٠١٨، ص٣٠ ـ ٣١.

(٢٠) د. فريدة زوزو، "وسائل الإنجاب الاصطناعية، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي"، مجلة المسلم المعاصر، القاهرة، ع ١٠٥، س٢٧، يوليو– أغسطس– سبتمبر، ٢٠٠٢، ص١٨٨.

(٢١) سهيلة فيصل عليوي، مسؤولية المنتج المدنية عن الكائنات المهندسة وراثياً، رسالة ماجستير، كلية القانون ـ جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ص٦.

(٢٢) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص١.

(٢٣) الوراثة الجزئية وهو من أكثر فروع علم الوراثة انجازا خلال الفترة المنصرمة من النصف الثاني من القرن العشرين، وهذا الفرع يختص بدراسة وتفهم الأسس الوراثية عن طريق تتبع تلك التغيرات على مستوى الجزئيات الحيوية الكبيرة (macromolecules)، خصوصا جزئيات الحامض النووي (DNA)أو جزئيات الحامض النووي (RNA)، أي بمعنى دراسة الصفات الوراثية على المستوى الجزيئي أو على مستوى الجينات الوراثية المسؤولة عن الصفات في الكائن الحي... ينظر:. د. شريف فهمي بدوي، معجم المصطلحات البيولوجية، ط١، دار الكتب اللبناني، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٢٠.

(٢٤) من الناحية العملية أتاحت هذه التقنية فرصا جديدة للاختراعات الحديثة لزيادة الأمل في مجابهة مشاكل الجوع والفقر، حيث كان الغرض الأساس منها هو تقديم كائن حي ذي تراكيب إضافية سواء كانت صفات مطلوبة يعاني من عدم وجودها، أو التخلص من الصفات غير المرغوبة الموجودة فيها، وفي ضوء ذلك أمكن هندسة العديد من النباتات التي يمكن أن تتحمل العديد من الظروف المناخية القاسية مثل تحمل الجفاف والملوحة ومبيدات الحشائش ومقاومة الإمراض والحشرات، ومن ثم زيادة الإنتاج بطريقة غير مباشرة وبالأخص في البلدان الفقيرة، بالإضافة إلى رفع كفاءة الحيوان الإنتاجية والتي يحتاج إلى سنوات طويلة ليتم إنتاجها بالطرق التقليدية القديمة، لذلك تم اللجوء إلى أساليب الهندسة الوراثية لمحاولة زيادة الإنتاج الحيواني... يُنظر: د. علي حمود السعدي، الغذاء المهندس وراثيا، ط١، دار الصادق، بابل، العراق، ٢٠٠٩، ص١٣٢– ١٣٣ .

[٢٥] د. مصطفى راتب حسني، مدى مشروعية تصرف الإنسان في وسائل جسده، ط١، الدار المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨ ، ص٣٩٠.

[٢٦] والكروموسومات هي خلايا تحتوي نواة خلايا الكائنات الحية على الكروموسومات وهي أجسام على شكل عُصيات مختلفة الأشكال قد تكون طويلة أو قصيرة وفي بعض الأحيان مستقيمة أو منحرفة. ومن الثابت علمياً أن كل خلية إنسانية جسدية تحتوي على ٤٦ كروموسوماً وهو رقم ثابت في الجنس البشري... يُنظر في ذلك: عبد الرحمن السويد، مشروع الجينوم البشري، ص٢، بحث منشور على الموقع: (Islam online)، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٣/٢٨. ومن الجدير بالإشارة أن مشروع قراءة الخريطة الوراثية للإنسان أو ما يسمى مشروع الجينوم البشري (Human Genome Project) قد ابتدأ العمل به في أكتوبر ١٩٩٠ وخطط له أن ينتهي في عام ٢٠٠٣. واشتركت في هذا المشروع مجموعة من خيرة علماء البايولوجي في العالم وخصصت له موارد مالية ضخمة.

[٢٧] محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، بلا ط، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، بلا تاريخ نشر، ص٨٦. .

[٢٨] محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٦، دار السعودية، جدة، ١٩٩٦، ص١٣٨.

