



الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة:
دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون الماليزي

إعداد

فاطمة خلف كاظم

رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق
(القانون المدني)

كلية أحمد إبراهيم للحقوق
الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

مارس ٢٠١٨ م

ملخص البحث

تدور هذه الدراسة في موضوع بالغ الأهمية، وشديد الحساسية؛ لتعلقه بمسائل التّناسل والأنساب، وهو الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التّناسل المساعدة. فالدراسة دراسة مقارنة بين القانون العراقيّ والقانون الماليزيّ فيما يتعلق بمدى مشروعية استخدام تقنيات التّناسل المساعدة، وشروط إجرائها، وطبيعتها القانونية، وما يترتب على استخدامها من آثار قانونية. وقد عنيت الباحثة في هذه الدراسة ببيان ماهية المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تلك التقنيات، وأركانها في القانون العراقيّ والقانون الماليزيّ. واعتمدت الباحثة في دراستها على المنهج الاستقرايّي التحليليّ؛ وذلك باستقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع، وتحليلها، وكذلك المنهج المقارن للمقارنة بين موقفي القانون العراقيّ والقانون الماليزيّ من استخدام تقنيات التّناسل المساعدة، والحماية المدنية لاستخدامها من أجل الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة الحماية المدنية لاستخدام هذه التقنيات، وخُلصت الدراسة لمجموعة من النتائج، من أهمها: إنّ تقنيات التّناسل المساعدة هي وسائل طبية لمساعدة الأزواج ضعيفي الخصوبة؛ للحصول على طفل والتي لا تثير أي إشكالية قانونية في حالة إجرائها في أثناء قيام العلاقة الزوجية، وأنها من الأعمال الطبية غير الاعتيادية التي يلجأ إليها الطبيب المعالج بعد الفشل في تحقيق الشفاء، أو العلاج بالطرائق العلاجية الاعتيادية المتوقعة، دون أن تزيل الخلل العضويّ المانع من الإنجاب، كما توصلت الباحثة أنّ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليديةّ النافذة في العراق، وماليزيا الخاصّة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبي التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاصّ في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية. وخُتمت الدراسة بمقترحات تساعد في تنظيم القيام بمثل هذه التقنيات، وكذلك تساعد على تطوير المسؤولية الطبية؛ لكي تتماشى مع تطور الأعمال الطبية.

ABSTRACT

This study revolves around a very important and sensitive subject related to reproductive and genealogical issue, namely, civil protection for the use of assisted reproductive techniques. The study is a comparative study between Iraqi law and Malaysian law regarding the legality of the use of the techniques of reproduction, its procedures and legal nature, as well as its legal implications. The researcher, in this study, stresses on a detailed explanation of any civil liability arising from the use of these techniques and its pillars in Iraqi law and Malaysian law. In this study, the researcher relied on the analytical inductive reasoning, to extract the legal texts and the judicial judgments related to the subject. Additionally, the researcher also provided a comparative analysis of Iraqi law and Malaysian law on the use of assisted reproductive techniques and the civil protection required in order to reach a legal formula. This study concluded a set of results: assistive reproductive techniques are a medical means to help couples with low fertility to obtain children and does not raise any legal problems in the case of existing marital relationship, and in the case of the failure of unconventional medical procedures. The researcher found that there is deficiency in laws and regulation in Malaysia and Iraq, with regard to civil liability for the absorption of certain types of medical conduct which are difficult to prove caused by medical error, particularly in the area of unconventional medical procedures. The study concluded with suggestions to help organise such techniques, as well as to help develop medical responsibility to cope with the development of medical technology.

APPROVAL PAGE

The thesis of Fatimah Khalaf Kadhum has been approved by the following:

Majdah binti Zawawi
Supervisor

Halima Boukerroucha
Co-Supervisor

Badruddin Bin Hj Ibrahim
Internal Examiner

Ibnor Azli Ibrahim
External Examiner

Mahdi Zahraa
External Examiner

Fouad Mahmoud Mohammed Rawash
Chairman

DECLARATION

I hereby declare that this thesis is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that it has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Fatimah Khalaf Kadhum

Signature:

Date:.....

الجامعة الإسلامية العالمية-ماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٨م محفوظة ل: فاطمة خلف كاظم

الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة: دراسة مقارنة بين القانون

العراقي والقانون الماليزي

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

- ١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.
- ٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسسية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.
- ٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكاتب الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.
- ٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغيير العنوان.
- ٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبيين به.

