



بسم الله الرحمن الرحيم

مسئولية الطبيب المدنية عن عملية التلقيح الصناعي

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

مختار أحمد محمد عيطة

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة مكونة من:

1- الأستاذ الدكتور / محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى، كلية الحقوق. جامعة القاهرة مشرفاً ورئيساً.

2- الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدى

أستاذ القانون المدنى، كلية الحقوق. جامعة بنها عضواً.

3 - الأستاذ الدكتور/ عبد الهادى فوزى العوضى

أستاذ القانون المدنى، كلية الحقوق. جامعة القاهرة عضواً.

القاهرة 2018



يقول المزني:

« قرأت كتاب « الرسالة » على الأمام الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ، فقال الشافعي : هيه - أي حسبك واكفف - أبا الله أن يكون كتاب صحيحا غير كتابه » .

مقدمة البحث

يحيط بنا التقدم العلمي فى كافة أوجه الحياة التى نعيشها، وهذا التقدم العلمي الهائل أدى إلى إثارة تساؤل مهم هو هل إستطاع الفكر القانونى فى مجال المسؤولية أن يتقدم نفس القدر وأن يضع الحلول الملائمة لمشاكل هذا التقدم إذ إن للتقدم مشاكله كما ان للتخلف مشاكله. ومن جملة المجالات التى حظيت بقدر كبير من التقدم المجال الطبى فقد كان للتقدم الذى حصل فى العلوم الطبية أثره العميق فى تغيير النظرة إلى الحقوق والواجبات فى مجتمعاتنا الراهنة، وحيث إن المؤكد أن ماحدث من تطور فى المجال الطبى وصل اليوم إلى ما يشبه بالانفجار العلمي - والذى مازال مطردا - فقد إستحدث الطب الكثير من الإمكانيات التى لم يكن للطب سابق عهد بها، ومن بينها التلقيح الصناعى؛ فقد إنتشرت هذه التقنية منذ الخمسينيات من القرن الماضى وخصوصا فى أمريكا واليابان وفرنسا فبفضل التقدم العلمي الهائل الذى أحرزه العلماء فى هذا المجال سواء كان هناك عقم أو غيره من الحالات التى تعوق دون الإنجاب بالطرق الطبيعية فتوصل العلماء إلى فكرة التلقيح الصناعى بأنواعها الثلاثة، فهناك تلقيح صناعى داخلي وتلقيح صناعى خارجى وهناك حالات يستعان فيها بطرف ثالث.

ولم يتعرض المشرع المصرى كأغلب التشريعات العربية⁽¹⁾ لتنظيم هذه الوسيلة بالرغم من إثارة هذه الأنواع الثلاثة العديد من المشاكل الدينية لما تتطوى عليه من تعلق بالأنساب والفروج والقانونية لأهمية ودقة الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب تجاه طالبي الإنجاب بل ترك تنظيمها للقواعد العامة فى القانون المدنى.

وبما أن القاعدة العامة فى المسؤولية المدنية تقضى بأن الشخص يعد مسئولا عن فعله الشخصى فقوام المسؤولية المدنية هو جبر الضرر الذى أحدثه المسئول⁽²⁾ فقد تم تقنين هذه

(1) صدر مؤخرا بمملكة البحرين القانون رقم (26) لسنة 2017 والصادر بتاريخ 2017/7/26 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعى والإخصاب

(2) أ.د. محمد شكرى سرور - موجز الأحكام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى - دار النهضة العربية 2002 ص 50

القوانين اليونانية

17- Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction

القوانين الإيطالية

18- The new Italian law on assisted reproduction technology Law 40/2004

القوانين النرويجية

19- Norwegian Law No. 168 of 12 July 1987

المواقع الإلكترونية

<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues>

http://www.California_surrogacy_law.com

http://www.bbc.com/arabic/worldnews/2013/10/131001_surrogate_mothers_india <http://www.ichowk.in/society/know-the-important-facts-of-surrogacy-draft-bill-2016/story/1/4295.html>

www.legifrance.gouv.fr

<http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/Truman.Htm>

www.grea.org

<http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

<http://www.thomas.loc.gov/cgi/query/d?c107:3/temp/c107g51kdx>

www.courdecassation.fr

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURIT_EXT000017582144&fastReqId=568863556&fastPos=2