(3) Bompiani. (Adriano): "Aspect éthiques du diagnostic préimplantatoire", Troisième symposium sur la bioéthique, l'assistance medicale a la procréation et la protection de l'embryon humain, Conseil de l'Europe, Strasbourg 15-18 December 1996, P 2.

[٣٠] ندى محمد نعيم باقر، د. يوسف عبدالرحيم بوبس، معرفة جنس الجنين والتدخل في تحديده، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٥ مايو ٢٠٠٢، ص٢١٣.

[٣١] د. سعدى اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنلوجيا الإنجاب الجديدة، بلا ط، دار شتات، مصر، ٢٠٠٩ ، ص٥٧.

[٣٢] إلا أنه لم تحظ مواضيع الهندسة الوراثية باهتمام في ظل التشريعات الوطنية بمثل ما حظيت به على الصعيد الدولي ماعدا بعض التشريعات في بعض الدول المتقدمة كألمانيا وفرنسا واسبانيا، ويمكن ان نرجع ذلك إلى سببين رئيسيين: أولهما أن جزءاً كبيراً من الدول الأوربية قد انضمت إلى تلك المعاهدات والاتفاقات الدولية وتمت المصادقة عليها من قبل برلمانات تلك الدول فأصبحت جزءاً من تشريعاتها الوطنية على الرغم من القصور الذي شاب تلك المعاهدات والاتفاقيات.

[٣٣] د. صبري حمد خاطر، القانون والجين البشري، مجلة دراسات قانونية، العدد الثالث، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١، ص٨٠.

[٣٤] د. محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٢٢٣

[٣٥] د. محمود أحمد طه، مصدر سابق، ص٢٣٩.٢٤٤.

[٣٦] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، دار إحياء التراث، مصر، ٢٠١١، ص٢٦٦.

[٣٧] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٠، ص٣٩١. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بلا دار نشر، ١٩٧٤، ص٦٠٠.

[٣٨] د. حسام الدين كامل الأهواني، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص٧٧.

[٣٩] حيث نصت المادة (١١٤٩) من الأمر التشريعي الفرنسي رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦ على أنه: (يعادل التعويض عن العطل والضرر المستحق للدائن بوجه عام، الخسارة التي تكبدها والربح الذي حُرِم منه ما عدا الاستثناءات والتعديلات الواردة لاحقاً).

[٤٠] والسلطة التقديرية هي النشاط الذهني العقلي الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر إنها تحكم النزاع المطروح عليه، أو هي مكنة وحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون... يُنظر: خير الدين كاظم الامين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ١٥ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٨ ، ص٨٢٤.

[٤١] يُنظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ ، ص٥٠٢.

[٤٢] يُنظر: د. عبد المجيد الحكيم ـ عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٤٤. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، البند ٢٧٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٥٥ ـ ٢٥٦..

[٤٣] عُدلت هذه المادة بموجب الأمر التشريعي الفرنسي المرقم ١٣١/ ٢٠١٦ بالفقرة ١من المادة ١٢٣١ نصت على انه (يحكم على المدين بدفع التعويض ، اذا كان له موجب ، أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام ، بسبب التأخير في التنفيذ ، ما لم يثبت ،ان امتناع التنفيذ كان بسبب القوة القاهرة).

[٤٤] عُدلت هذه المادة بموجب الأمر التشريعي الفرنسي المرقم ١٣١/ ٢٠١٦بالفقرة ٢من المادة ١٢٣١ نصت على انه (ان التعويض الذي يستحقه الدائن ، بشكل عام هو الخسارة التي تكبدها والربح الذي حرم منه ، عدا الاستثناء والتعديلات المذكورة لاحقا).

[٤٥] عُدلت هذه المادة بموجب الأمر التشريعي الفرنسي المرقم ١٣١/ ٢٠١٦بالمادة ١٢٤٢ نصت على انه (كل شخص مسؤول عن الضرر الذي أحدثه ليس فقط بفعله ، بل وبإهماله أو عدم تبصره)