أكد هذا الإقرار: فاطمة خلف كاظم

التوقيع:

التاريخ:

إلى من قبلوا باغترابي عنهم فترة.. ما كنا نحسب أن تمتدّ سنين طويلة.. صابرين محتسبين..
مع غصة الألم.. ولوعة الفراق.. حتى أبلغ ما أمّلوا..
مازال دعاؤك أمني أن أكون من علماء الأمة.. دافعاً لي لمواصلة المسير نحو الهدف..
ومازالت عنايتك أبي ورعايتك وأملك بأن أسدّ ثغراً عظيماً من ثغور الأمة.. محرّكاً لي نحو هذا
الهدف.. أفاض الله عليك بواسع رحمته ورضوانه.. ربي أرحمه واجعل مثواه الجنة..
لعلي ببلوغ مرادكما -وهو أيضاً مرادي- أردُّ لكما في الدنيا ويوم القيامة بعضاً مما حبوتماني
به.. وبعضاً مما غمرتماني به.. وبعضاً مما قسمتاه لي من قلبيكما.. يا نبغ الفؤاد.. ويا رمز
كلّ عطاء..
وإلى من جمعني بهم بيت واحد.. في ظلّ والدينا الكريمين.. فلنكنّ يا إخوتي.. عظيم
الامتنان والفخر.. لمساندكم ودعائكم.. آملاً من الله أن يجمعني بكم في ربوع الوطن.. بعد
هذا الاغتراب الطويل..

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي أنعم عليّ بكرمه وعظيم فضله بإتمام هذه الرسالة، أشكره تعالى ولا أحصي ثناءً عليه. والصلاة والسلام على معلّم البشرية، النبي العربي الأمّيّ، محمد بن عبد الله. أما وقد وفقني الله سبحانه وتعالى لإكمال هذا العمل، فإنني أتقدّم بخالص الشكر، وأجزل العرفان لأستاذتي الدكتورة ماجدة بنت زوأوي التي أشرفت على هذا البحث، وأولته عنايتها الكريمة، وذلك بإرشادها ونصحها المحض، كما فتحت لي مكتبها، مما أعانني كثيراً في تذليل الصعاب وتجاوز العقبات، فجزاها الله عني خيراً. والشكر موصول للمشرفة الثانية، الأستاذة المساعدة الدكتورة حليلة بوكروشة لما بذلته من جهد في قراءة هذه الرسالة ومراجعتها، ولما أبدته من مقترحات كان لها أثر عظيم في إثراء هذا العمل، فجزاها الله عني خيراً، وأقدم شكري الجزيل لعميد كلية أحمد إبراهيم للحقوق، وموظفي مركز الدراسات العليا، وجميع القائمين عليه.

فهرس محتويات البحث

ب.....	ملخص البحث
ج.....	ملخص البحث باللغة الانجليزية
د.....	صفحة القبول
ه.....	صفحة التصريح
و.....	صفحة الإقرار بحقوق الطبع
ز.....	الإهداء
ح.....	الشكر والتقدير
ف.....	فهرس الأشكال

الفصل الأول المدخل إلى البحث ١

١	مُقَدِّمة
٢	إشكالية البحث
٣	أسئلة البحث
٣	أهداف البحث
٤	أهمية البحث
٤	فرضية البحث
٤	حدود البحث
٥	منهجية البحث
٦	الدراسات السابقة