<https://ar.scribd.com/doc/131959882/Commentaire-d-arret-perruche-seance-2-pdf>

<http://www.lexinter.net/Legislation/index.htm>

<http://droit-medical.com/perspectives/la-forme/76-suites-arret-perruche-loi-kouchner>

<http://archive.aawsat.com/details.asp?article=101388&issueno=8557#.WI9aU9IrLI>

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	4
فصل تمهيدى	9
الباب الأول: العقم وأسبابه وطرق التدأوى منه.	22
الفصل الأول: التعريف بالعقم ومشروعية التدأوى منه	24
المبحث الأول: التعريف بالعقم وأسبابه	24
أولاً - العقم لغة	24
ثانياً - العقم إصطلاحاً	24
المبحث الثانى: أسباب العقم	26
المطلب الأول-أسباب العقم عند الرجال	26
المطلب الثانى - أسباب العقم عند النساء	29
المطلب الثالث - أسباب العقم المشتركة بين النساء والرجال	32
المبحث الثالث - تعريف العقم ومشروعية من الناحية الشرعية	34
المطلب الأول - تعريف العقم ومشروعية من الناحية الشرعية	34
المطلب الثانى- مشروعية التدأوى من العقم	35
المبحث الرابع - التلقيح الصناعى من الناحية التاريخية وتطوره	39
المطلب الأول: تعريف التلقيح الصناعى	39
المطلب الثانى: التطور التاريخى للتلقيح الصناعى	41
المطلب الثالث: مبررات اللجوء للتلقيح الصناعى	44
المطلب الرابع: أهمية التناسل فى الشريعة الإسلامية	45
الفصل الثانى: أنواع التلقيح الصناعى	49
المبحث الأول: التلقيح الداخلى	51
المطلب الأول: التلقيح الصناعى الداخلى فى إطار العلاقة الزوجية.	52

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول - حكم التلقيح الداخلي بين الزوجين	52
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الداخلي	56
الفرع الثالث - شروط التلقيح الداخلي بين الزوجين	59
المطلب الثاني: التلقيح الصناعي بماء الزوج بعد إنتهاء العلاقة الزوجية	65
الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة	66
الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن	70
الفرع الثالث: موقف القضاء	73
الفرع الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من الصورة محل البحث	77
المبحث الثاني: التلقيح الخارجي	81
المطلب الأول: التعريف بالتلقيح الخارجي وتاريخ تطوره	82
الفرع الأول: تاريخ التلقيح الخارجي	82
الفرع الثاني: تعريف التلقيح الخارجي	83
الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى تقنية التلقيح الخارجي	84
الفرع الرابع: صور التلقيح الخارجي	86
الغصن الأول: صور التلقيح خارج الجسم بين الزوجين	86
الغصن الثاني: صور التلقيح خارج الجسم بين غير الزوجين	87
الغصن الثالث: صور التلقيح خارج الجسم مع استئجار الأرحام	88
الفرع الخامس: موقف الفقه من الصور المختلفة للتلقيح الخارجي.	90
المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن	92
المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الخارجي	94
الفرع الأول: حكم التلقيح الخارجي بين الزوجين	94
الفرع الثاني: حكم التلقيح الخارجي من غير أحد الزوجين	97
الفرع الثالث: حكم التلقيح الخارجي مع استئجار الأرحام	98
المبحث الثالث: استئجار الأرحام (الحمل لحساب الغير)	99
المطلب الأول: التطور التاريخي لهذه الوسيلة ودواعي اللجوء إليه.	100
الفرع الأول: التطور التاريخي لاستئجار الأرحام	100
الفرع الثاني: دواعي اللجوء إلى هذه الوسيلة.	103
المطلب الثاني: التعريف باستئجار الأرحام أو الحمل لحساب الغير	104
المطلب الثالث: موقف القضاء المقارن من مسألة تأجير الأرحام	105

