المسؤولية الجنائية للطبيب عن التلقيح الصناعي

د.عثمان مروان الجنابي
كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة

الملخص

سلط هذا البحث الضوء على التلقيح الصناعي والكيفية التي يتم بها، وتمثلت مشكلة البحث في عدم وجود نص عقابي يجرم فعل الطبيب اذا ما اخل بعملية التلقيح، وتم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي لابراز هذا السلوك الخطر، وتم بيان الطرق والحالات المشروعة وغير المشروعة، وذلك من خلال مبحثين رئيسين تناول المبحث الاول ماهية التلقيح الصناعي في حين تناول المبحث الثاني مسؤولية الطبيب الجنائية عن ذلك التلقيح، وموقف الشريعة الإسلامية من تلك الطرق، بالاضافة الى علاقة التلقيح الصناعي بكل من جريمة الزنا والاغتصاب وومدى مسؤولية الطبيب عن الخطأ – ألعمدي وغير ألعمدي- الذي يحصل أثناء العملية.وقد تم التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات منها أن خطأ الطبيب بالتلقيح لا يعتبر فعله جريمة زنا او اغتصاب كونه يصطدم بعقبة قانونية وهي لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، وكذلك يجب تجريم فعل الطبيب بنص قانوني صريح إذا ما تلاعب بتلك العملية.

Abstract

This research sheds light on the artificial insemination and how it has occurred. The research problem represented in the absence of punitive text criminalizes the act of a doctor if he breached the process of pollination, and it has been adopted the descriptive and analytical approach to highlight this risk behavior. Paths and situations legitimate and non-legitimate have been declaration, through two main sections, section one addressed the essence of artificial insemination, while the second section addressed the criminal doctor responsibility about vaccination, the opinion of Islamic law concerning it, and the extent of the responsibility of the doctor for error - intentional and unintentional - during the process. A number of conclusions and recommendations had been reached, including that the error of the physician during artificial insemination is not considered a crime of adultery and rape because it has been contradicting with legal obstacle و which is no crime and no punishment except a legal text. As well the doctor must be criminalized in an explicit legal text if he manipulates during the process.

المقدمة

تعد مهنة الطب من المهن المقدسة التي تحظى باهتمام بالغ، وكما هو معلوم أن الطب شأنه شأن كافة العلوم الأخرى متطور ومتغير، وبالتالي يحتاج من الدولة إلى مواكبة قانونية تنظم هذه المستجدات على تلك المهنة، حيث ظهرت في العقود الأخيرة من القرن المنصرم وسيلة طبية تمكن الأزواج الذين يعانون من عدم إنجاب الأطفال بالوسيلة الطبيعية من الإنجاب عن طريق التلقيح الصناعي، وتعتبر هذه الوسيلة للإنجاب محل للجدل والنقاش سواء على صعيد الدين أو القانون، فهي تضيق و تتسع بحسب وجهة نظر المجتمع من الناحية الدينية والاجتماعية، فظهرت في دول الغرب ما يعرف بالتلقيح الصناعي، والأم الحاضنة وبنك الأجنة وغيرها من الطرق التي لا تقرها أو تتقبلها الدول الإسلامية بشكل عام، ولخطورة هذه الطرق لابد من وضع ضوابط يجب على الطبيب العمل بها وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية، لذا يحاول الباحث تسليط الضوء على تلاعب الطبيب بذلك التلقيح، ولسنا هنا في هذا البحث المتواضع بصدد تناول الموضوع من الناحية الطبية وإنما نتناول مسؤولية الطبيب عن التلقيح الصناعي فإذا ما اخطأ -عن عمد أو إهمال- بنطفة الزوج أو بويضة المرأة، وإذا ما كانت له عقوبة معينة تقررها القوانين أم لا.

أهداف البحث

تتمثل أهداف البحث بالنقاط التالية:
١- موقف فقهاء الشريعة من التلقيح الصناعي.
٢- علاقة تلك الجريمة بجريمة الزنا والاغتصاب.
٣- وضع عقوبة رادعة لمكافحة تلك الجريمة غير الأخلاقية.
٤- معرفة الوسائل المشروعة من غير المشروعة للتلقيح الصناعي

مشكلة البحث

١- تجنب اغلب الدول العربية النص بشكل صريح على مسؤولية الطبيب إذا ما اخطأ بعملية التلقيح الصناعي.
٢- صعوبة إثبات تلك الجريمة.
٣- تحقق رضا الزوج أو الزوجة وأثره على العقوبة.

منهجية البحث

اتبع الباحث المنهج التحليلي المقارن ما بين كل من المشرع العراقي والسوداني مع الاستعانة بنصوص بعض القوانين للدولة العربية.

خطة البحث

سنتناول موضوع التلقيح الصناعي من خلال مبحثين يتحدث الأول عن ماهية التلقيح الصناعي، وهو بدوره ينقسم على ثلاث مطالب، يتناول الأول تعريف التلقيح الصناعي، في حين يتحدث المطلب الثاني عن الطرق التي يم بها، ونتحدث في المطلب الثالث عن ضوابط التلقيح، بينما يتناول المبحث الثاني مسؤولية الطبيب عن التلقيح الصناعي وهو بدوره ينقسم على ثلاث مطالب يتحدث الأول عن المسؤولية الجنائية، بينما يتناول الثاني مسؤولية الطبيب الجنائية، في حين يتحدث الأخير عن تكييف خطأ الطبيب.

المبحث الأول
ماهية التلقيح الصناعي

يتناول هذا المبحث تعريف التلقيح الصناعي، بالإضافة إلى طرق ذلك التلقيح، وكذلك الضوابط التي يحتاج إليها لضمان إجراءه بالصورة الصحيحة.

المطلب الأول
تعريف التلقيح الصناعي

يتحدث هذا المطلب تعريف التلقيح الاصطناعي في اللغة وكذلك في الاصطلاح وفي الفقه أيضا وفقا للاتي:-

أولاً :تعريف التلقيح الاصطناعي في اللغة:

أ- التلقيح في اللغة من (لقح) ألقح الفحل الناقة. وريحُ لواقح. ويقال لقح النخلة تلقيحا وألقحها. والملاقيح الفحول. وهي ايضا الاناث التي اولادها في بطونها[١]، ولقح يدل على إحبال ذكر لأنثى، ثم يقاس عليه ما يشبّه[٢]، وهو ايضا اسم ماء الفحل من الإبل والخيل، وروي عن ابن عباس انه سئل عن رجل كانت له امرأتان أرضعت أحداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية هل يتزوج الغلام الجارية؟ قال لا: اللقاح واحد[٣].

ب- الاصطناعي في اللغة: تأتي من (صَنَعَ) صَنَعَهُ يَصنَعَهُ صُنعَاً، وصنيع عمله وقوله تعالى ((صنع الله الذي أتقن كل شيء)) [٤]، والصِّناعة حرفة الصانع وعمله الصنعة. واصطنع عنده صنيعه. واصطنعه لنفسه فهو صنيعته إذا صنعه وخرَّجه[٥].

ثانيا: التلقيح الاصطناعي اصطلاحا:

يمكن تعريفه بالاتي عملية تتمثل بالتقاء نطفة رجل مع بويضة امرأة بتدخل طبي سواء تم ذلك الالتقاء داخل الرحم أو خارجه.ومن خلال هذا التعريف يتضح أن التلقيح الاصطناعي على نوعين هما:

١- **التلقيح الصناعي الداخلي: حيث يعرف عدة تعاريف منها:-**

---

(١) الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر بن عبد المحسن، " مختار الصحاح"،مكتبة الايمان، المنصورة، ط١، ٢٠٠٨، ص٣٣٢.
(٢) زكريا، أبي الحسين احمد بن فارس بن ، " معجم مقاييس اللغة "، طبعة اتحاد الكتاب العرب، ج٥، ٢٠٠٢،ص٢٩٤.
(٣) ابن منظور، " لسان العرب"، دار المعارف، القاهرة، مج٥، ج٤٥،ب ت، ص٤٠٥٧.
(٤) ابن منظور، المرجع السابق، ص٢٥٠٨.
(٥) الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر بن عبد المحسن، مرجع سابق، ص٢١٠.

أ- (عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي في رحمها، وقد يكون هذا التلقيح بين الزوجين أو لأحد الاغيار)[١].

ب- التلقيح الاصطناعي (عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم ويسمى بالتلقيح الداخلي)[٢].

ليس بالضرورة أن يكون التلقيح بين الزوجين أو بين احد الزوجين واحد الاغيار كما في التعريف السابق بل يمكن أن يكون بين شخصين من الاغيار وهذا ما سيتم توضيحه عند التحدث عن أنواع التلقيح.

٢- **التلقيح الصناعي الخارجي (أطفال الأنابيب):**

(أن تتم عملية الإخصاب خارج الجسم، ثم ينقل الجنين إلى داخل الرحم، حيث يزرع في الجدار، ويترك لينمو على الوجه الطبيعي)[٣].إن هذا التعريف محل نظر كونه قاصر عن إيصال فكرة التلقيح الصناعي خارج الرحم وارى بان يعرف التلقيح الصناعي الخارجي بالاتي: التقاء نطفة الذكر مع بويضة المرآة خارج الرحم، ومن ثم تزرع في جدار الرحم ليكمل الجنين مسيرته بعد ذلك بشكل طبيعي.

ثالثا: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي:

ورد عن الفقهاء قديماً أنه قد يحصل حمل عند المرأة من غير الاتصال الجنسي بين الزوجين - الجماع- وبنوا هذا على أنه بالإمكان أن تستدخل المرأة ماء (مني) الرجل في قبلها، وبينوا ما يترتب على هذا الفعل من أحكام تتعلق بنسب المولود إن حملت من هذا الاستدخال، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

١- جاء في الفتاوى البزازية في فقه الحنفية" :عالج جاريته فيما دون الفرج فأخذت ماؤه وجعلته في فرجها وعلقت منه صارت ام ولد[٤].

٢- وجاء في (الدر المختار) أدخلت ماءه في فرجها. هل تجب عليها العدة؟ نعم لكي تتأكد من براءة الرحم، قال ابن عابدين : تعليقاً على عبارة " أدخلت منيه في فرجها " أي أدخلت ماء بعلها في فرجها دون ان يختلي بها او يدخل بها دخولا طبيعيا[٥].

٣- وجاء في حاشية الدسوقي في فقه المالكية:أن المجبوب والخصي إذا تأتى منهما الإنزال لحق الولد بهما وثبت نسبه[٦].

٤- جاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية: وإنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة بعد وطء، أو الفرقة بعد استدخال منيه _ أي الزوج _ لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج ولا بد أن يكون المني محترماً حال الإنزال وحال الإدخال، وفي ذلك حكي الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في حال الزوجية[٧] .

٥- جاء في كشاف القناع في فقه الحنابلة: إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه .فإذا كان حراماً _ أي الماء الذي تحملته - كماء الأجنبي فلا نسب[٨].يتضح من هنا أن التلقيح الاصطناعي ليس أمراً جديداً اكتشفه الأطباء بل هو أمر قديم معروف في الفقه.

المطلب الثاني
طرق التلقيح

تعددت الطرق التي من خلالها يتم التلقيح الصناعي ويمكن تحديدها بسبعة طرق رئيسة، وبما أن هذه الطرق حديثة سيتم توضيح موقف الشريعة الإسلامية من هذه الطرق، فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعد استماعه لشرح الخبراء والأطباء فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي قرر أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبعة[٩]،قرر ما يلي :

أولاً : الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية .

---

(١) د.الشيخ، بابكر عبد الله،"الأحكام لعامة للمسؤولية القانونية للأطباء"،شركة مطابع السودان المحدودة،الخرطوم،٢٠١١،ص٥٧٣.
(٢) الحسن، شادية الصادق ، " حكم الإسلام في التلقيح الصناعي "، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية،٢٠١١، ص٣.
(٣) د. الشيخ، بابكر عبد الله ، المرجع السابق، ص٥٨٩.
(٤) الحسن، شادية الصادق، المرجع السابق، ص٤، نقلا عن الشيخ نظام، "الفتاوى الزازية"، ص٣٥٩.
(٥) الحسن، شادية الصادق، مرجع السابق، ص٤، نقلا عن عابدين، محمد أمين، " رد المحتار على الدر المختار"، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٨، ج٥، ص١٧٠.
(٦) النووي، يحيى بن شرف، " مغني المحتاج "، دار إحياء التراث العربي، ج٥، ١٩٥٨، ص٧٨.
(٧) الخطيب، محمد الشربيني، " المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب "، دار الفكر، بيروت، ج٤، ١٩٨١، ص٣٨.
(٨) إدريس، منصور بن يونس، " كشاف القناع "، عالم الكتب، بيروت، ج، ١٩٨٣ ،ص٤١٢.
(٩) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٣، عمان، ١٩٨٦، قرار رقم (١٦)، العدد٣، ج١، ص٤٢٣.

١- أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته .
٢- أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة .
٣- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها (الأم المستأجرة).
٤- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة .
٥- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

ثانيا : الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما :

٦- أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .
٧- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً.

يتضح من ذلك ان الطريقة لكي تعتبر مشروعة من وجهة نظر الشريعة ان تكون النطفة والبويضة من الزوجين وتحقن في رحم نفس الزوجة صاحبة البويضة ولتوضيح هذه الطرق انظر الجدول التالي:

ت	صاحب النطفة	صاحبة البويضة	صاحبة الرحم	موضع اللقاح	المشروعية
١	الزوج	أجنبية	الزوجة	داخلي	غير مشروع
٢	أجنبي	الزوجة	الزوجة	داخلي	غير مشروع
٣	الزوج	الزوجة	أجنبية	خارجي	غير مشروع
٤	أجنبي	أجنبية	الزوجة	خارجي	غير مشروع
٥	الزوج	الزوجة	الزوجة الأخرى	خارجي	غير مشروع
٦	الزوج	الزوجة	الزوجة	خارجي	مشروع
7	الزوج	الزوجة	الزوجة	داخلي	مشروع

المطلب الثالث

ضوابط التلقيح الصناعي

يتضح من خلال المطلب السابق أن هناك طريقتان فقط مشروعة للتلقيح الصناعي، لذا لابد من توافر ضوابط معينة أثناء إجراء العملية، كموافقة صاحب الشأن وان يكون الغرض من العملية العلاج فالعقم يعد من المشكلات الصحية التي تمس حقا أساسيا وهو الإنجاب، ويمكن أن تنقسم إلى قسمين ضوابط تتعلق بالزوجين وأخرى تتعلق بالطبيب والمؤسسة الطبية:

أولا: ضوابط تخص الزوجين: وهي ما نص عليها قانون الأسرة الجزائري[١] لكن لم يرتب على مخالف هذه هذه الشروط أو الضوابط أي جزاء، ويمكن تحليل هذه الضوابط إلى جملة من النقاط التالية:

١- **رضا الزوجين**: يجب تحقق رضا الزوجين لقيام الطبيب بتلك العملية فلا يمكن لأحدهما أن ينفرد بذلك القرار، والحكمة من ذلك أن لا يلجأ احد الزوجين إلى الطرق غير المشروعة كأن تتفق الزوجة مع الطبيب بتبديل نطفة الزوج أو العكس.
٢- **ان يثبت الزوجين بتقرير طبي عدم قدرتهما أو قدرة احدهما على الإنجاب إلا بهذه الطريقة**[٢].
٣- **وجود الرابطة الزوجية**: يعتبر التلقيح وسيلة استثنائية اتفق عليها الزوجان لكن السؤال هل يجوز التلقيح الصناعي في حالة وفاة الزوج أو طلاق الزوجة رجعيا؟ يتم الإجابة على السؤال حسب الآتي:

أ- وفاة الزوج : اصدر المجمع الفقهي المنعقد في مكة المكرمة فتوى بعدم جواز وضع حيوانات منوية للزوج في زوجته بعد وفاته، والحكمة أن وفاة الزوج تجعل منه رجل أجنبي عن الزوجة، يجب أن يتم التلقيح في فترة قيام الزوجية[٣].

ب- طلاق الزوجة رجعيا: من المعروف أن الزوج اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا بإمكانه مراجعتها دون حاجه إلى عقد جديد بل لا يحتاج إلى موافقتها، وبالتالي إذا ما طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا هل يجوز لها القيام

---

(١) المادة (٤٥) قانون الأسرة (الجزائري) لسنة ٢٠٠٧.
(٢) الحسن، شادية الصادق، المرجع السابق، ص١٢.
(٣) الحسن، شادية الصادق، مرجع سابق، ص٩.

بالتلقيح الصناعي، لم يتناول الفقه هذه الحالة ويرى الباحث جواز التلقيح طالما أنها لا تخرج من فترة العدة وكذلك أن يوافق الزوج، وموافقته هنا هي قبول ضمني منه بإرجاع زوجته إليه، أما إذا مضت مدة العدة فلا يجوز التلقيح الصناعي كونها أصبحت أجنبية عنه لا تحل له إلا بعقد جديد.

ثانيا: ضوابط تتعلق بالطبيب والمؤسسة الطبية[١]:

١- أن يكون الطبيب حسب ديانة الزوجين: يتأثر الطبيب بحسب الديانة والبيئة الثقافية والاجتماعية، لذلك من المهم أن يكون الطبيب مسلما اذا ما كان الزوج مسلما.

٢- أن تتم العملية في مراكز متخصصة ومحددة: ويجب أن تكون هذه المراكز أو المستشفيات تابعة للدولة وتحت إشرافها، وعدم السماح للمستشفيات الأهلية القيام بعمليات التلقيح الصناعي، وذلك لضمان عدم اختلاط الأنساب، وهذا ما دفع بحكومة دبي إلى القيام بحصر عمليات التلقيح الصناعي في المستشفيات الحكومية فقط[٢].

٣- أن يتم إثبات عجز الزوجين بتقرير طبيبين متخصصين على الأقل.

٤- أن تتولى وزارة الصحة إصدار كافة الضوابط الأخرى التي ترى ضرورتها.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن التلقيح الصناعي

بعد أن تم التحدث عن التلقيح الصناعي وبينا الطرق أو الوسائل المشروعة عن غيرها نتطرق في هذا المبحث إلى المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال مطالب ثلاث، حيث يتحدث الأول عن مفهوم المسؤولية الجنائية، بينما يتناول المطلب الثاني المسؤولية الجنائية للطبيب، في حين يتحدث المطلب الثالث عن تكييف خطأ الطبيب بالتلقيح الصناعي.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية الجنائية

تعرف المسؤولية الجنائية بـ (أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختارا، وهو مدرك لمعانيها، ونتائجها)[٣].

من خلال هذا لتعريف نجد أن المسؤولية الجنائية تعتمد على ثلاث عناصر أساسية هي الإدراك والإرادة والخطأ، فيجب لكي يسأل الشخص عن فعله لابد أن يكون مدرك لأفعاله لذلك لا يسأل المجنون كونه غير مدرك، وأيضا يجب على الشخص أن يتمتع بحرية الاختيار فإذا اكره فلا مسؤولية، والعنصر الأخير من المسؤولية هو الخطأ[٤] وهو على درجتين عمدي وغير عمدي[٥]، وبالإضافة إلى ما سبق لابد أن يكون فعل الشخص مُجرّم قانونا تأسيسا على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون[٦]، وهذا ما سيتم توضيحه عند الحديث عن تكييف الخطأ بالتلقيح الصناعي.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية للطبيب

مهنة الطب لم تكن وليدة الصدفة بل تطورت منذ عصور ومورست وفق أسس تختلف عن قواعد وأسس مهنة الطب الحالية، حيث قامت هذه المهنة في البداية معتمدة على الخرافات والسحر والشعوذة إذ ينظر في تلك الحقبة إلى أن سبب المرض هو الشيطان الموجود داخل جسد المريض فيتم علاجه بالرقص والصخب

---

(١) المرجع نفسه، ص١٢.

(٢) الزغيب، بدر محمد، " المسؤولية المدنية للطبيب في مجال الأخطاء الطبية عن التلقيح الصناعي "، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١، ص٣٤-٣٥.

(٣) د. عودة، عبد القادر ،"التشريع الجنائي الاسلامي مقارنة بالقانون الوضعي "، دار الحديث، القاهرة،ج١، ٢٠٠٩، ص٢٩٥.

(٤) على الرغم من اتفاق الفقه على اعتبار الخطأ غير لعمدي جريمة، يرى الباحث بان ذلك الرأي محل نظر لان أساس لمسؤولية الجنائية هو وجود القصد الجنائي الذي هو غير موجود في جرائم الخطأ ألعمدي، في حين يرى الفقهاء انه متوفر كالإهمال أو الرعونة ...الخ.

(٥) د. الخلف، علي حسين ، د. الشاوي،سلطان عبد القادر، " المبادئ العامة في قانون العقوبات "، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٣٦-٣٣٧.

(٦) د. حمو، احمد علي إبراهيم، " القانون الجنائي السوداني ١٩٩١ معلقا عليه "، جامعة النيلين، ط٣، ٢٠١٣، ص٢٤٦.

والضجيج[١]، ومن أهم وأقدم القوانين التي أقرت المسؤولية للطبيب هي القوانين التي ولدت على ارض بلاد الرافدين وأشهرها هو قانون حمورابي حيث تحدث عن مسؤولية الطبيب ووضع لها عقوبة محددة[٢]، ومنها ما جاء في نص المادة (٢١٨) من ذلك القانون بخصوص من يزاول مهنة الطب حيث نصت على (إذا عالج الطبيب رجلا حرا من جرح خطير بمشرط من البرونز وتسبب في موت الرجل أو فتح خراجا في عينه وتسبب في فقد عينه فتقطع يداه)[٣]، يلاحظ من خلال ما تقدم أن التزام الطبيب هو بتحقيق نتيجة، وهذا ما كان في بداية ظهور هذه المهنة ولكن الآن التزام الطبيب هو ببذل عناية، فإذا قام بما هو مطلوب منه كما يقوم الرجل المعتاد فلا مسؤولية عليه، ولكن إذا قصر الطبيب في أداء واجبه يسال مدنيا عن ذلك متى ما تحققت عناصر المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية[٤]، ولكنه لا يسأل جنائيا إلا إذا كان فعله يشكل جريمة بنظر القانون العقابي، لذا تعرف المسؤولية الجزائية للطبيب بأنها (مساءلة الطبيب عن الأفعال التي يرتكبها ايجابية كانت أم سلبية بالامتناع والتي تشكل جريمة في نظر القانون حيث يعامل بموجبها الطبيب شانه شان عامة الناس في المجتمع أو اشد) [٥].

المطلب الثالث

تكييف خطأ الطبيب بالتلقيح الصناعي

لم يتحدث المشرع العراقي عن المسؤولية الجنائية للطبيب شانه في ذلك شان التشريعات العربية الاخرى، وبالرغم من ذلك فقد اشار المشرع العراقي الى ضرورة ان يكون التلقيح الصناعي لا يتنافى واحكام الشريعة الاسلامية، وهذا ما نص عليه قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب[٦].

يرى الفقهاء ان الطبيب اذا اخطأ فلا يسأل عن خطأه الا اذا كان فاحشا، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره اصول فن الطب ولا يقره اهل العلم بفن الطب[٧].

الطبيب هو صاحب الكلمة الفصل في عمليات التلقيح الصناعي وبالتالي إذا ما اخطأ بتلك العملية عن قصد أو غيره فهل يعد فعله جريمة؟ وهل يحوي قانون العقوبات العراقي بين دفتيه نصا يجرم ذلك الفعل؟ هذا ما نحاول توضيحه في هذا المطلب حيث نقارن ما بين خطأ الطبيب (سواء أكان عن عمد او اهمال) بالتلقيح الصناعي وبين جريمة الاغتصاب والزنا وهتك العرض واخيرا من خلال ما يأتي.

أولا: الركن المعنوي او القصد الجنائي لدى الطبيب:

ما يميز التلقيح الصناعي انه يمكن للطبيب ان يغير في اي من نطفة الزوج او بويضة الزوجة او كليهما وهذا التغيير يمكن ان يكون عمدا او يكون نتيجة اهمال، فلو افترضنا ان هذا الفعل مجرم فهنا لايشترط ان تكون جريمة التلقيح غير المشروع عمدية وانما يمكن عن طريق اخلال الطبيب اخلالا جسيما بواجبته من خلال تحري الدقة والحذر اللزميتين لاجراء هكذا عمليات، وهي بذلك تختلف عن جريمة الاغتصاب والزنا زهتك العرض.

ثانيا: علاقة التلقيح الصناعي بجريمة الاغتصاب:

يعرف جارو الاغتصاب بأنه (الاتصال الجنسي بامرأة دون مساهمة إرادية من جانبها) [٨].

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه جامع غير مانع إذ ليس كل اتصال بامرأة يعد اغتصاب فلو اتصال الزوج بالزوجة جنسيا دون رضاها فلا يعد ذلك اغتصاب.

وقد نص القانون العراقي على تلك الجريمة حيث عرفها بالاتي(يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها ....) [٩]. ويوجه لهذا التعريف نفس لنقد الموجه للتعريف السابق.

---

(١) د.الشريف، أسامة علي ، " مسئولية المستشفى الخاص عن الخطأ الطبي "، الخرطوم، مروي بوكشوب، ٢٠٠٩. ص٥.

(٢) الحمداني، شعيب احمد ، " قانون حمورابي "، بغداد، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١٠، ص٢٩.

(٣) المعايطة، منصور عمر،" المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية "، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط١، ٢٠٠٤، ص٩-١٠، نقلا عن محتسب بالله، بسام، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الايمان، دمشق، ١٩٨٤، ص٣٧.

(٤) عساف، وائل تيسير محمد، " المسؤولية المدنية للطبيب "، جامعة النجاح الوطني، نابلس، ٢٠٠٨، ص٦٩.

(٥) ألشكري، عادل يوسف، " المسؤولية الجزائية للطبيب عن إجهاض الحامل "، جامعة الكوفة، كلية القانون، ص١٤.

(٦) قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب (العراقي) المادة (٢) ٢٠١١.

(٧) د. عودة، عبد القادر، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٨) د. الدرة، ماهر عبد شويش،" شرح قانون العقوبات القسم الخاص "، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ب ت، ص١٠٤.

(٩) المادة (٣٩٣) فقرة (١) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٦٩.

ولا بد لتحقق جريمة الاغتصاب من أركان معينة وهي: مواقعة أنثى مواقعة غير مشروعة وانعدام الرضا والقصد ألجرمي، وسيتم توضيح هذه الأركان وفقا للاتي:-

١- مواقعة أنثى ليست زوجة للمغتصب (الركن المادي).

تتم المواقع من خلال إيلاج الرجل عضو التذكير في فرج المرأة بصورة طبيعية، فلو انعدم ذلك الاتصال فلا وجود لتلك الجريمة، وكذلك لو كان الإيلاج في الدبر فلا يعد ذلك اغتصاب بل لواط، وأخيرا أن تتم مواقعة امرأة ليست زوجة للمغتصب فلو اجبر الزوج زوجته على الجماع لا يعد اغتصابا.

٢- انعدام الرضا:

يعد انعدام الرضا الركن الثاني من أركان جريمة الاغتصاب، فيجب أن تكون المرأة في تلك الجريمة قد أكرهت على هذا الفعل أي بخلاف إرادتها، والإكراه قد يكون **مادي** كالتهديد بسلاح ونحوه أو **معنوي** كتشويه سمعتها التشهير بها، أو عن طريق إعطاء مادة مخدرة أو منومة.

٣- القصد لجرمي (الركن المعنوي).

ألاغتصاب جريمة عمديه لابد فيها من توافر القصد ألجرمي، فلو كان المغتصب يعاني من جنون أو تحت تأثير مادة مسكرة أو إكراه ونحوها فلا مجال لتطبيق تلك الجريمة عليه، وكذلك لو اعتقد الجاني أن المرأة التي يغتصبها بأنها زوجته[١].

ومن خلال ما تقدم يمكن التمييز بين تلك الجريمة وبين التلقيح الصناعي من خلال النقاط التالية:-

أ- من حيث توافر الرضا: يشترط لتحقق جريمة الاغتصاب توافر الرضا، بينما لا يشترط في خطأ أوتلاعب الطبيب بالتلقيح الصناعي عدم علم الزوجة او الزوج اذ يمكن تبديل نطفة الزوج او بويضة الزوجة بالاتفاق مع الطبيب.

ب- من حيث طبيعة الاتصال: يجب لتحقق جريمة الاغتصاب ان يتم اتصال الرجل بالمراة بشكل طبيعي بالشكل الذي بيناه سلفا، في حين طبيعة التلقيح الصناعي لا تتم من خلال الاتصال الطبيعي وإنما بالواسطة سواء كان التلقيح داخلي أو خارجي.

ت- من حيث التجريم : الاغتصاب جريمة نص عليها القانون ووضع لها عقوبة محددة، وشدد العقوبة في بعض الحالات[٢]، في حين يرى الباحث أن فعل التلاعب بالتلقيح الصناعي من قبل الطبيب لا يقع تحت طائلة التجريم.

ثالثا: علاقة التلقيح الصناعي بجريمة الزنا:

يمكن تعريف الزنا بانه مواقعة انثى غير الزوجة برضاها من خلال الاتصال الجنسي الطبيعي.

وموقف المشرع العراقي يختلف عن موقف فقهاء الشريعة من حيث التجريم والعقاب، فإذا ما واقعة رجل امرأة ليست زوجته وكانت هذه المرأة بالغة السن القانوني (أكمال الثامنة عشر) فلا يعد ذلك جريمة وفق قانون العقوبات[٣] إلا إذا كان الرجل قد اغوي الأنثى البالغة بالزواج فهنا يعاقب على سبيل الاستثناء[٤]، بل بل يعتبر الفعل جريمة إذا وقع على أنثى لم تبلغ الثامنة عشر[٥]، في حين يعتبر ذلك جريمة زنا بنظر الشريعة الإسلامية، وعموما أركان جريمة الزنا وفق القانون العراقي:-

١- (الإيلاج) مواقعة أنثى على قيد الحياة: لم يبين المشرع المقصود بالموقعة، وبالرجوع إلى رأي الفقهاء يتبين أن المقصود بها الاتصال الطبيعي بين الذكر والأنثى في موضع التناسل، إي بتغييب حشفة الرجل او ما يعادلها في فرج المرأة على قيد الحياة[٦].

٢- توافر رضا الأنثى: وهذا ما يميز جريمة الاغتصاب عن هذه الجريمة، إذ لابد من رضا المرأة لتحقق جريمة الزنا، مع مراعاة أنها لم تبلغ سن الرشد القانوني.

---

(١) د. السعدي، واثبة داوود، " قانون العقوبات القسم الخاص "، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ب ت، ص٦٥.
(٢) المادة (٣٩٣) فقرة (١) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٦٩.
(٣) د. الدرة، ماهر عبد شويش، مرجع سابق، ص١١٤.
(٤) المادة (٣٩٥) فقرة (١) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٦٩.
(٥) المادة (٣٩٤) فقرة (١) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٦٩.
(٦) د. السعدي، واثبة داوود، مرجع سابق، ص٦٢.

٣- القصد ألجرمي: جريمة الزنا من الجرائم العمدية إذ لابد فيها من قصد جنائي وهو تعمد الجاني مواقعة امرأة لا تحل له، فلو جامع الرجل امرأة معتقدا انه زوجة فلا يعد ذلك مندرجا تحت جريمة الزنا لعدم توافر القصد ألجرمي، ويرى الباحث في جريمة الزنا والاغتصاب ان القصد الجنائي مفترض، وعلى الزاني إثبات نقيض ذلك.

من خلال ما سبق نستطيع التمييز ما بين جريمة الزنا وتلاعب الطبيب بالتلقيح الصناعي وفقا للاتي:-

أ- يتشابه كل منهما كون الفعل يقع على امرأة حية في موضع التناسل.

ب- إلا أنهما يختلفان من نواحي وهي

- **من حيث طبيعة الاتصال**: يتم الزنا بالاتصال الجنسي ما بين رجل وامراة وفق ما بينا سابقا، في حين التلاعب بالتلقيح الصناعي يكون في عنصر ثالث وهو دور الطبيب فلا يوجد هناك اتصال طبيعي بين الزوج والزوجة، لذلك يكون الطبيب صاحب الشان في هذه الحالة.
- **من حيث توافر الرضا**: الزنا يتم برضاء المرأة ، التلاعب قد يتم باتفاق مع الطبيب سواء من قبل الزوج او الزوجة (توافر الرضا) وقد ينفرد الطبيب بذلك التلاعب كأن يستخدم نطفته أو نطفة رجل آخر حرصا منه على تحقيق مكاسب مادية أو سمعة طبية.
- **من حيث مصدر النطفة**: دائما يكون مصدرها الشخص الزاني في جريمة الزنا، بينما في التلقيح الصناعي يمكن أن يكون مصدرها شخص آخر غير الزوج أو الطبيب ويمكن أن تكون دون علم صاحب النطفة.

ويختلف الزنا في القانون العراقي عن مفهوم البغاء الذي نص عليه قانون مكافحة البغاء العراقي اذ ان البغاء يعني تعاطي او تكرار الزنا او اللواط مع اكثر من شخص وان يكون ذلك مقابل اجر[١]، ومن خلال ما تقدم نجد ان المراة اذا زنت مرة واحدة مع عدة اشخاص دون اجر فلا يعد زنا وفقا لهذا القانون وكذلك لو زنت عدة مرات باجر مع نفس الشخص فلا يعد زنا وكذلك الحال في اللواط.كما ان هناك من يرى بانه يمكن اثبات جريمة الزنا بالـ DNA (البصمة الوراثية) من خلال فحص قضيب الرجل فاذا ما وجدت عليه افرازات مهبلية تخص نفس المرأة[٢]، وهذا الراي محل نظر كون الزنا كجريمة لابد من اثبات الاتصال الجنسي حقيقتا لا حكما، وهذا امر نصت عليه الشريعة بشكل واضح.

رابعا: علاقة التلقيح الصناعي بجريمة هتك العرض:

يعرف هتك العرض بأنه (فعل مخل بالحياء يقع على جسم مجني عليه معين، ويكون على درجة من الفحش إلى حد مساسه بعورات الجني عليه التي لم يدخر وسعا في صونها وحجبها عن الناس)[٣].

يجب أن يكون هتك العرض وفق نص المشرع العراقي بدون رضا الشخص الذي وقع عليه، أو برضاه إذا كان غير تام الثامنة عشر من العمر[٤].وتتكون جريمة هتك العرض من ثلاث أركان رئيسية وهي:

١- الركن المادي: يشترط في هتك العرض أن يقع على جسم المجني عليه مباشرة ويكون على درجة من الفحش والجسامة، كأن يمس الجاني عورة المجني عليه أو يكشفها، ويختلف هتك العرض عن كل من الاغتصاب والزنا في انه يقع على الذكر والأنثى على حد سواء.

٢- انعدام الرضا: يجب لتحقق تلك الجريمة وفق رأي المشرع العراقي أن ينعدم رضا المجني عليه، كان يستخدم الجاني التهديد بالسلاح أو بإعطاء مادة مسكره أو منومة وغيرها، أما إذا المجني عليه لم يبلغ سن الرشد فتعتبر جريمة هتك العرض متحققة كونه يعتبر ناقص الأهلية وبالتالي رضاه غير صحيح.

٣- القصد الجنائي: تعد جريمة هتك العرض من الجرائم العمدية والتي لابد من توافر القصد الجنائي لدى الجاني لتحققها، فلو تشاجر شخص مع آخر فتمزق ثوبه وانكشفت عورته فلا يعد ذلك هتك عرض، كون الشخص الذي مزق الثوب لم يقصد هتك العرض، أي لم يكن يريد هذا الأمر.

من خلال ما تقدم يمكن التمييز بين جريمة هتك العرض وبين التلاعب بالتلقيح الصناعي من خلال الآتي:

---

(١) المادة (١) قانون مكافحة البغاء (العراقي) لسنة ١٩٨٨.

(٢) البلوي، سالم بن حامد بن علي، "التقنيات الحديثة في التحقيق الجنائي ودورها في ضبط الجريمة"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية، ٢٠٠٩، ص٩٩.

(٣) د. الدرة، ماهر عبد شويش، مرجع سابق، ص١١٥.

(٤) المادة (٣٩٦) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٦٩.

أ- **من حيث الشخص الذي تقع عليه:** محل هتك العرض قد يكون ذكر أو أنثى، بينما جريمة التلاعب بالتلقيح الصناعي تقع على أنثى حصرا.

ب- **من حيث الرضا:** يجب لتوافر جريمة هتك العرض انعدام رضا المجني عليه إلا إذا كان لم يبلغ السن القانوني فلا يعتد برضاه، أما التلقيح الصناعي فلا يشترط انعدام الرضا فيمكن للطبيب أن يتفق مع المرأة على التلاعب بذلك التلقيح.وبعض الدول حاولت إدراج فعل الطبيب تحت مفهوم جريمة الفاحشة[١]، حيث نص القانون الجنائي السوداني على (يعد مرتكبا لجريمة الفاحشة من يأتي فعلا مخلا بالحياء لدى شخص آخر أو يأتي ممارسة جنسية مع شخص آخر، لا تبلغ درجة الزنا أو ألواط، ويعاقب بالجلد أربعين جلدة، كما يجوز معاقبة بالسجن مدة لا تتجاوز سنة أو بالغرامة) [٢] وشدد المشرع السوداني العقوبة إذا كان فعل في مكان عام.ممكن أن يندرج التلاعب بالتلقيح الصناعي وفق جريمة الفاحشة لكن لو نظرنا إلى العقوبة وفق رأي المشرع السوداني نجدها غير رادعة وكذلك غير صريحة.

موقف المشرع العراقي من مسؤولية الطبيب عن التلقيح الصناعي:

يتضح مما سبق انه لا يمكن اعتبار فعل التلاعب من قبل الطبيب بأنه جريمة وفق قانون العقوبات العراقي النافذ، بل إن هذا التلاعب إذا ما تم بالاتفاق بين الطبيب والزوج والزوجة يجد له مبرر وسبب مشروع في قانون العقوبات العراقي حيث نص على :لا يعتبر جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق....ويعتبر استعمالا لحق (عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة)[٣] .

هذا النقص الخطير والهام يحتاج إلى معالجة في قانون العقوبات العراقي لا سيما وان القوانين العقابية تقوم على مبدأ هام وراسخ وهو مبدأ (الشرعية) إي بمعنى لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وبالتالي لا يعد الفعل جريمة ما لم يكون منصوص عليه في القانون حتى وان أنكره المجتمع أو خالف قواعد الأخلاق.

ونلاحظ ان المشرع العربي الوحيد الذي التفت الى هذه المسالة الخطيرة هو المشرع الليبي[٤]، اذ جرم عمليات التلقيح الصناعي.

الخاتمة

تم التوصل من خلال هذا البحث التواضع إلى جملة من النتائج والتوصيات المهمة نوردها بالشكل التالي:-

أولا: النتائج

١- مهنة الطب مهنة متطورة تحتاج إلى مواكبة قانونية لذلك التطور.
٢- لا يوجد نص صريح جازم يجرم إخلال الطبيب بالتلقيح الصناعي.
٣- إذا ما أخطأ الطبيب بالتلقيح الصناعي لا يعد فعله جريمة زنا أو اغتصاب لكنه يؤدي إلى إلى نفس نتائج الزنا وهي اختلاط الأنساب.
٤- لا يمكن للقاضي في حالة انعدام النص تجريم اي فعل وفقا لمبدأ الشرعية.
٥- صعوبة إثبات تلك الجريمة إلا من خلال البصمة الوراثية (DNA).
٦- التأكيد على أن الهدف من تجريم الفعل هو منع حصوله بالدرجة الأولى لما يحققه ذلك التجريم من عناصر الردع والمنع، وكذلك عقوبة من يخالف ذلك المنع.

ثانيا: التوصيات

١- وضع ضوابط حازمة من قبل وزارة الصحة تتعلق بتنظيم عمليات التلقيح الصناعي.
٢- وضع نص قانوني في قانون العقوبات يجرم تلاعب الطبيب بالتلقيح الصناعي.
٣- يجب أن تشمل العقوبة الزوج الذي تواطأ مع الطبيب.
٤- عدم اللجوء إلى تلك الوسيلة إلا بعد استنفاد كافة طرق العلاج البديلة.
٥- أن تجرى هذه العملية في مستشفى حكومي حصرا.

المصادر والمراجع

---

(١) د. الشيخ، بابكر عبد الله، مرجع سابق، ص٦٨٧. نقلا عن حسني، محمود بخيت، قانون العقوبات القسم الخاص، ص٥٢٨.
(٢) المادة(١٥١) فقرة(١) القانون الجنائي (السوداني) لسنة ١٩٩١..
(٣) المادة(٤١) فقرة (٢) قانون العقوبات (العراقي) لسنة ١٩٥٩.
(٤) المادة (٤٠٣) قانون العقوبات (الليبي) ١٩٥٦.

أولا: القران الكريم
ثانيا: كتب الفقه ومعاجم اللغة
١- أبن منظور، محمد بن مكرم بن علي، " لسان العرب"، دار المعارف، القاهرة، مج٥، ج٤٥.
٢- إدريس، منصور بن يونس، " كشاف القناع "، عالم الكتب، بيروت، ج، ١٩٨٣.
٣- الخطيب،محمد الشربيني، " المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب "، دار الفكر، بيروت، ج٤، ١٩٨١.
٤- زكريا، أبي الحسين احمد بن فارس بن ، " معجم مقاييس اللغة "، طبعة اتحاد الكتاب العرب، ج٥، ٢٠٠٢.
٥- النووي، يحيى بن شرف، " مغني المحتاج "، دار إحياء التراث العربي، ج٥، ١٩٥٨.
ثالثا: الكتب القانونية
٦- د.أسامة علي شريف " مسئولية المستشفى الخاص عن الخطأ الطبي "، مروي بوكشوب، الخرطوم، ٢٠٠٩.
٧- الحمداني، شعيب احمد ، " قانون حمورابي "، بغداد، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١٠.
٨- حمو، احمد علي إبراهيم، " القانون الجنائي السوداني ١٩٩١ معلقا عليه "، جامعة النيلين، ط٣، ٢٠١٣.
٩- د. الخلف،علي حسين ، د. الشاوي،سلطان عبد القادر، " المبادئ العامة في قانون العقوبات "، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٠٩.
١٠- د. الدرة، ماهر عبد شويش،" شرح قانون العقوبات القسم الخاص "، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ب ت.
١١- د. السعدي، واثبة داوود، " قانون العقوبات القسم الخاص "، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ب ت.
١٢- د. الشيخ، بابكر عبد الله ، " الأحكام لعامة للمسؤولية القانونية للأطباء "، شركة مطابع السودان المحدودة، الخرطوم، ٢٠١١.
١٣- د. عودة، عبد القادر ،"التشريع الجنائي الاسلامي مقارنة بالقانون الوضعي "، دار الحديث، القاهرة،ج٢٠٠٩،١.
رابعا: الرسائل المجلات والبحوث العلمية:
١- البلوي، سالم بن حامد بن علي، "التقنيات الحديثة في التحقيق الجنائي ودورها في ضبط الجريمة"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية، ٢٠٠٩.
٢- الحسن، شادية الصادق ، " حكم الإسلام في التلقيح الصناعي "، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية،٢٠١١.
٣- الزغيب، بدر محمد، " المسؤولية المدنية للطبيب في مجال الأخطاء الطبية عن التلقيح الصناعي "، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١.
٤- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٣، عمان، ١٩٨٦، قرار رقم (١٦)، العدد٣، ج١.
٥- المعايطة، منصور عمر،" المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية "، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط١، ٢٠٠٤.
٦- عساف، وائل تيسير محمد، " المسؤولية المدنية للطبيب "، جامعة النجاح الوطني، نابلس، ٢٠٠٨.
خامسا:القوانين
١- قانون الاسرة الجزائري لسنة ٢٠٠٧.
٢- قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١.
٣- قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩.
٤- قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٦.
٥- قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب العراقي ٢٠١١.
٦- قانون مكافحة البغاء العراقي لسنة ١٩٨٨.