الفصل الثاني ماهية تقنيات التَّناسل المساعدة ١٥

١٥	المبحث الأول: التعريف بتقنيات التَّناسل المساعدة
----------	--

المطلب الأول: تعريف التناسل المساعد	١٥
الفرع الأول: مفهوم التناسل البشري	١٦
الفرع الثاني: مفهوم التناسل المساعد	١٨
المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لتقنيات التناسل المساعدة	٢٧
المبحث الثاني: أسباب استخدام تقنيات التناسل المساعدة	٣٠
المطلب الأول: مفهوم القدرة الإنجابية	٣١
الفرع الأول: تعريف الخصوبة (Fertility)	٣١
الفرع الثاني: فسيولوجيا الحمل	٣٣
المطلب الثاني: العجز عن الإنجاب	٤١
الفرع الأول: مفهوم العقم وحالاته	٤٣
الفرع الثاني: مفهوم ضعف الخصوبة وأسبابها	٥٠
الفرع الثالث: قراءة - تحليلية نقدية - ماهية العجز عن الإنجاب	٥٨
المبحث الثالث: شروط اجراء عمليات التناسل المساعدة	٥٩
المطلب الأول: الشروط العامة لإجراء عمليات التناسل المساعدة	٦٠
الفرع الأول: الرضاء	٦٠
الفرع الثاني: شروط الرضاء في العلاج الطبي	٧٢
المطلب الثاني: الشروط الخاصة لإجراء عملية التناسل المساعدة	٧٦
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالقائم بعملية التناسل المساعدة	٧٦
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعملية التناسل المساعدة	٨١

الفصل الثالث الموقف القانوني لتقنيات التناسل المساعدة في العراق

وماليزيا	٨٧
المبحث الأول: تقنيات التناسل المساعدة بين الأزواج	٨٧
المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي	٨٨
الفرع الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي الداخلي:	٨٨

- الفرع الثاني: آلية وطرق التلقيح الاصطناعي الداخلي: ٩٣
- المطلب الثاني: الإخصاب الاصطناعي الخارجي: ٩٥
- الفرع الأول: مفهوم الإخصاب الاصطناعي الخارجي وأسباب اللجوء إليه: ٩٦
- الفرع الثاني: آلية وطرق الإخصاب الاصطناعي الخارجي: ٩٩
- المطلب الثالث: الموقف الشرعي لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة بين الأزواج: ١٠٥
- الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة أثناء قيام الرابطة الزوجية: ١٠٦
- الفرع الثاني: الموقف الشرعي لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة اللاحق لانحلال العلاقة الزوجية: ١١١
- المطلب الرابع: موقف القانون الماليزي والعراقي لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة بين الأزواج: ١١٧
- الفرع الأول: الموقف القانوني لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة أثناء قيام الرابطة الزوجية: ١١٧
- الفرع الثاني: الموقف القانوني لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة بعد انحلال الرابطة الزوجية: ١٢٤
- المبحث الثاني: تقنيات التناسل المساعدة بتدخل الغير: ١٣٨
- المطلب الأول: التناسل المساعد بخلايا تناسلية متبرع بها: ١٣٩
- الفرع الأول: التأصيل التاريخي لتقنية التناسل المساعد بخلايا تناسلية متبرع بها: ١٣٩
- الفرع الثاني: صور أو فرضيات استخدام خلايا تناسلية متبرع بها في تقنيات التناسل المساعدة: ١٤٠
- الفرع الثالث: حكم الشريعة الإسلامية في استخدام خلايا تناسلية متبرع بها في عمليات التناسل المساعدة: ١٤١

الفرع الرابع: مشروعية استخدام خلايا تناسلية متبرع بها في	
عمليات التناسل المساعدة في القانون الماليزي:	١٤٢
الفرع الخامس: موقف القانون العراقي لاستخدام خلايا تناسلية	
متبرع بها:	١٤٤
الفرع السادس: الموقف القضائي من استخدام خلايا تناسلية	
متبرع بها:	١٤٦
المطلب الثاني: تقنية الحمل لحساب الغير:	١٤٨
الفرع الأول: مفهوم الحمل لحساب الغير:	١٤٩
الفرع الثاني: صور الحمل لحساب الغير:	١٥٢
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لاتفاق الحمل لحساب الغير:	١٥٣
الفرع الرابع: الحكم الشرعي لاستخدام تقنية الحمل لحساب	
الغير:	١٦٣
الفرع الخامس: الموقف القانوني لاستخدام تقنية الحمل لحساب	
الغير:	١٦٩

١٧٦ الفصل الرابع التكييف القانوني لتقنيات التناسل المساعدة

المبحث الأول: ماهية حرمة الجسد الإنساني والحق في سلامته:	١٧٦
المطلب الأول: مفهوم الجسد الإنساني والحق في سلامته:	١٧٧
الفرع الأول: مفهوم الجسد البشري	١٧٧
الفرع الثاني: الحق في سلامة الجسم:	١٧٩
المطلب الثاني: الحماية المدنية للحق في السلامة الجسدية:	١٩٤
المبحث الثاني: تقنيات التناسل المساعدة والأعمال الطبية	١٩٧
المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي وأساس إباحته	١٩٨
الفرع الأول: تعريف العمل الطبي:	١٩٨
الفرع الثاني: أساس إباحة العمل الطبي	٢٠٠