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي	106
الفرع الثاني: موقف القضاء الأمريكي	107
المطلب الرابع: موقف القانون المقارن من استئجار الأرحام	108
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي	109
الفرع الثاني: موقف القانون الانجليزي:	113
الفرع الثالث: موقف القانون الإيطالي:	114
الفرع الرابع: موقف القانون الأسترالي	114
الفرع الخامس: موقف القانون الأمريكي	115
الفرع السادس: موقف القانون الاسباني:	115
الفرع السابع: موقف القانون الهندي	116
الفرع الثامن: موقف بعض القوانين العربية	116
المطلب الخامس: موقف الشريعة الاسلامية من استئجار الارحام.	117
الباب الثاني: التزامات الطبيب في عملية التلقيح الصناعي والمسئولية	127
الترتبة عليها	
الفصل الأول: التزامات الطبيب في عملية التلقيح الصناعي	127
المبحث الأول: التزام الطبيب بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بعملية التلقيح	129
المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإدلاء بالبيانات	131
المطلب الثاني: مضمون الالتزام	133
المطلب الثالث: الأساس القانوني للالتزام بالإدلاء بالبيانات	142
خاتمة المبحث: حالات إعفاء الطبيب من هذا الالتزام	145
المبحث الثاني: التزام الطبيب بالسر الطبي في مواجهة جميع الأطراف	149
المطلب الأول: ماهية الالتزام بالسرية (تعريفه وشروطه ونطاقه)	151
الفرع الأول: تعريف السر الطبي	151
الفرع الثاني: شروط السر الطبي	153
الفرع الثالث نطاق السر الطبي	155
المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي	158
الفرع الأول: نظرية العقد	159
الفرع الثاني: نظرية النظام العام	162
الفرع الثالث: نظرية الأساس المختلط أو (الأساس الأخلاقي)	165

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث: التزام الطبيب بضمان السلامة	166
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بضمان السلامة	166
الفرع الأول: تعريف الالتزام بضمان السلامة	166
الفرع الثاني: تحديد المقصود بالالتزام بضمان السلامة بالنظر لذاتيته.	167
الفرع الثالث: المفهوم التشريعي للالتزام بضمان السلامة.	167
الفرع الرابع: المفهوم القضائي للالتزام بضمان السلامة	169
المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالعقد بضمان السلامة	170
المطلب الثالث: أساس الالتزام بضمان السلامة	173
الفرع الأول: المسؤولية العقدية أساس الالتزام بضمان السلامة	173
الفرع الثاني: الالتزام بضمان السلامة أساسه المسؤولية التقصيرية.	175
المطلب الرابع: ضمان السلامة في العقد الطبي	178
الفرع الأول: مضمون الالتزام بالسلامة في العقد الطبي	179
المبحث الرابع: التزام الطبيب بضوابط التجارب الطبية في مجال التلقيح الصناعي	183
المطلب الأول: معنى التجارب وأنواعها	183
الفرع الأول: تعريف التجارب العلمية	183
الفرع الثاني: أنواع التجارب العلمية	186
الفرع الثالث: أهمية التجارب العلمية	189
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية	190
الفرع الأول: الإتفاقيات الدولية لحماية جسم الإنسان في التجارب الطبية	190
الفرع الثاني: تنظيم التجارب الطبية في التشريع المصري.	194
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب .	195
المبحث الأول: مسؤولية الطبيب التقصيرية	199
المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب العقدية	204
المطلب الأول: الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب	204
المطلب الثاني: الطبيعة التقصيرية لبعض مراكز المسؤولية الطبية	209
المبحث الثالث: المسؤولية المهنية للطبيب	213
المطلب الأول: إنتقاد الطبيعة العقدية لمسؤولية المهنيين .	213