- المطلب الثاني: أنواع العمل الطبي ٢١٣
- الفرع الأول: مفهوم التجربة الطبية ٢١٣
- الفرع الثاني: شروط إجراء التجارب الطبية ٢١٧
- الفرع الثالث: تمييز التجربة الطبية عن المحاولة الطبية ٢٢٨
- المطلب الثالث: الأعمال الطبية وعلاقتها بتقنيات التنازل المساعدة ٢٣٠

الفصل الخامس الآثار القانونية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة في

- العراق وماليزيا ٢٣٣
- المبحث الأول: الموقف القانوني للأجنة الفائضة عن تقنيات التنازل
المساعدة ٢٣٣
- المطلب الأول: الطبيعة القانونية والتكييف الشرعي للأجنة الفائضة
عن تقنيات التنازل المساعدة: ٢٣٣
- الفرع الأول: التكييف الشرعي للأجنة الفائضة عن استخدام
تقنيات التنازل المساعدة ٢٣٤
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأجنة الفائضة عن تقنيات
التنازل المساعدة ٢٣٦
- الفرع الثالث: مراجعة تحليلية نقدية للطبيعة القانونية للأجنة
الفائضة عن تقنيات التنازل المساعدة ٢٤٢
- المطلب الثاني: الموقف القانوني للتعامل مع الأجنة الفائضة أو المجمدة ٢٤٤
- الفرع الأول: تجميد الأجنة الفائضة ٢٤٥
- الفرع الثاني: ممارسة التجارب الطبية على الأجنة الفائضة ٢٥٣
- الفرع الثالث: تدمير الأجنة الفائضة عن تقنيات التنازل
المساعدة ٢٦٥
- المبحث الثاني: إشكالية ثبوت النسب للطفل الناتج عن عمليات التنازل
المساعدة ٢٦٧

المطلب الأول: إثبات نسب الطفل الناتج عن عمليات التناسل	
المساعدة بين الأزواج	٢٦٧
الفرع الأول: نسب الطفل الناتج عن تقنيات التناسل المساعدة	
أثناء قيام الرابطة الزوجية	٢٦٧
الفرع الثاني: ثبوت نسب الطفل الناتج عن تقنيات التناسل	
المساعدة بعد انتهاء الرابطة الزوجية	٢٧٠
المطلب الثاني: إشكالية إثبات النسب للطفل الناتج عن تقنيات	
التناسل المساعدة بتدخل الغير	٢٧٥
الفرع الأول: ثبوت نسب الطفل الناتج عن استخدام خلايا	
تناسلية متبرع بها	٢٧٥
الفرع الثالث: إثبات نسب الطفل الناتج عن استخدام تقنية	
الحمل لحساب الغير	٢٧٩

الفصل السادس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات التناسل

المساعدة في العراق وماليزيا	٢٨٨
المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية ونوع التزام الطبيب في استخدام	
تقنيات التناسل المساعدة في العراق وماليزيا	٢٨٩
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات	
التناسل المساعدة في العراق وماليزيا	٢٨٩
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب الناشئة عن	
استخدام تقنيات التناسل المساعدة في العراق	٢٨٩
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب الناشئة عن	
استخدام تقنيات التناسل المساعدة في ماليزيا	٢٩٤
المطلب الثاني: نوع التزام الطبيب في إطار تقنيات التناسل المساعدة	
في العراق وماليزيا	٢٩٦

الفرع الأول: نوع التزام الطبيب في إطار تقنيات التناسل	
المساعدة في العراق.....	٢٩٦
الفرع الثاني: نوع التزام الطبيب في إطار تقنيات التناسل المساعدة	
في ماليزيا.....	٢٩٧
المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات	
التناسل المساعدة في العراق وماليزيا.....	٢٩٨
المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات	
التناسل المساعدة في العراق.....	٢٩٨
الفرع الأول: ركن الخطأ الطبي.....	٢٩٩
الفرع الثاني: ركن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي.....	٣٠٩
الفرع الثالث: العلاقة السببية بين خطأ الطبيب وضرر المريض	
الخاضع لعملية التناسل المساعدة.....	٣١٥
المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن عمليات التناسل	
المساعدة في ماليزيا.....	٣٢٨
الفرع الأول: ركن الخطأ الطبي.....	٣٢٩
الفرع الثاني: ركن الضرر الموجب للمسؤولية المدنية.....	٣٣٦
الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.....	٣٣٩
المبحث الثالث: حكم المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات	
التناسل المساعدة في العراق وماليزيا.....	٣٤٧
المطلب الأول: ماهية التعويض عن الضرر الناشئ عن استخدام	
تقنيات التناسل المساعدة في العراق وماليزيا.....	٣٤٧
الفرع الأول: ماهية التعويض في القانون العراقي.....	٣٤٧
الفرع الثاني: ماهية التعويض في القانون الماليزي.....	٣٥٠
المطلب الثاني: الاستفادة من التعويض عن الأضرار الناجمة عن	
الأعمال الطبية.....	٣٥٣

الفرع الأول: المستفيد من التعويض في القانون العراقي	٣٥٣
الفرع الثاني: المستفيد من التعويض في القانون الماليزي	٣٥٥
المبحث الرابع: المقارنة بين موقف القانون العراقي والقانون الماليزي من	
مسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عن تقنيات التناسل المساعدة	٣٥٦
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية ونوع التزام الطبيب فيها في	
القانون العراقي والقانون الماليزي	٣٥٦
المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية في القانون العراقي والماليزي	٣٥٧
المطلب الثالث: حكم المسؤولية المدنية في القانون العراقي والقانون	
الماليزي	٣٦٠

الخاتمة..... ٣٦٢

أولاً: نتائج البحث	٣٦٢
ثانياً: توصيات البحث	٣٦٨

المصادر والمراجع..... ٣٧١

فهرس الأشكال

٣٩	مواصفات الحيوانات المنوية المطلوبة للإخصاب	شكل رقم ١
٣٩	حيوانات منوية السليمة والمشوهة	شكل رقم ٢
١٠٢	التخصيب في المختبر (I.V.F)	شكل رقم ٣
١٠٥	خطوات الحقن المجهري (I.C.S.I)	شكل رقم ٤

الفصل الأول

المدخل إلى البحث

مُقَدِّمة

الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد:

إنَّ الجسمَ البشريَّ محمي من أي اعتداء يلحق الضرر به، فحرمة جسده مصانة، ومقررة في إعلان حقوق الإنسان، والتشريعات القانونية، فلا يجوز المساس به إلا للضرورة، وهو التدخل الطبي؛ لمعالجته من أي داء، وقد تطور العلم الطبي في معالجة الأمراض فلم يعد العلاج مقتصرًا على الوسائل العلاجية التقليدية، بل أصبح العلاج بوسائل طبية غير العادية، وذلك بسبب التقدم، والتطور البيوتكنولوجي .

فالعصر الحديث والمتمثل بالقرن الماضي، وبداية القرن الحالي قد شهد نماذج جديدة وهائلة من التطور العلمي والتقني، ومن هذه النماذج تلك المتعلقة بالعلوم البيوطبية، فالطبيب في الوقت الحالي يستخدم أساليب مبتكرة، وجديدة لم تكن معروفة، أو متصور وجودها في السابق، والتي ساهمت في معالجة كثير من الأمراض المستعصية، كعمليات زرع الأعضاء البشرية، ومجال الهندسة الوراثية، وكذلك المشاكل الطبية المتعلقة بعدم القدرة على الإنجاب فهي مشكلة حقيقية، وجادة بالنسبة لبعض الأشخاص وهي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بما يسمّى بالصحة الإنجابية، فالإنجاب أو التناسل هو غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها، ولذلك أوجد العلم الطبي طرقاً حديثة بفضل التقدم البيوتكنولوجي في تحقيق رغبات الأزواج غير القادرين على الإنجاب في الحصول على طفل، وذلك من خلال تقنيات التناسل المساعدة.