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: إنتقاد الطبيعة التقصيرية لمسئولية المهنيين .	214
الباب الثالث: عناصر المسؤولية الطبية	218
الفصل الأول: الخطأ الطبي	219
المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي .	219
الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي.	219
الفرع الثاني: صفة الخطأ الطبي	221
الفرع الثالث: معيار الخطأ الطبي	229
الفرع الرابع: مفهوم الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي	232
المبحث الثاني: صور الخطأ الطبي في مجال التلقيح الصناعي	234
المطلب الأول: خطأ الطبيب في التزامه بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بعملية التلقيح الصناعي	234
الفرع الأول: مفهوم هذا الالتزام في مجال التلقيح الصناعي .	234
الفرع الثاني:الضرر المترتب على غياب المعلومة خلال عملية التلقيح الصناعي.	239
الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات	240
المطلب الثاني:خطأ الطبيب في التزامه بالسر الطبي في مواجهة جميع الأطراف	249
الفرع الأول: لصالح من تقرر هذا المبدأ.	250
الفرع الثاني: إعفاء المريض للطبيب من التزامه بالسر الطبي.	252
الفرع الثالث: الجزاء المترتب على إخلال الطبيب بالالتزام بالسر الطبي.	258
المطلب الثالث: عدم التزام الطبيب بضوابط التجارب الطبية	254
الفرع الأول: مبدأ حرية الأبحاث والتجارب على الأجنة البشرية.	254
الفرع الثاني: تجريم المساس بجسد الإنسان دون رضائه.	256
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من استخدام الأجنة في الأبحاث والتجارب الطبية	259
المطلب الرابع: تخلف التزام الطبيب بضمان السلامة في عملية التلقيح الصناعي	268
الفصل الثاني: الضرر	276

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول: الأضرار التي تحدث في المرحلة السابقة على الحمل ومدى الإعتراف بها	276
المطلب الأول: تعريف الأضرار التي تحدث في المراحل السابقة على الحمل.	276
المطلب الثاني: الموقف القضائي من الإعتراف بهذه الأضرار كأساس للتعويض.	279
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي	279
الفرع الثاني: وضع المسألة في فرنسا بعد صدور القانون رقم 814 - 2011 الصادر في 7 يوليو 2011 المتعلق بالطب الحيوي.	285
الفرع الثالث: موقف القضاء الأمريكي.	286
المبحث الثاني: تعويض الأضرار التي تصيب الطفل خلال مرحلة الحمل	289
المطلب الأول: ماهية الجنين البشري وأنواعه كما أفرزها الواقع الطبي الحديث.	290
الفرع الأول: ماهية الجنين	290
الفرع الثاني: أطوار الجنين في بطن أمه	298
الفرع الثالث: أنواع الأجنة البشرية كما أفرزها العلم الحديث	295
المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن في حق الطفل في التعويض	297
الفرع الأول: موقف القضاء الأمريكي	298
الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي	301
الفرع الثالث: الموقف في القانون الفرنسي الصادر في 4 مارس 2002م	309
المبحث الثالث: مسؤولية الطبيب في مواجهة طالبي الإنجاب	317
المطلب الأول: إقرار مبدأ التضامن الإجتماعي	321
الفرع الأول: حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 6 أكتوبر 2005	322
الفرع الثاني: موقف مجلس الدولة الفرنسي.	324
المطلب الثاني: وضع المسألة في القانون المصري	325
الفرع الأول :- موقف الشريعة الإسلامية من أجهزة الطفل المشوه	226
الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من إجهاض الجنين المشوه.	331
الفرع الثالث: موقف القضاء المصري من حق الطفل في التعويض.	336