وتُعدّ تقنيات التناسل المساعدة من القضايا التي حظيت بمئات الأبحاث والدراسات التي استهدفت وضع الضوابط، والحدود القانونية ؛ كي تبقى تلك التقنيات في إطار المباح إجرائها قانوناً وتجرّيم ما عدا ذلك، فموضوع عدم القدرة على الإنجاب واستخدام تقنيات

التَّنازل المساعدة يثير العديد من المشاكل منها ما هو فسيولوجي، ومنها ما هو أخلاقي، ومنها ما هو قانوني، وذلك لقيام بعض الأطباء، والمراكز الطبية باستخدام تلك التقنيات بتدخل الغير كاستخدام خلايا تناسلية متبرع بها، والقيام بعمليات الحمل لحساب الغير، بالإضافة إلى إجرائها بعد انحلال العلاقة الزوجية، وهو ما يثير مشكلة شرعية، وقانونية إجرائها وما هي الحماية المدنية لأطراف العلاقة في حالة الإهمال، أو الاستخدام غير المشروع. ورغم أن التكنولوجيا الطبية في مجال التنازل المساعد تشهد تطوراً سريعاً، وانتشاراً واسعاً، إلا أنه يقابل هذا الانتشار غياب التنظيم التشريعي لها في أغلب الدول، ومنها العراق وماليزيا، فعلى الرغم من صدور قانون لتنظيم استخدام هذه التقنيات رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م (قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب) لما جاء فيه من قواعد تنظيمية وإدارية في كيفية إنشاء هذا المركز، ومهامه، وأهدافه دون الإتيان بأحكام قانونية مفصلة لشروط إجراء هذه التقنيات، وما مدى مشروعيتها، والحماية القانونية (المدنية) لاستخدام هذه التقنيات، وكذلك الأمر في ماليزيا الذي يخلو من تشريع قانوني منظم لهذه التقنيات رغم صدور مبادئ توجيهية خاصة بالقيام بهذه التقنيات عام ٢٠٠٦م، إلا أنها ليس لها قوة إلزامية في محاسبة الأطباء والمراكز المخالفة لها.

ومن هنا فإنَّ هذه الدراسة ستحاول التركيز على التنظيم القانوني والطبيعة القانونية لهذه التقنيات، والآثار المترتبة عليها، وكيفية حماية الإنسان من الأفعال المترتبة على هذه التقنيات من خلال التطرق إلى المسؤولية المدنية للطبيب بنوعيتها (التقصيرية والعقدية) من حيث أركانها، وطبيعتها، ونوع التزام الطبيب في ظلَّ القانون المدني العراقي، وبالمقارنة مع القانون الماليزي.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في بيان إلى أي مدى يمكن لأحكام قواعد القانون المدني العراقي، والماليزي، والقوانين النافذة في العراق، وماليزيا سدَّ النقص في الأحكام القانونية الخاصة في معالجة كيفية إجراء تقنيات التنازل المساعدة، ومدى مشروعيتها، وما طبيعتها القانونية، وما المسؤولية المدنية المترتبة على استخدامها في العراق، وماليزيا.

أسئلة البحث

إنَّ هذه الدراسة هي لمحاولة الإجابة عن عدد من الأسئلة المثارة حول هذا الموضوع والتي تعتبر الإطار العام للبحث ونجملها على النحو التالي:

- ١- ما مفهوم تقنيات التَّناسل المساعدة، وأسباب اللجوء إليها بوجه عام، ومفهوم العقم بوجه خاص؟
- ٢- ما الضوابط القانونية لعمليات التَّناسل المساعدة من حيث صورها، والموقف القانوني في ذلك في العراق، وماليزيا؟
- ٣- ما الطبيعة القانونية لتقنيات التَّناسل المساعدة، والآثار القانونية المترتبة على استخدامها؟
- ٤- ما الحماية المدنية أو المسؤولية المدنية المترتبة عن استخدام هذه التقنيات، وما نوع هذه المسؤولية في ظلَّ القانون العراقي، والقانون الماليزي؟
- ٥- ما أوجه الاختلاف والتشابه بين النصوص القانونية في القانون العراقي، والقانون الماليزي، فيما يتعلق بمدى قانونية تقنيات التَّناسل المساعدة، والمسؤولية المدنية الناشئة عن تقنيات التَّناسل المساعدة؟

أهداف البحث

- يهدف هذا البحث إلى بيان أغراض ومقاصد علمية وقانونية مهمة، ونجملها في الآتي:
- ١- معرفة مفهوم تقنيات التَّناسل المساعدة والعقم، وكيفية التداوي منه في ظلَّ المفهوم الطبي.
 - ٢- بيان صور تقنيات التَّناسل المساعدة ومدى قانونيتها، وطبيعتها القانونية في العراق، وماليزيا.
 - ٣- بيان الآثار القانونية الناشئة عن استخدام تقنيات التَّناسل المساعدة في القانون العراقي، والقانون الماليزي.
 - ٤- بيان أحكام المسؤولية المدنية من حيث أنواعها، وطبيعتها الناشئة في استخدام تقنية التَّناسل المساعدة في ظلَّ القانون العراقي والماليزي.