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث: علاقة السببية	342
المبحث الأول: تعريف علاقة السببية	342
المبحث الثاني: تعدد الأسباب المنشئة للضرر الواحد	344
المبحث الثالث: ضمان الأضرار الناجمة عن الحادثة الطبية باسم الضمان	352
الإجتماعى	
المبحث الرابع: إثبات علاقة السببية:	354
الفصل الرابع: أثر المسؤولية المدنية المترتبة على خطأ الطبيب في عملية	
التلقيح الصناعى	356
المبحث الأول: نطاق التعويض	357
المطلب الأول: نطاق التعويض من حيث القيمة	358
المطلب الثاني: نطاق التعويض من حيث الغاية	362
الفرع الأول:- غرض التعويض فى المذهب اللاتينى.	362
الفرع الثانى:- وظيفة التعويض فى المذهب الأنجلو أمريكى.	367
المطلب الثانى: نحو تقنين سقف التعويض	372
المطلب الثالث: أصحاب الحق فى التعويض	374
الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادى	375
الفرع الثانى: التعويض عن الضرر الأدبى.	379
المطلب الرابع: تقدير التعويض	382
المطلب الخامس: إشتراطات الإعفاء من المسؤولية	385
الفرع الأول: إبطال الشروط المعفية من مسؤولية التاجر تجاه المستهلك	389
الفرع الثانى: إبطال الشروط التعسفية	391
المطلب السادس: ضمان المسؤولية المدنية للطبيب	393
الفرع الأول: دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب	395
الغصن الأول: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب	395
الغصن الثانى: ضمان الأضرار	399
الفرع الثانى:مدى كفاية التأمين فى تغطية كافة الأضرار التى تلحق	401
الغصن الأول :عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التى قد	401
الغصن الثانى: نحو تغطية شاملة لكافة الأضرار التى تلحق بالمرضى	403

الموضوع	الصفحة
الفرع الثالث: إتجاه المشرع الفرنسى نحو إنشاء صناديق الضمان الإجتماعى	408
الغصن الأول: شروط الحصول على التعويض	414
الغصن الثانى: إجراءات التسوية الودية	416
الغصن الثالث: قرارات اللجنة	417
خاتمة البحث	419
التوصيات	422
ملحق البحث	424
المراجع	428
الفهرس	449

مستخلص الرسالة

إهتمت الدراسة ببيان مسؤولية الطبيب المدنية فى مجال التلقيح الصناعى بعد التعريف بالتلقيح الصناعى وبيان أنواعه الثلاثة وبيان أحكامها فى الشريعة الإسلامية وكذلك القوانين المقارنة وأحكام القضاء المقارن وتحديد التزامات الطبيب خلال العمل الطبى وبيان صور الخطأ الطبى فى مجال التلقيح الصناعى إضافة إلى عرض عناصر مسؤولية الطبيب من خطأ وضرر وعلاقة السببية ثم بيان موقف التشريعات المقارنة من أثر تلك المسؤولية من دعاوى التعويض التى يرفعها الأبوين أو الأطفال فى حالة وجود خطأ من الطبيب ثم الحديث عن التأمين من تلك المسؤولية ومدى إلزاميته ثم مدى كفايته لتغطية تلك الأضرار ثم طرح ما إنتهى إليه التشريع الفرنسى من إنشاء صناديق لتعويض ضحايا الأخطاء الطبية وشروط الحصول على التعويض من الصندوق وكذلك بيان إختصاصات لجان التسوية الودية وإنتهينا إلى مشروع قانون للتلقيح الصناعى عسى ان يستفيد منه المشرع المصرى.

مسئولية الطبيب المدنية -التلقيح الصناعي – استئجار الأرحام- الاخطاء الطبية فى مجال
التلقيح الصناعي -التعويض -التامين من المسؤولية الطبية- مشروع قانون للتلقيح الصناعي