٥- بيان أبرز أوجه الاختلاف، والتشابه بين نصوص القانون المدني العراقي، والقانون الماليزي في التنظيم القانوني والمسؤولية المدنية المترتبة عن استخدام هذه التقنيات.

أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في كونه يأتي بياناً توضيحياً لمشكلة أصبحت ملحة، وضرورة جداً في العصر الحديث، وهي تقنيات التنازل المساعدة، حيث تتمثل في الإجابة عن عدّة تساؤلات من الناحية القانونية؛ وذلك من حيث تنظيمها، ومدى مشروعيتها، وطبيعتها القانونية، وتأتي أهميته كذلك في بيان أحكام المسؤولية المدنية المترتبة عن استخدام هذه التقنية في القانون العراقي، والماليزي من أجل إيجاد الحلول المناسبة لما تثيره هذه التقنية من تبعات أو مشكلات قانونية؛ لأن إجراء مثل هذه العمليات أو التقنيات مازال يشوبه الغموض لافتقاره للتنظيم القانوني ومن ثم أصبحت الحاجة ملحة؛ لتناول تقنيات التنازل المساعدة بالدراسة والتنظيم.

فرضية البحث

- ١- يُوجد نقص في الأحكام القانونية في العراق، وماليزيا؛ لتنظيم ما ينشأ عن استخدام تقنيات التنازل المساعدة من آثار قانونية.
- ٢- يوجد عجز وقصور في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبي غير الاعتيادي كتقنيات التنازل المساعدة التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة لخطأ الطبيب.

حدود البحث

تلتزم الباحثة في دراستها لهذا الموضوع بالحدود الآتية:

- ١- بيان الموقف القانوني لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة، وطبيعتها القانونية في العراق، وماليزيا.

٢- دراسة الحماية المدنية؛ لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة دون الولوج إلى الحماية الجنائية.

٣- التركيز على دراسة قانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م العراقي (قانون المعهد العالي؛ لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب)، والقانون المدني، وتعليمات السلوك المهني الطبي العراقي لسنة ١٩٨٥ م، و القوانين المتعلقة بجوانب الموضوع.

٤- دراسة القوانين، والأحكام القضائية الماليزية المتعلقة بالمسؤولية الطبية، والمتعلقة بجوانب موضوع البحث.

منهجية البحث

اقتضت الضرورة المنهجية؛ للتعرف على الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة أن تتم دراسة هذا الموضوع من خلال اعتماد الباحثة على عدد من المناهج في كتابتها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: المنهج الاستقرائي: يركز هذا المنهج على دراسة المراجع المعتمدة، واستقصائها، واستقراءها؛ لاستخراج المعلومات المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى استقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالحماية المدنية في القانون العراقي والماليزي.

ثانياً: المنهج التحليلي: اعتمدت الباحثة هذا المنهج وذلك لدراسة النصوص القانونية المتعلقة بتقنيات التنازل المساعدة والمسؤولية المدنية (الطبية) في القانون العراقي وتحليلها، وإبراز الفروق الجوهرية بينها وبين القانون الماليزي محاولة للوقوف على المعايير الموضوعية في المسؤولية المدنية (الحماية المدنية) الناشئة؛ لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة.

ثالثاً: المنهج المقارن: وهو منهج للمقارنة بين الموقف القانوني العراقي والقانون الماليزي من تقنيات التنازل المساعدة والحماية المدنية؛ لاستخدام هذه التقنيات، وذلك لبيان مدى تطابق القانون العراقي مع القانون الماليزي في ذلك للوصول إلى النتائج والحلول التي من شأنها الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة الحماية المدنية؛ لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة.

الدراسات السابقة

إن دراسة موضوع "الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التناسل المساعدة" من الدراسات المعاصرة، فلم تجد الباحثة في حدود أطلاعها للعديد من المصادر العلمية المتنوعة قديماً، وحديثاً إلا على صورة موزعة ومنتشرة في الكتب، والمقالات قديماً وحديثاً، ولقد استفادت الباحثة من بعض هذه المؤلفات بوصفها مراجع مباشرة، أو غير مباشرة لتحقيق إنجاز هذه الدراسة، وقسمت الباحثة هذه المؤلفات إلى نوعين، وهي

أولاً: الدراسات باللغة العربية

من الكتب القانونية المهمة ذات الصلة المباشرة بموضوع البحث هو كتاب **النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة¹** للدكتور حسيني هيكل والذي تطرق فيه إلى مفهوم عمليات الإنجاب الصناعي، وأنواعها، والموقف القانوني منها بالمقارنة مع الشريعة الإسلامية. ويمكن القول إنَّ هذه الدراسة ذات فائدة لموضوع الباحثة في معرفة الاتجاهات الفقهية، والقانونية من هذه العمليات، بيد أن هذه الدراسة قد انحصرت في بيان الموقف القانوني في مصر، وفرنسا، وبشكل مفصل لموقف الفقه الإسلامي من هذه العمليات دون الولوج إلى الحماية القانونية (المدنية) المترتبة عن القيام بعمليات الإنجاب الصناعي، وهو جوهر موضوع دراسة الباحثة.

وهناك بحث بعنوان: **إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح**

الصناعي - دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية² للباحث حيدر حسين كاظم الشمري، وقد استعرض فيه كيفية إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية وخارجها للمولود من عملية التلقيح الصناعي مبيناً في ذلك الموقف الفقهي، والقضائي، والقانوني في العراق من عملية التلقيح الصناعي بشكل عام، وإلى حالة المولود من هذه العملية بشكل خاص، ثم

¹ هيكل، حسيني، **النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة** (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠٠٧ م)

² الشمري، حيدر حسين كاظم، **إشكاليات إثبات النسب في صور و فرضيات التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة في القانون و الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، العدد الثاني، جامعة كربلاء، ٢٠١٠ م.**

استعرض الباحث موقف القضاء المقارن في فرنسا، وأمريكا. وقد أفادت هذه الدراسة موضوع دراسة الباحثة في استقراء الموقف الفقهي، والقضائي من عمليات التلقيح الصناعي على الرغم من أن هذه الدراسة قد تناولت هذا الموضوع قبل صدور قانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١١ م في العراق والخاص بالتقنيات المساعدة على الإنجاب.

وهناك بحث آخر بعنوان: **مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية**^٣ للباحثين حسن محمد كاظم، وحيدر حسين كاظم، وعدنان هاشم جواد، وقد تطرقوا فيه إلى مدى مشروعية القيام بهذه التقنية، فأوضحوا مفهوم الحمل لحساب الغير، وصوره، والتطور التاريخي لهذه التقنية، ثم استعرضوا موقف فقهاء القانون في العراق، والدول العربية، فضلاً عن موقف الشريعة الإسلامية من خلال استعراض الفتاوى الفقهية، والتي أفادت دراسة الباحثة في موضوع بيان الموقف الفقهي من هذه التقنية. وأن هذه الدراسة بينت الموقف التشريعي العراقي قبل صدور قانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١١ م الخاص بالتقنيات المساعدة على الإنجاب، إضافة إلى ذلك أن الباحثين لم يتطرقوا إلى الحماية المدنية؛ لاستخدام هذه التقنية.

ومن البحوث القانونية التي تطرقت لموضوع الدراسة، بحث بعنوان: **زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية**^٤ للباحث هاشم جميل وفيه وضح مفهوم زراعة الأجنة (أطفال الأنايب)، والتطور التاريخي لها ومستعرضاً في ذلك آراء فقهاء الشريعة الإسلامية منها دون الولوج إلى الطبيعة القانونية، والموقف القانوني لها، والحماية المدنية الناشئة عن عملية زراعة الأجنة.

أمّا كتاب **مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي**^٥ للدكتور عامر القيسي، فهو من الكتب

^٣ حسن محمد كاظم و حيدر حسين كاظم و عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير و أحكامه في القانون و الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، العدد الأول، جامعة كربلاء، ٢٠١٠ م.

^٤ جميل، هاشم، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة بغداد، العدد ٢٢٩، ١٩٨٩ م.

^٥ القيسي، عامر، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي (عمان -الاردن: الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠١ م).