جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة

لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص: الحقوق

الموسومة بـــ

النظام القانوني للتلقيح الإصطناعي في التشريع الجزائري
– دراسة مقارنة –

من إعداد الطالب:

باركة إبراهيم

تحت إشراف الأستاذة:

زهدور كوثر

لجنة المناقشة			
الإسم واللقب	**الدرجة العلمية**	**المؤسسة الجامعية**	**الصفة**
فنينخ عبد القادر	أستاذ	جامعة مستغانم	رئيسا
زهدور كوثر	أستاذة	جامعة مستغانم	مشرفة ومقررة
ساجي علام	أستاذ	جامعة مستغانم	مناقشا
قدودو جميلة	أستاذة	جامعة عين تيموشنت	مناقشا
بسعيد مراد	أستاذ	جامعة تلمسان	مناقشا
محمودي فاطمة	أستاذة	جامعة معسكر	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

قال الله تعالى:

" لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (50)"

سورة الشورى

إهداء

إلى من أمرني ربي ببرهما والإحسان إليهما بقوله: "وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا" سورة الإسراء، الآية 24 أهدي ثواب وأجر هذا الجهد المتواضع عرفانا بدين لم ولن أتمكن من رده إلى والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته وإلى والدتي التي رافقت خطواتي صغيرا وكبيرا والتي لم تبخل علي يوما بالدعاء لإخراج هذا الإنجاز العلمي

إلى إخوتي وأخواتي الأفاضل وكل أفراد عائلتهم

إلى زوجتي الكريمة التي عايشت معي تفاصيل هذا العمل ألامه وأماله

إلى إبنتي سهيلة التي أنارت علينا بيتنا

إلى كل أساتذتي الكرام عبر جميع مراحل دراستي

إلى كافة الأحبة والأصدقاء

إلى كل طالب علم يسعى لبلوغ الهدف النبيل.

شكر وتقدير

بداية أحمد الله العلي العظيم الذي أيدني بعونه، ووفقني لإنجاز هذه الأطروحة مصداقا لقوله تعالى: " وَمَا بِكُمْ مِنْ نِعْمَةٍ فَمِنَ اللَّهِ . . . "(سورة النحل، الآية 53)

وبمناسبة إنهاء هذا الجهد المتواضع، لا يسعني إلا أن أوجه جزيل شكري وعظيم امتناني إلى أستاذتي الدكتورة زهدور كوثر التي أشرفت على إنجاز هذا العمل وعلى ما أولته من عناية فائقة ومتابعة كل مراحل هذا العمل بصدر رحب ولم تبخل علي يوما بنصائحها وتوجيهاتها الهادفة ومعلوماتها القيمة، فلها مني كل الشكر والتقدير والعرفان، كما أتوجه بالشكر العميق إلى الأساتذة الكرام المحترمين أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

وإلى كل من ساهم ولو بكلمة طيبة زادت من همتي وعزيمتي في إنجاز هذه الأطروحة .

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية :

م أ ط	مدونة أخلاقيات الطب
م ق	مجلة قضائية
ج ر	جريدة رسمية
د س ن	دون سنة نشر
ط	الطبعة
ج	الجزء
ه	هجري
م	ميلادي
ص	صفحة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة

2- باللغة الأجنبية:

P	**Page**
N°	**Numéro**
éd	**Edition**
Cass	**Cour de cassation**

مقدمة

مما لا شك فيه أن هذا العصر الذي نعيشه قد شهد من التطورات والإنجازات ما لم يشهده عصر من قبله فهو دون أدنى قدر من المبالغة ثورة علمية بكل ما تحمله الكلمة من معنى، فلا تكاد تمر أياما إلا وتحمل لنا معها العديد من الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، التي كان لها الأثر البالغ في تغيير نمط وأسلوب الحياة الطبيعية للبشر، فقد برزت للوجود الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب وتقنيات الهندسة الوراثية التي أثارت الكثير من الجدل العلمي والقانوني.

الأمر الذي أقنع الرأي العام أنه لم يعد مسموحا به ترك التجريب والبحث العلمي في يد العلماء الإختصاصيين وحدهم لمحاولة التحكم في ولادة الإنسان وموته ولا التصرف في الجينات البشرية، مادام الأمر مرتبط بالوجود البشري[1] .

أمام هذه الثورة البيولوجية التي أفرزت مشاكل عويصة وتساؤلات رهيبة حول مستقبل البشرية وأنظمتها القانونية، وفي الوقت التي جعلت تلك العلوم تسبق في أغلب الحالات وتتعدى النص القانوني الذي أضحى يلقى صعوبات في تدارك التحكم في الوضعيات الجديدة، فكان التفاوت الميزة البارزة بين الطب والقانون وبسبب تزايد وتفاقم المشاكل الأخلاقية في المجال الطبي البيولوجي الناجمة عن الممارسات الحديثة في الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية وبسبب الفراغ التشريعي الحاصل في هذا الميدان الطبي أصبح واجبا تدخل علماء الدين ورجال السياسة والقانون من أجل سن ورسم الضوابط والحدود الشرعية والقانونية التي يجب أن يراعيها الباحثون في المجال الطبي البيولوجي[2].

[1] https//www.aljabriabed.net.2022/02/10 تاريخ التصفح

[2] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني ،النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية المجلد الأول، ص 2149.

فالواقع أن الطب قد لعب بالنسبة للإنجاب بالذات دورين يبدو أنهما متناقضيان فقد قام بداية بدور سلبي لمن يرفض أو لا يرغب في الإنجاب، وقدم لهذا الغرض وسائل عديدة لمنع وتنظيم الإنجاب وقد كانت هذه الوسائل وما تزال محل خلاف كبير من الناحية الشرعية، ثم قام حديثا بدور ايجابي بالنسبة لمن يريد ويرغب في الإنجاب، ويحول دون تحقيق هذه الرغبة بعض الموانع المرضية وقدم لهذا الغرض وسائل عديدة لمساعدة الأفراد عل تحقيق أمنية الإنجاب حتى وصل الأمر إلى إكتشاف ما يعرف بالتلقيح الإصطناعي L'insémination artificielle، وأطفال الأنابيب، وصولا إلى ما يعرف ببنوك النطف أو المني، والأم البديلة واستئجار الأرحام، فالطب وسيلة في يد من لا يرغب في الإنجاب وهو نفسه تارة أخرى وسيلة في يد من يرغب في الإنجاب، وتبدو الصعوبة، بل والخطورة في أن الرغبة الإنسانية لا حدود لها، ولا يوجد في الواقع معايير طبية محددة تكفي لضبط هذه الرغبة اللامتناهية فليس كل ما هو ممكن علميا وطبيا جائز شرعيا وأخلاقيا وقانونيا فالإمكان من الناحية الطبية شئ، والجواز شرعا وقانونا شئ أخر تماما، ومن هنا تأتي ضرورة تدخل القانون لرسم حدود الدائرة[3].

ولما كان الهدف من ارتباط الرجل بالمرأة عن طريق الزواج الشرعي، هو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[4]، هذه الأسرة التي تتأتى عن طريق الإنجاب الطبيعي وهو ما يتطلع إليه الزوجان، غير أنَ هذه الرغبة في الإنجاب قد تعترضها بعض العقبات التي تحول دون ذلك.

---

[3] محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، وقل ربي زدني علما،جامعة الكويت،1992،ص 11.

[4] المادة 04 من الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق 27 فبراير 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم: 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة، ج ر، سنة 42، العدد 15، بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق 2005م.

ونتيجة لذلك، وتخليصا للأزواج من هذا الإحباط النفسي، والخوف منه، حاول الأطباء منذ القدم إيجاد حل له، واختراع وسائل تساعد على الإنجاب ومعالجة ضعف الخصوبة، وبعد عدة تجارب، اهتدوا إلى وسائل تساعد على إجراء التخصيب بغير الطريق الطبيعي (الجماع) وهو التلقيح الإصطناعي[5] .

فقد احتل الطب منذ القدم مكانته الخاصة من بين جميع الأنشطة الإنسانية في نفوس الناس، ومن البديهي أن تكون له هذه المكانة،كونه يمس بسلامة الإنسان البدنية والنفسية، فقد كشف التاريخ أن الإنسان قد عرف الطب منذ القدم وزاوله كمهنة[6].

قد عرف الإنسان أيضا المسؤولية الطبية عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب، كون هذه المسؤولية هي مكمن الخلاف الذي يدور عليه صراع الخصوم، أي بين الطبيب والمريض، ومكمن الحساسية من جميع النظم القانونية حتى أصبحت من أكثر الموضوعات تعبيرا عن القيم الاجتماعية والأخلاقية والمهنية، ولعل سر الاهتمام المبالغ فيه أحيانا بمهنة الطب والمسؤولية الطبية المترتبة عن إخلال الطبيب بواجبه الإنساني إنما يعود ذلك إلى علاقة الطب بالحياة والموت من جهة، وجهل الناس بأسرار الجسم والعقل والروح من جهة أخرى، ولكون الطبيب هو الشخص الأكثر عرضة للهجوم من غيره من المهنيين، ذلك أنه يتعامل مع صحة الإنسان وحياته وخبايا الجسم وتعقيداته، فالأمر يتعلق من جهة بطبيب يمارس مهنة من أعقد المهن، ويحتاج إلى قدر كبير من الحرية والثقة في عمله، ومن جهة ثانية بحياة مريض وسلامته الجسدية، ويفترض في طبيبه المهارة الطبية لتحقيق الشفاء له، وأن قوة هذه الثقة قد تكون معادلة في ذات الوقت لخسران حياة

[5] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، سنة 2014، ص 1.

[6] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ط، ص01.

المريض، أو تدهور حالته الصحية نتيجة أي خطأ يقع من الطبيب أثناء علاجه أين لن يكون له في غالب الأحيان الفرصة في إصلاح ما نتج عن خطئه خاصة في حالة وفاة المريض وهو ما يعرف حديثا بفوات الفرصة، وقد عرفت أيضا الجراحة كأحد فروع الطب، حيث كانت في بدايتها بدائية جدا، وكان ينظر إليها كأي عمل أقل شأنا من الطب، بل كانت بمرتبة أي عمل يدوي كعمل الحلاق والخياط، وكان هاذين الشخصين هما من يقوما بدور الجراح حيث كانت العمليات الجراحية تجرى بغير تخدير فلم يكن آنذاك معروفا، فكان المريض يخدر بالخمر أو الأفيون لكنها غير كافية لتحمل الآلام التي كان يشعر بها المريض ثم ما لبث أن قفز الطب بجميع فروعه من جراحة وتخدير وغيرها من التخصصات، وتطور تطورا ملحوظا وذلك من خلال الاكتشافات الحديثة للأجهزة المستعملة في الطب[7]، حيث سجلت الجراحة في السنوات الأخيرة تقدما عظيما، ووضعت القواعد والتوصيات التي من شأنها حماية الأعضاء التناسلية واصلاح مافسد منها، ولم تعد الجراحة التناسلية اليوم مقتصرة كما كانت في الماضي على إستئصال الرحم أو المبيضين، وعلى العملية القيصرية وانقاذ الجنين، فقد أمكن للجراحة اليوم إعادة الأمور إلى مجاريها، وإعادة الوظائف الطبيعية للمبايض بواسطة عمليات دقيقة تجرى على المبيضين، كشف غلاف المبيض، أو كشف جزء متكيس منه[8].

أمام كل هذا أصبح الطبيب يسأل عن أخطائه، مما زاد من الضمان الكافي لحمل الأشخاص على خوض غمار التجارب الطبية، وهي من أخطر ما يتعرض له الكائن البشري في نطاق التقدم العلمي والتكنولوجي، لكونها غير مضمونة

[7]– فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2012، ص16.

[8] صبري القباني، أطفال تحت الطلب ومنع الحمل، دار العلم للملايين، ط 29، بيروت، لبنان، 1983، ص 271.

النجاح في كثير من الأحيان، ولكونها تحمل الكثير من المخاطر التي يحتمل أن تلحق بالخاضعين لها، بما فيها الضرر الجسيم الذي قد يلحق بجسم الإنسان ونفسيته، والانتهاكات الفاضحة لحقوق وكرامة الإنسان، فقد أثارت هذه الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على الإنسان، وخاصة المتعلقة منها بالجنين، والتلقيح الإصطناعي والخلايا الجذعية[9]، وما تثيره أبحاث الجينوم البشري من أسئلة جديدة[10]، والهندسة الوراثية والعلاج الجيني، والاستنساخ الوراثي، وأبحاث الحامض النووي وكذا العمليات الجراحية الغير مسبوقة الكثير من الجدل بخصوص المسؤولية الناجمة عن هذه التجارب الطبية، وبالخصوص مسألة التلقيح الإصطناعي التي أثارت ولازالت تثير الكثير من الجدل الديني والقانوني[11].

لهذا كان للحق في الصحة الإنجابية التأثير البالغ على العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي اهتمت بهذا الحق المخول للمرأة، والتي استطاعت من خلال ذلك تحصيل وافتكاك جملة من المكاسب التي حققتها من وراء المؤتمرات والمواثيق اهتماما كبيرا بمجال المرأة خاصة حقها في الصحة الإنجابية، حيث اعتبرت هذا الحق من الملفات القاعدية والمهمة ومن الأولويات الوطنية في مجال الصحة والسكان، حيث أن الجزائر كانت من بين 189 دولة التي تعهدت منذ بداية الألفية بهذا المجال[12]، فالتمتع بالصحة الإنجابية والجنسية هي من الضروريات

[9] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص ص 07-08 .

[10] Pierre lambert, Bioéthique, bioéthiques, la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de lhomme, bruylant, Belgique, 2003, p 98.

[11] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص ص 07-08 .

[12] فضيل عبد الكريم، واقع الصحة الإنجابية للمرأة في الجزائر مقارنة مع بلدان المغرب العربي"تونس والمغرب"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 23، 2016، ص167.

الأساسية للأفراد، كذلك مسألة الحصول على رضاء المريض الرضاء الحر والمستنير كشرط أساسي لمباشرة الأعمال الطبية التي تنطوي على مساس بجسمه، وبالخصوص في مجال التلقيح الإصطناعي ونقل وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا ، سواء ما تعلق بالنقل من الإنسان الحي إلى إنسان حي أخر، أو ما تعلق بالمساس بجثث الموتى والتي يجب أن تراعى في ذلك الأحكام والشروط والقيود المعتبرة في نقل أعضاء الموتى من الإذن المعتبر، وعدم وجود البدائل، وتحقق الضرورة وغيرها، فما وافق الشريعة الإسلامية منها أجيز، وما خالفها لم يجز، لأن الإنسان محترم حيا وميتا، وحرمته ميتا كحرمته حيا، والواجب شرعا عدم التعرض له بما يؤذيه أو يشوه خلقته، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " كسر عظم الميت ككسره حيا" وزاد في رواية عن أم سلمة رضي الله عنها " ككسر عظم الحي"، فلا يجوز العجلة في الحكم بموته، وخاصة في حالة الموت الدماغي، وهو ما يعرف ب " الميت الحي" وذلك للأخذ من أعضائه والتلاعب بجثته المعصومة شرعا[13].

هذه المسائل وغيرها من المستجدات الطبية الحاصلة اليوم في علم الطب في مختلف مجالاته لم تساير وتواكب تطور موازي في تقدم القانون الطبي، وعدم جرأة وقدرة كثير من فقهاء القانون عن الدخول في متاهات المجال الطبي الحساس من أجل تقرير وضبط قواعد المسؤولية الطبية في هذه المسائل المستجدة كعمليات التلقيح الإصطناعي وما يترتب عنها من أثار وكذا عمليات تغيير الجنس، والجراحة التجميلية، ونقل وزرع الأعضاء، التي أصبحت حالة واقعية تفرض نفسها وهو ما يدفعنا لإدراك حقيقة قائمة، تتمثل في مدى عمق الهوة التي تفصل حاليا بين التطور التقني والعلمي للطب،وتأخر وتذبذب علم القانون عن مسايرة

[13] بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا للأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2016، ص ص 06-07.

تطور علم الطب[14]،لأن القانون يحتل عند كل مجتمع مكانة خاصة، ودرجة مرموقة، إذ يعد بمثابة أداة لتنظيم سلوك الأفراد، والهيئات، ودونه يدخل المجتمع في مراحل من الفوضى والاضطراب، وعدم الاستقرار، فقد أضحى من اللازم أن تفك الرموز التي يعالجها القانون الطبي[15].

هذه العوامل قد أدت إلى اختلال التوازن بين طرفي العلاقة التي تجمع بين الطبيب والمريض، حيث صار هذا الأخير يخضع للهيمنة الكاملة من جانب الأول ونظرا لاختلال المساواة الفعلية، حاول رجال القانون التأكيد على بقاء المساواة القانونية بين الطرفين وتدعيمها وكانت الوسيلة الأولى لتحقيق ذلك هي تقرير مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية عما يرتكبونه من أخطاء في ممارستهم لأعمال المهنة، والحق أن مسؤولية الأطباء عما يرتكبونه من أخطاء ليست وليدة الأمس، فقد عرفت منذ أمد بعيد، فمنذ ما يزيد على أربعين قرنا، وضع حمو رابي البابلي في قانونه الشهير، نصا يعاقب الأطباء على ما يقترفونه من أخطاء:"إذا عالج الطبيب رجلا حرا من جرح خطير فمات، أو فقأ له عينا، فإنه يعاقب بقطع يده".

وبعد حمو رابي بأربعة قرون وضع مانو قانونه الشهير الذي تضمن نصا يعاقب الطبيب الذي يخطئ في علاج مريضه بالغرامة[16] وفي مصر الفرعونية كان الطب يمارس بواسطة الكهنة، وكان يتعين على المريض أن يخضع نفسه للمعبد، حيث يحدد الكاهن مرضه ويصف له العلاج، أما عقاب الطبيب فكان يتوقف على مدى التزامه للقواعد المنصوص عليها في الكتاب المقدس، فإذا خالفها وترتب على العلاج وفاة المريض، فإنه يدفع رأسه ثمنا لجرأته على التضحية

[14] بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2015، ص 23 .

[15] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر، 2007، ص09.

[16] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 4 .

بحياة مواطن، أما إذا اتبع القواعد المدونة بالسفر المقدس فلا مسؤولية عليه حتى لو مات المريض، أما عند اليونان، فقد اختلط الطب، في مرحلة أولى بالسحر والشعوذة، وظل كذلك حتى جاء أبيقراط فأسس الطب على قواعد علمية، وخلصه من السحر والشعوذة، كما عني بالجانب الأخلاقي للمهنة، حيث جاء في قسمه الشهير: "...أي بيت أدخله، فسأدخله للأخذ بيد المريض بنية سليمة، أدخله بريئا من كل نية خبيثة من الإساءة لأي شخص رجلا كان أو امرأة، حرا كان أو عبدا"[17].

على أن حماية المريض باعتباره طرفا ضعيفا في علاقته بالطبيب، لا تتحقق بتقرير مسؤولية هذا الأخير عما يرتكبه من أخطاء فنية في علاج المريض، لأن نشاط الطبيب ينطوي على جانبين أساسيين يكمل أحدهما الأخر، الجانب الفني، والجانب الإنساني، فمن الوجهة الفنية، يلتزم الطبيب، وفقا لما استقر عليه القضاء بأن يبذل في علاج مريضه جهودا صادقة يقظة تتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة في علم الطب، ومن الوجهة الإنسانية، يجب أن يحترم شخص المريض، وأن يعتد بإرادته وبالتالي لا يباشر عملا طبيا على جسم المريض إلا بعد الحصول على رضاء هذا الأخير به، لأن للإنسان على جسده سلطان مطلق وحرية كاملة، لا يحد منها إلا اعتبارات النظام العام التي تمنع التصرف في هذا الجسد على وجه يفوت ما للمجتمع من حقوق عليه وليس من شك في أنه يجب اعتبار المريض شخصا يتمتع بالحرية الكاملة على جسده، على وجه يحول دون إخضاعه للسلطة الطبية رغم إرادته أو بدون علمه، كما أن جسم الإنسان يتمتع بمعصومية خاصة تمنع من المساس به بأي وجه من الوجوه، وإذا كان القانون قد أباح الأعمال الطبية لما تبتغيه من المحافظة على مصلحة الجسم في أن يسير سيرا طبيعيا، إلا

[17] جابر محجوب علي ، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق ، ص ص، 10-12 .

أنه أخضع هذه الإباحة لشرط الحصول على رضاء المريض أو من يمثله قانونا، بحيث يفتقد العمل الطبي الذي يتم دون إرادة المريض صفة المشروعية، ويؤدي إلى إثارة مسؤولية الطبيب[18].

كما أن الإستشراف والتخطيط المستقبلي لدور السياحة الطبية المتنامي في الآونة الأخيرة ومكانتها في رسم سياسات وخطط الدول المستقبلية لإنعاش التنمية الإقتصادية وتنويع الإقتصاد، وأمام التهاوي والإنخفاض المستمر لأسعار البترول في مختلف دول العالم نتيجة للإكتشافات الطاقة البديلة والمتجددة والصديقة للبيئة، بحيث أصبحت السياحة بمختلف أنواعها الحل الأمثل للخروج من سياسة الإقتصاد الريعي، والعمود الفقري للإستثمارات الإقتصادية الضخمة لدورها الفعال في جلب العملة الصعبة، وتوفير فرص العمل للأجيال المستقبلية، ولهذا أضحت السياحة الطبية إحدى أهم أنواع السياحة في العالم لتعلقها المباشر بجسم الإنسان، ولهذا توليها الكثير من الدول أهمية كبيرة إذ إعتبرتها صناعة عالمية وعامل حيوي في استقطاب الأجانب، وأمام تزايد الدعاية المغرضة والتسويقية لحصول الدول التي ترغب في الإستثمار في مجال السياحة الطبية على اعتماد رسمي من مؤسسات معترف بها دوليا، لأن هذا الإعتماد ضروري لتعزيز ثقة المستهلك للخدمات الطبية، لاسيما إذا كان هذا الإعتماد من طرف أنظمة رعاية صحية في البلدان المتطورة صناعيا بحيث يكون هذا الإعتراف الضامن الرئيسي لمتلقي الخدمة الطبية، والجزائر كغيرها من الدول تحاول جاهدة الخروج من سياسة الإعتماد الكلي على المحرقات بتنويع اقتصادياتها التي يعتمد إقتصادها بشكل كبير جدا على العائدات البترولية، ونتيجة للتذبذب التي يعرفها سعر هذه المادة في الآونة الأخيرة، بات البحث عن سبل جديدة لتحريك عجلة التنمية الإقتصادية أمر حتمي،

[18] جابر محجوب علي ، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق ، ص ص، 11-12 .

ولهذا كان التفكير في توظيف سياسة السياحة الطبية كبديل اقتصادي يعول عليه لما لها من فوائد كبيرة في الحصول على العملة الصعبة لإنعاش الإقتصاد الوطني للبلد، ولهذا أدرجت الجزائر ضمن مخطط السياحة الإنجابية أسلوب التلقيح الإصطناعي كأسلوب طبي جديد تهدف من ورائه إلى استقطاب الراغبين في إجرائه من مختلف دول العالم.

كما لا يزال التفكير في أفضل الطرق والآليات لحماية صحة الإنسان وضمان سلامته الصحية الشغل الشاغل لدى الدول ومختلف الهيئات والمؤسسات، إذ أن الذي يواجه الإنسان بصفة عامة والمرأة بصفة خاصة لا يختلف في جوهره من دولة لأخرى، بيد أن كل مجتمع يحاول درء المخاطر الصحية وفقا للنمط الذي يراه متماشيا مع منظومته القانونية[19]، كما أن ممارسة الطب بصورة جماعية في شكل شركات أو عيادات جماعية آخذة الآن في الظهور في بلادنا ومثل هذه الممارسة تثير التساؤل عن مدى استمرار العلاقة الشخصية بين المريض،على وجه يجب معه التأكيد على استمرار هذه العلاقة وعلى التزام الطبيب بالتقيد بجميع الالتزامات التي تثقله حالة ممارسة مهنته بصورة فردية في عيادته الشخصية ، كما أنه يمكن التساؤل عن تقنية التلقيح الإصطناعي كأسلوب مستحدث في التشريع الجزائري التي أصبحت تثير الكثير من الجدل الديني والقانوني إذ أن ما يمكن التساؤل عنه هو **كيف نظم المشرع الجزائري أحكام التلقيح الإصطناعي؟ ومدى تأثرها بالتطور الطبي والتكنولوجي؟** هذه الإشكالية التي يمكن أن تنبثق من ورائها عدة تساؤلات كتلك المتعلقة بالتساؤل حول التكييف القانوني الصحيح للأجنة الزائدة عن حاجة أصحابها فهل هي شخص بالمآل أم مجرد مادة مخبرية، ثم متى يمكن اعتبار البويضة الملقحة خارج الرحم جنين (الجنين المخبري) له حقوق، ثم

[19] باركة إبراهيم، زهدور كوثر، دور هيئة الضمان الإجتماعي في ترقية الصحة الإنجابية المرسوم التنفيذي رقم 20– 60 نموذجا، مجلة قانون العمل والتشغيل ، المجلد 06، العدد 01 جانفي 2021، ص 261.

ما هي هذه الحقوق، وهل تماثل ما للجنين في بطن أمه، ومن المسؤول والذي من حقه المطالبة بها، وهل يمكن التنازل عنها بشكل من الأشكال كالبيع أو التخزين أو التقسيم أو الإستئجار؟

وهل من المقبول استخدام الجنين الآدمي كليا أو جزئيا لإجراء التجارب عليه؟ وهل يمكن استخدام الأجنة لإنقاذ حياة أشخاص آخرين؟ وهل من المقبول تجميد الأجنة الآدمية لفترات طويلة ثم إعادتها إلى الحياة مجددا؟ وما الوضع بالنسبة للجنين إذا أمكن تنميته كلية داخل المختبر لإنتاج طفل مكتمل النمو صناعيا؟ هذه التساؤلات التي سوف يتم محاولة الإجابة عنها من خلال هذه الأطروحة، كما أنني إعتمدت في الإجابة عن هذه التساؤلات المريبة جل المناهج العلمية لأن طبيعة الموضوع وحساسيته الدينية والقانونية تتطلب ذلك، إلا أن المنهج الذي كان يطغى على الأطروحة في كل مرة هو المنهج المقارن وخاصة القانون الفرنسي والبريطاني على إعتبار أن تقنية التلقيح الإصطناعي كان منشأها الدول الأجنبية، وبإعتبارها أيضا نازلة من النوازل الفقهية، ولهذا حاولنا دراسة الموضوع من خلال تقسيمه إلى بابين تطرقنا في الأول منه إلى التلقيح الإصطناعي في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية والقانونية وفي الباب الثاني منه إلى صور التقدم الطبي الخاصة بالأساليب المستحدثة لعلاج العقم وإنعكاساتها القانونية والأخلاقية.

الباب الأول :

التلقيح الاصطناعي على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية والقانونية

استطاع الطب الحديث أن يبتكر وسائل جديدة للتخفيف، أو للحد من المشاكل الناجمة عن ضعف الخصوبة التي يعاني منها أحد الزوجين أو كليهما معا.

هذه العلة المرضية التي وقفت حاجزا أمام تحقيق الهدف من تكوين أسرة تقوم على أساس المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[20] عن طريق الإنجاب الطبيعي الذي يصبو إليه الزوجان، لهذا كان الفشل في الوصول إلى هذا الهدف المنشود سببا لفك الرابطة الزوجية في كثير من الحالات التي عرضت أمام المحاكم للفصل فيها.

وأمام الإكتشافات الجديدة للعلوم الطبية وتطورها تعددت معها الأدوات والوسائل التي يستخدمها الطب في معالجة المرضى، ولا شك أن كثرة الوسائل تسوق إلى زيادة في الخطورة التي يتعرض لها المريض، وأن هذا التوسع والتطور والتعقيد إنما يتطلب بالمقابل مواكبة من القانون في تنظيمه ووضع المعالجات والحلول اللازمة له[21]، لهذا فقد تصدى علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث لهذا المشكل الذي يؤرق ويرهق كاهل الكثير من الأزواج ، حيث أتاحوا فرصا وطرقا جديدة للإنجاب.

هذا التحدي الجديد قد أثار الكثير من المسائل الأخلاقية والدينية والقانونية خاصة وأن هذه الاكتشافات الحديثة تمس بكيان الجسم البشري مباشرة، لهذا فقد دفعت هذه الابتكارات بالهيئة التشريعية في مختلف الدول والحكومات إلى تحريك عجلة العملية التشريعية للعمل على إستصدار قوانين تنظم عملية الإنجاب

---

[20] الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق 27 فبراير 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم: 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة، ج ر، سنة 42، العدد 15، بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق 2005م.

[21] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،الطبعة الأولى، 2007، ص 12.

الاصطناعي وتجعلها تتوافق وأخلاقيات مهنة الطب، لأنه في كثير من الأحيان أصبح القانون عاجزا عن تدارك الوضعيات المستحدثة وبخاصة في الميدان الطبي، لأن هذا الميدان يمتاز بصفة الديمومة والتطور السريع، حيث أننا لاحظنا بأن المدة الفاصلة بين صدور قانون الصحة الجزائري رقم 85-05[22] وفترة صدور قانون الصحة رقم 18-11[23] هي مدة طويلة جدا جعلت من الحالات المبتكرة خلال هذه المرحلة تدخل فيما يعرف بحالة الفراغ التشريعي، والذي يشكل بدوره صعوبة وعائق في التعامل مع الكثير من الحالات التي عرضت على القضاء، بل وعلى الأطباء أنفسهم والعاملين في القطاع الصحي بصفة عامة .

كما كان لموضوع التلقيح الاصطناعي صداه في المجامع الفقهية والمؤتمرات الإسلامية وبعض الفتاوى والآراء الفردية والتي اعتبرته بمثابة نازلة من النوازل التي توجب على علماء الأمة وفقهائها الاجتماع والخروج برأي يمنع أو يجيز العملية من الناحية الشرعية وذلك ليكون المسلم الذي يريد الإقدام على هذه العملية على بينة من أمره.

انطلاقا من هذه المعطيات ارتأيت تقسيم هذا الباب إلى فصلين يخصص الأول منه إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال التركيز على الناحية الطبية المعمول بها لإجراء مثل هذه العمليات، كما أوليت أيضا اهتماما كبيرا بالأحكام الشرعية والقانونية للتلقيح الاصطناعي من خلال تخصيص فصل كامل لذلك.

---

[22] القانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405ه الموافق 16 فبراير 1985م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، السنة 22، العدد 8، بتاريخ 27 جمادى الأولى 1405ه الموافق 17 فبراير 1985م.

[23] القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 18 شوال 1439ه الموافق 2 يوليو 2018م، المتعلق بالصحة، ج ر، السنة 55، العدد 46، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439ه، الموافق 29 يوليو 2018.

الفصل الأول: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب

حقيقة لقد أسهمت عملية التلقيح الاصطناعي في إسعاد الكثير من الأزواج الذين حرموا نعمة إنجاب الذرية ومن تذوق مشاعر الأبوة والأمومة ومن التخفيف من المشاكل الأسرية الناجمة عن تعرض أحد الزوجين لمشاكل ضعف الخصوبة التي أدت في كثير من الأحيان إلى الطلاق نتيجة عدم تقبل أحد الطرفين للوضعية الناجمة عن هذا المشكل ومع تقدم وتطور علم الطب في شتى ميادينه وتخصصاته برز في الآونة الأخيرة علم الأجنة والوراثة كعلم مستقل بذاته يعنى بدراسة نشأة وتطور الكائن البشري منذ الوهلة الأولى للإخصاب وحتى لحظة الولادة، حيث تمكن هذا الأخير من الكشف عن تقنيات جديدة يمكن أن تكون سبيلا لإسعاد الزوجين في تحقيق هدفهما ورغبتهما في الإنجاب، هذه التقنيات تختلف بحسب ما إذا كان المسؤول عن ضعف الخصوبة هو الرجل أم المرأة، لهذا ومن خلال هذا الفصل سنحاول تسليط الضوء في المبحث الأول على عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي والذي غالبا ما يكون بين الزوجين أنفسهم كما قد يجرى في بعض الحالات المرضية بتدخل الغير، كما أننا حاولنا من خلال المبحث الثاني أن نجاري ما توصل إليه العلم الحديث من خلال كشفه عن عملية التلقيح الخارجي والذي ينقسم بدوره إلى طريقين طريق التلقيح الإصطناعي عن طريق الأنبوب وأسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة.

المبحث الأول: عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي

التلقيح الاصطناعي الداخلي (Auto insémination) هو إجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة سواء كان ذلك بنطفة الزوج أو بنطفة طرف ثالث في العملية وهو الأقرب للتلقيح الطبيعي لأنه لا يتطلب استخدام تقنيات وأدوات كبيرة للقيام به، لهذا سنحاول التطرق إليه بشيء من التفصيل من خلال مطلبين نستعرض في المطلب الأول منه التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، أي في إطار علاقة زوجية قائمة فعلا وفي مطلب ثان إلى التلقيح الاصطناعي بمساهمة الغير، حيث يكون لنا في هذا المطلب حديث عن طرف ثالث في عملية التلقيح.

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

نقصد بالتلقيح الاصطناعي بين الزوجين هو إجراء الإخصاب الصناعي بين رجل وإمرأة مرتبطين بعقد زواج صحيح يحل العشرة بينهما في فترة قيام الزوجية حقيقة ومن خلال هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء على المبادئ الأولية لهذا الاكتشاف الطبي عن طريق إيجاد مفهوم لعملية التلقيح الإصطناعي بصفة عامة ومحاولة تمييزه عن بعض الاكتشافات المشابهة له لرفع اللبس وتصحيح المفاهيم لدى عامة الناس وإعطاء نبذة تاريخية مختصرة لمعرفة جذور وأصل هذه العملية.

الفرع الأول: مفاهيم عامة حول عملية التلقيح الإصطناعي

في البداية أود الإشارة إلى ملاحظة مهمة وهي أن بعض الدارسين لهذا الموضوع قد استعملوا مصطلح التلقيح الصناعي بدلا من الاصطناعي لإعتقادهم أنه لا فرق بين المصطلحين وذلك لإعتمادهم على بعض المراجع المشرقية التي وقعت في نفس الخلط بينما لو ترجمنا المصطلحين إلى اللغة الفرنسية لوجدنا الفرق واضحا بين Industriel وArtificiel، إن التلقيح الاصطناعي معناه بكل

بساطة ذلك الإخصاب الذي يتدخل فيه الإنسان آليا لتحقيقه مخبريا أو داخل الرحم بينما لو إعتمدنا مفهوم التلقيح الصناعي فإننا سنكون أمام شيء رهيب لم تتصوره إلا السينما الخيالية، كما لو أنتج الانسان في سلسلات إنتاجية داخل مصانع معدة لهذا الغرض، وقد يكون التلقيح الصناعي بهذا المعنى أخطر من الاستنساخ[24] .

أولا: التعريف اللغوي للتلقيح الإصطناعي

يتكون هذا المصطلح من كلمتين هما التلقيح والاصطناعي فأصل كلمة التلقيح معروف في النخل، فيقال لقَحوا نخلهم وألْقحوا نخلهم، وقد لقحت النخيل ومعناها وضع طلح الذكور في الاناث واللَقاح إسم ماء الفحل في الابل والخيل بالفتح والكسر يقال لقحت إذا حملت، واللقاح مصدر قولك لقحت الناقة تلقح إذا حملت، فإذا إستبان حملها قيل:استبان لقاحها وأصل اللقاح للإبل ثم استعير للنساء،فيقال أيضا لقحت الناقة لقحا ولقاحا[25]، واللقح هو الحمل كما يقال للأمهات الملاقيح، وقيل يطلق الملاقيح على ما في بطونها وهي الأجنة، وكذلك يقال للشجرة والريح السحاب " وأرسلنا الرياح لواقح " أي ذوات لقاح[26].

أما الصناعة فهي إسم والفاعل صانع والجمع صناع، والصنعة والصناعة حرفة الصانع وعمله، وصنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع وصنيع عمله[27].

---

[24] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني ،النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص ص 1431-2157.

[25] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د س ط، ص 579.

[26] سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الاجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،

ط 1، 2010، ص ص 159-160.

[27] زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة الجزائر،2010، ص14.

وأما الصناعي فهو منسوب إلى الصناعة، وهو ما للإنسان عمل فيه[28].

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للتلقيح الاصطناعي

هو عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي،كما عرف أيضا بأنه الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الانجاب[29].

أو هو كل أسلوب أو طريقة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الإتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع[30]

ثالثا: التلقيح الاصطناعي في الاصطلاح الطبي

"عملية يقصد بها الحصول على مني الرجل وبويضة المرأة ووضعهما في وسط مناسب ثم يتم زرع البويضة الملقحة بالرحم"[31]

أو هو"التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة التي التجأ إليها الأطباء المتخصصون لمعالجة الأزواج المصابين بالعقم، وذلك عن طريق إيصال الحيامن

---

[28] سليمان بن عبد الله أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، القضايا الطبية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، المجلد الثاني،2010، ص 2001.

[29] إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل ، المدينة الجديدة تيزي وزو الجزائر،2012 ص ص111- 112.

[30] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،2007،بيروت، لبنان، ص 25.

[31] هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطبعة الولاء الحديثة، 2007، ص 170.

الجنسية الذكرية إلى البويضة الأنثوية، أو الجهاز التناسلي بغير عملية الجماع الطبيعي"[32]

أو هو " العمليات المتنوعة لزيادة الخصوبة بالطرق غير الفسيولوجية لزيادة احتمال الإخصاب"[33].

"الإنجاب بمساعدة طبية أو تقنيات الإنجاب بمساعدة طبية(AMP) هي جميع التقنيات الطبية والبيولوجية التي تنطوي على التلاعب في الأمشاج مع أو بدون الإخصاب في المختبر(IVF) بهدف الحصول على حمل للزوجين الذين لولا ذلك قد يخاطرون بالبقاء عقيمين "[34].

رابعا: التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري

ورد في قانون الصحة رقم 18-11 السابق الذكر من خلال مادته 370 مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب والذي يقصد به المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي، فقد نصت المادة على أن" المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي".

هذا وإن كان يؤخذ على المشرع الجزائري أنه قد وقع في الخلط بين مصطلح العقم وضعف الخصوبة، وذلك من خلال نصه في المادة السالفة الذكر على "حالة العقم المؤكد طبيا"،لأن الأطباء يفرقون بين العقم وضعف الخصوبة، فالعقم هو عدم القدرة على الإنجاب نهائيا، ولا تصلح له وسائل الإنجاب

[32] منذر طيب البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والإستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص 47.

[33] يه روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات 2016، ص 21.

[34] Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) Assistance médicale a la procréation (AMP) université médicale virtuelle francophone,2011, p 4.

الإصطناعي بإستثناء عمليات زرع الأعضاء التناسلية كزرع المبيض أو الخصية والتي هي محرمة شرعا في ديننا الحنيف، لأنها ناقلة للشفرة الوراثية للشخص المنقولة منه [35]، حيث أنه جاء في توصيات الندوة الطبية الفقهية حول الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي على أن " الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى إختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج...."[36]

الفرع الثاني: التطور التاريخي للتلقيح الإصطناعي

الحقيقة المعروفة تاريخيا أن أول ما عرف الإنسان التلقيح كان في دائرة الأشجار والحيوان من أجل تحسين سلالتها ونوعيتها، وأن أول تلقيح أجري كان سنة 1780، قام به الكاهن الإيطالي "لازارد سبالانزا "، الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى أول عملية وكانت ناجحة على أنثى الكلب[37].

كما كان للعلماء المسلمين حديث عن هذه القضية فقد ذكر ابن خلدون في مقدمته المعروفة " إعتمادا على ما ذكره ابن سينا والفرابي، أنه يمكن تخليق إنسان من المني في بيئته الطبيعية " ثم يعقب على ذلك بقوله " وإذا سلمنا له بالإحاطة بأجزائه ونسبته وأطواره وكيفية تخليقه في رحمه وعلم ذلك علما محصلا

[35] مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد الرابع، 2006 ص 71.

[36] توصيات الندوة الطبية الفقهية حول الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي المنعقد بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 10 – 13 أكتوبر 1988 بدولة الكويت.

[37] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر 2017، ص93.

بتفاصيله حتى لا يشذ منه شيء عن علمه سلمنا له تخليق هذا الإنسان "[38] هذا ما يدل على أن ابن خلدون يعترف بإمكانية التخليق غير أنه يستبعد ذلك في عصره لقصور العلوم البشرية آنذاك[39].

يظهر لنا من هذا أن ابن خلدون يتحدث عن إمكانية نشوء ما يسمى بطفل الأنبوب المعروف وذلك فيما إذا عرفت النسب والجزئيات والأطوار الخاصة بهذا العلم مما كان غير معروف في تلك الأيام وينهي كلامه بقوله " وليست الاستحالة فيه من جهة الفصول ولا من الطبيعة إنما هو من تعذر الإحاطة وقصور البشر عنها" [40].

تجدر أيضا الإشارة إلى أن الفقهاء الأوائل قد ذكروا في كتبهم قضية ما يعرف بالإستدخال وهو أمر شبيه إلى حد كبير بعملية التلقيح الإصطناعي، ولا يعتبر التلقيح أمرا مستحدثا، وإنما هو معروف في الفقه الإسلامي، وقد ذكره الفقهاء القدامى باسم استدخال المني أو تحمله ومن نصوص الفقهاء أنه ورد في **حاشية ابن عابدين:** " إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل، فأخذت الجارية ماءه في شئ، فاستدخلته في فرجها في حدثان ذلك، فعلقت الجارية وولدت، فالولد ولده، والجارية أم ولد له"،كما جاء أيضا في **حاشية البيجرمي على الخطيب** " وكالوطأ – في وجوب الإعتداد– إستدخال المني المحترم حال خروجه، ولو بإعتبار الواقع فيها يظهر، كما لو خرج – المني – بوطأ زوجته ظانا أنها أجنبية، فاستدخلته زوجة أخرى أو أجنبية اعتبارا بالواقع دون إعتقاده.

---

[38] عبد الرحمن بن خلدون، المقدمة، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1983، ص 513.

[39] أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2010 ص ص 23–24.

[40] عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 18.

وجاء أيضا في **المغني**[41] ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل، لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا، ولذلك يحصل الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد " وجاء أيضا في **كشاف القناع** " يلحق من النسب إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه، فإن كان حراما، أو ماء ظنته من زوجها فلا نسب ولا مهر ولا عدة في الأصح فيها "[42].

ومما سبق يتبين أن الفقهاء كانوا يعرفون التلقيح الإصطناعي في صورة إستدخال المني أو تحمله، وأكثرهم رتب عليه أحكاما، وبعضهم لم يجعل له عبرة[43].

الفرع الثالث: أسباب لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي

نشير في البداية إلى أن هذا النوع من التلقيح هو إجراء يتم بين زوجين مرتبطين بعقد زواج صحيح يحل العشرة بينهما في فترة قيام عقد الزوجية حقيقة[44] فهو أشبه بالتلقيح الطبيعي لأنه لا يستلزم أدوات طبية وتقنيات متطورة للقيام به، إذ يتم بنقل المني اصطناعيا بعد التأكد من سلامته إلى رحم الزوجة

[41] المغني لإبن قدامة، ج 8، ص 65.

[42] كشاف القناع للبهوتي، ج 5، ص 412.

[43] أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، القضايا الطبية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد الثالث، 2010، ص 2098.

[44] زبيدة إقروفة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 53.

بقصد إحداث الحمل لديها[45] ويكون بنقل نطفة الزوج نفسه sperme، حيث تستخدم هذه الوسيلة في حالة عجز الزوج عن إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب في مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي[46] كإصابته مثلا بالعنة وهي عند الفقهاء ما عبر عنه الأطباء بعدم الإخصاب عند الرجل بقولهم: العنين من الرجال من لا يقدر على إتيان النساء ولا يشتهي النساء، وهو لا يقدر على الجماع مطلقا مع وجود الآلة أو يقدر على الثيب دون البكر أو يقدر على بعض النساء دون بعض لمرض به أو لضعف طبيعته أو لكبر سنه أو لغير ذلك، ويكون عنينا في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها سواء كانت ألته تقوم أم لا [47]،أو ليست لديه القدرة على إيلاج السائل المنوي إلى أغوار المهبل لكونه سريع الإنزال، أو كان السائل المنوي للزوج ليس بالكم الكافي لإتمام عملية الإخصاب[48].

كما قد تكون درجة حموضة مهبل الزوجة عالية والتي تتسبب هي الأخرى في قتل الحيونات المنوية للرجل أو لوجود تضاد بين خلايا المهبل وبين الحيونات المنوية، كذلك الأمر بالنسبة للسمنة المفرطة للزوجة بحيث لا يمكن وصول الحيونات المنوية عن طريق الجماع الطبيعي،الأمر كذلك بالنسبة لإفرازات عنق

[45] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، ط 1، الاسكندرية مصر، 2014، ص 61.

[46] محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 23.

[47] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني،القضايا الطبية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد الثاني،2010، ص ص 1441- 1442.

[48] محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق ،ص 35.

الرحم التي تعوق ولوج الحيونات المنوية[49] أو يكون عنق الرحم مميت للحيوان المنوي لعدم التوافق بين سائل مخاط عنق الرحم والحيونات المنوية للزوج لوجود أجسام مضادة بمخاط عنق الرحم،لأن المشكل في هذه الحالات المذكورة على سبيل المثال لا الحصر تكمن في صعوبة إلتقاء نطفة (spermatozoïde) الزوج مع بويضة (ovule) الزوجة[50].

الفرع الرابع: تمييز العقم عن العيوب العضوية عند الزوج

على إعتبار أن التشريعات الوضعية قد أغفلت تعداد العيوب العضوية عند الزوج، وهذا ما يدل صراحة على أن التشريع الاسلامي وفقهه هو الأقدر على استيعاب الأحوال الشخصية وتنظيمها تنظيما دقيقا، فقد تحدث فقهاء الشريعة الإسلامية بإسهاب كبير وتفصيل شامل عن عيوب الزوج والتي قد تعيق تحقيق هدف التناسل والتي سوف سنحاول التطرق إليها:

1- **العنين:** العنة في الرجل عيب يثبت الخيار لزوجته في فسخ النكاح لأجلها وبه قال عامة أهل العلم، وقيل هو العاجز عن وطء المرأة، وقيل سمي العنين عنينا لأن ذكره يسترخي، فيعين يمينا وشمالا فلا يصل إلى المرأة مع قيام الآلة ولو وصل إلى بعضهن دون بعض أو إلى الثيب دون البكر، قيل أيضا من لا يشتهي الجنس الأخر.

وما سمي عند فقهاء الشريعة الإسلامية "بالعنة" يقابله في الطب الحديث ما يعرف ب "ضعف الانتصاب" أو "الضعف الجنسي" الذي ترجع أسبابه إلى ضعف الدماغ أو الهرمونات والأعصاب والعضلات والأوعية الدموية، وللمرأة أن تتطلب

---

[49] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، المرجع السابق ،ص 62.

[50] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، دار الوفاء، ط1،2013، ص 24.

التفريق على أن يؤجل العنين سنة بشروط وهي أن يكون الزوج بالغا صحيحا فلا يؤجل المريض حتى يصح ولا الصبي حتى يبلغ على أن تكون غير عالمة به قبل النكاح وغير راضية به بعده، وقد برر العلماء أجل السنة أن العنة قد تكون بسبب الرطوبة أو الحرارة فيساعد تغير الفصول عبر سنة كاملة على الشفاء وإيجاد العلاج حسب نوع الحالة فإذا إنقضى الحول ولم يبرأ عرف أنه عنين بأصل الخلقة، فتخير المرأة عند السادة الحنفية بين البقاء مع زوجها العنين أو مفارقته فإن هي إختارت الفراق أمر القاضي الزوج بطلاقها فإن أبى طلقها القاضي تطليقة بائنة.

أوردت أغلب كتب الفقه قول سيدنا عمر رضي الله عنه في العنين أنه يضرب له أجل سنة فإن لم يصل إليه فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة ولها المهر كاملا وعليها العدة، وبهذا الرأي أخذ علمائنا، تطبيقا لقاعدة " فوات المقصود بالعقد يثبت للعاقد حق رفع العقد "

فالعنة ليست بالضرورة سببا من أسباب العقم لتوفر الآلة كما أن العلماء اجتمعوا على إمكانية الحمل منه.

2- **المجبوب:** هو مقطوع الذكر والخصيتين، فهو كالعنين إلا في خصلة واحدة وهي الأجل فالعنين يؤجل والمجبوب لا يؤجل، إذ يطلق وصف المجبوب أيضا على العضو الذكري الصغير الحجم أو القصير الذي لا يمكن أن يلج في فرج المرأة.

فالمجبوب لا يتصور الحمل منه لإنعدام الآلة كليا وهو ما يجعله في حكم العقيم مؤبدا، فإن وجدت الزوجة زوجها مجبوبا خيرت ودون تمهل لأن العقم والضرر ثابتين بإتفاق الفقهاء الأربعة.

3- الخصي: من نزعت خصيتاه وبقي ذكره، وهو من سلت خصيتاه، وقد أطلقت تسمية هذا العيب الجنسي نسبة إلى إسم الجزء المعيب وهو الخصيتين.

من الفقهاء من قال أن الرجل المعيب بعيب من العيوب السالفة الذكر لا ينتفي عنه الحمل إلا باللعان وهو ما قال به الفقهاء كون تلك العيوب لا تنفي وصول المني إلى المرأة نهائيا وإنما قد تعيقه، وهو ما جعل الفقهاء يتريثون في نفي النسب لهذه العيوب.

وبعد تبيان هذه العيوب العضوية عند الزوج يتضح لنا أن الكثير من القانونيين يعتقدون أن العقم من العيوب الزوجية التي أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في تعدادها وبيان أحكامها، لكن ذلك من قبيل الخلط بين العيب العضوي والعقم.

فالعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجته ولا يصنف ضمن العيوب التي ينتفي معها المقصود الأصلي للزواج وتفويت على الزوجة حقها في الوطء وهي غير قابلة للزوال، إذ لا يعد الرزق بالأولاد في حد ذاته عيبا إلا إذا اقترن بعيب أخر، كما أن النسل وإن كان من أسمى غايات الزواج إلا أنه ليس كل غاياته، وفي ذلك يقول الله تعالى " لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير "

يسوق أصحاب هذا الرأي أيضا آيات من القران الحكيم حول غايات الزواج وهي الأنس والسكينة والعشرة والمودة والرحمة من قوله عز وجل " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" " يا أيها الذين أمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن

بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " فيرفضون تطليق الزوج لهذه الأسباب.

إذن العيوب الثلاثة السابقة الذكر هي من أشهر العيوب التي قد تعتري الرجال، إلا أنها تختلف عن العقم من حيث الأسباب والأوصاف، وعليه يتضح الفرق بين العقم والعيب إذ أن العقم عند الرجال راجع لأسباب تتعلق بالخصوبة ضعفا أو إنعداما رغم وجود الآلة كاملة والقدرة على إقامة علاقة جنسية تامة، أما العيوب فإنها تصيب آلة الرجل وأعضائه الجنسية من بتر عضو أو ضعف في الإنتصاب ما يحول دون تمام العلاقة الجنسية بالطريقة الصحيحة الكاملة، فالخلط بين العيب العضوي والعقم الراجع إلى سبب داخلي قد يترتب عليه أحكام مغلوطة[51].

المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بمساهمة الغير

ويقصد به استعمال الطبيب المشرف على عملية التلقيح نطفة طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية (متبرع) في تلقيح بويضة المرأة المستفيدة من نطفة هذا الرجل المتبرع، ويلجأ الطبيب لمثل هذا الأسلوب في حالة ما إذا كان الزوج عقيما، أي أن قدرته على الجماع طبيعية غير أنه لا يوجد في مائه حيوانات منوية، أو أنها موجودة لكنها تفتقد إلى سر الحياة، أو لوجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدرتها على اختراق البويضة،و يكون بذلك الطفل الناتج عن مثل هذا الأسلوب مرتبط بيولوجيا بالأسرة بنسبة 50% بحكم أن البويضة من الأم، وقد

[51] سفسيفي محمد، نعيمي عبد المنعم، معيقات الإنجاب عند الزوج وأثرها على الرابطة الزوجية في ظل تقدم الحلول الطبية دراسة قانونية مدعمة بالإجتهاد القضائي، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021، ص ص 54 – 55.

نظمت المجتمعات الغربية هذا الأسلوب من خلال إنشاء مراكز حفظ النطف التي يتم تمويلها عن طريق التبرع[52].

من خلال هذا المطلب سنحاول التطرق إلى النقاط القانونية التي نوضح من خلالها التكييف القانوني للتبرع بالنطف، مع تحديد الشروط الواجب توفرها في المتبرع بالنطف، كما نبين أيضا حكم تدخل الغير في التلقيح من الناحيتين الشرعية والأخلاقية وهذا كله من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: التكييف القانوني للتبرع بالنطف

نشير بداية للتبرع بالنطف لم نجد له تأطير قانوني حقيقي لكن ذلك لم يمنع من محاولة بعض القانونيين إسقاط بعض التصورات القانونية على طبيعة هذا العقد التي تباينت أرائهم بين من اعتبره عقد هبة والتي يتصرف بمقتضاها الواهب في مال له دون عوض، على إعتبار أن النطفة لا تعتبر مال، ولكنها نتاج الشخص، لهذا يصعب اعتبار العقد المبرم بين الشخص والمركز عقد هبة حتى ولو كان هذا السائل المائي يقوم بالمال.[53] وهذا على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يشترط أن تكون الهبة مالا فقط حيث نص من خلال المادة 202 ق.أ على أن "الهبة تمليك بلا عوض..." حيث يكون بذلك قد خالف القوانين العربية الأخرى كالتشريع الكويتي والمصري التي نصت قوانينها على أن الهبة عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض.

كما اعتبر آخرون بأن هذا التصرف هو في حقيقته عقد وديعة والمودع هنا هو الغير صاحب النطفة، والمودع لديه هو مركز التلقيح، لكن هذا التكييف لا يتفق مع جوهر عقد الوديعة وأحكامه التي حددها المشرع، فالمودع لديه يلتزم

[52] مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 75.

[53] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 126.

بحفظ الشيء المودع ورده عينا للمودع أو لمن يحدده، وإذا أمكن القول أن النطفة تعتبر شيئا يجوز من ثم أن تكون محلا للوديعة، فإن مركز التلقيح المودع لديه لا يلتزم برد النطفة إلى من تبرع بها، ومرد ذلك أن التبرع كان الهدف منه استخدام المني في تلقيح إمرأة يختارها المركز حسب المعايير المحددة لديه، وإذا كان المركز لا يلتزم بالرد، فالتصرف إذن ليس وديعة، فالتبرع بالنطف هو عقد من العقود غير المسماة ذو طبيعة خاصة وإن كان في جوهره تبرعا، إلا أنه مع ذلك يختلف عن الهبة، أما أنه تبرع فذلك لأن المتبرع بالنطفة تبرع مجانا ودون أي مقابل، فإنعدام المقابل هو من جوهر هذا العقد وهو بهذا التكييف يخضع للقواعد العامة للعقود باعتباره عقدا من ناحية، وللأحكام عقد الهبة التي لا تتعارض مع طبيعته الخاصة بإعتبارها أقرب العقود إليه، أما أنه غير مسمى، فذلك لأن المتبرع بالنطفة يجب أن يبقى على عكس الهبة مجهولا بالنسبة للمستفيد من التبرع، وهو أمر تفرضه اعتبارات تتعلق بجوهر العقد ذاته ضمانا لإستقرار الأسرة الجديدة، بل ولسعادتها، وحماية لها من ادعاءات البعض التي قد تسبب لها مشاكل كثيرة، ولذلك يمكن القول أن التبرع بالنطفة يمر بمرحلتين مرحلة تبرع الغير بالنطفة لأحد المراكز المتخصصة في حفظ السائل المنوي، ومرحلة تبرع هذا المركز بالنطفة للمرأة التي ترغب في التلقيح بنطفة رجل أخر غير زوجها، ويمكن القول أن التصرف في المرحلتين هو في حقيقته تبرع لكن يصعب القول بإعتباره هبة لكونه لا يرد على مال وإنما على جزء من نتاج جسم الإنسان، كما أنه قد يصعب إخضاعه لبعض أحكام عقد الهبة كإلتزام الواهب بتسليم الموهوب له الشيء الموهوب إذا رفض الواهب التسليم[54] ، حيث توصلوا في الأخير إلى أن مثل هذا التصرف هو عقد غير مسمى يخضع من ثم لقواعد أقرب العقود إليه

[54] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 64.

فضلا عن القواعد العامة للتصرفات بوجه عام، وإذا كانت الهبة هي أقرب العقود إلى عقد التبرع بالنطفة، وجب من ثم تطبيق أحكامها بالقدر الذي لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة والذاتية لعقد التبرع بالنطفة، أما بخصوص صحة التبرع بالنطفة من عدمه فكما هو معروف في علم القانون مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف فجسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل وبالتالي فعقد التبرع بالنطفة باطل بطلانا مطلقا وذلك لسببين، إن هبة المني ليست في الحقيقة إلا هبة للأبوة ، وعدم مشروعية السبب ، فالسبب الحقيقي من وراء التبرع بالنطفة هو إعطاء الإبن ثمرة التلقيح أبوة قانونية على خلاف أبوته الحقيقية أو البيولوجية، ذلك أن تلقيح المرأة المتزوجة بنطفة رجل غير زوجها وبعلم هذا الأخير وموافقته يؤدي إلى قيد المولود قانونا باسم الزوجين، بينما هو في الحقيقة لا يحمل بيولوجيا سوى إسم الأم فقط، ولا تربطه أي علاقة بالزوج الذي يحمل إسمه من الناحية الإجتماعية فقط[55].

الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توفرها للتبرع بالنطف

هناك بعض الشروط القانونية التي يجب توفرها في المتبرع بمنتجاته التناسلية وهي عبارة عن مبادئ قانونية سنحاول التعرض لها فيما يلي:

أولا: تطبيق مبدأ السرية

إن أول شرط قانوني يجب الإلتزام به للتبرع بالمنتجات التناسلية البشرية هو الإلتزام بمبدأ سرية العملية.

[55] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص ص66- 68.

1- في القوانين المقارنة:

يطلق عليه مبدأ مجهولية التبرع أو عدم الكشف عن هوية المتبرع، حيث نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ من خلال المادة 16 فقرة 8 من القانون المدني الفرنسي[56]

فقد جاءت هذه المادة دلالة صريحة على إعتناق المشرع الفرنسي مبدأ السرية، حيث صرح من خلالها بأنه لا يمكن إفشاء أي معلومات حول هوية الشخص الذي تبرع بأحد عناصر الجسم أو منتجاته، ولا يمكن للأطراف أن يتعرفوا على بعضهم البعض .

فهذا المبدأ كانت وراءه دوافع وأسباب تتعلق أساسا بضمان استقرار الأسرة المستفيدة من التبرع بنطفة الأجنبي، وكذا حماية مصلحة المتبرع نفسه، وحتى لا يجد نفسه متورطا في العلاقة مع الطفل الناجم عن تبرعه بمنيه، بحيث قطع المشرع الفرنسي أية صلة نسب بين المانح والطفل ورفضه لأي دعوى قضائية تهدف إلى إثبات النسب أو قيام المسؤولية تجاه المتبرعين فكان لابد من وجود هذه الحماية القانونية للمتبرع بعدم الكشف عن هويته، للدفع بأكبر عدد ممكن على التبرع بالنطف ، وذلك بعدم تحميل المتبرعين أي مسؤولية مستقبلا كما لا تترتب عليهم أية التزامات اتجاه الطفل الناتج عن مثل هذه العملية[57]

---

[56] codes.droit.org/CodV3/civil.pdf Code civil (Mise à jour du 2021-01-01) - Droit.org"Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci".

تاريخ الاطلاع 2021/01/31 على الساعة 14:20

[57] خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ص55.

ولم يكتف المشرع الفرنسي بذلك بل أضفت المادة 511-10[58] من قانون العقوبات الفرنسي الطابع الجزائي على إفشاء المعلومات التي من شأنها الكشف عن هوية المتبرعين بالأمشاج البشرية أو المستفيدين، وأمام عدم تقبل البعض لمبدأ السرية المتعلقة بالبيانات الخاصة بالمتبرع رفعت سيدة دعوى قضائية ضد مركز الدراسات وحفظ النطف والبويضات أمام المحكمة الإدارية ب Montreuil تطلب من خلالها رفع المجهولية عن البيانات الخاصة بالمتبرع غير أن المحكمة رفضت طلبها في قرارها المؤرخ في 2012/06/14 وأكدت من خلال حيثيات القرار بأن القانون يمنع حصول الطفل المولود عن طريق التبرع بنطف الأجنبي الحصول على المعلومات الخاصة بأصوله الشخصية، وأن هذا يتطابق مع الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان[59].

كما كان لمجلس الدولة نفس التوجه الذي أكد هو الأخر بتاريخ 2013/06/13 بأن القواعد القانونية التي تمنع التوصل للمعلومات الخاصة بهوية المتبرعين بمنتجاتهم التناسلية، تعمل على إيجاد توازن بين مصلحة المتبرع والمستفيدين وأيضا الطفل الناتج عن تلك العملية على اعتبار أن تلك القواعد لا تتعارض مع المادة 08 من الإتفاقية الأروبية لحقوق الإنسان[60]

خلافا للتشريع والقضاء الفرنسي فقد أعطى التشريع الألماني للطفل الحق في معرفة نسبه البيولوجي استنادا إلى الحق في ترقية شخصية الإنسان[61]، كما خولت أيضا بريطانيا الحق للأطفال المولودين بعد تاريخ 2005/04/01 بأن

[58] Art 511-10 "Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende."

[59] " La loi interdisant a un enfant né dune insémination artificielle avec tiers donneur d'avoir acces a ses origines personnelles est conforme aux engagements internationaux de la France garantissant la protection des droits fondamentaux "TA Montreuil,14 juin 2012, req .n° 1009924.

[60] Les règles législatives interdisant la divulgation de toute information permettant d'identifier l'auteur d'un don de gamètes traduisent un juste équilibre entre les intérêts du donneur, ceux du couple receveur et ceux de la personne issue du don et, partant, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de lart.8 de la conv.EDH." CE,avis,13 juin 2013, M.A,req.n° 362981.

[61] Arrêt de la cour constitutionnelle du 31/01/1989, Bverf GE 79,256

يصلوا إلى البيانات التي تمكنهم من التعرف على هوية المتبرعين، كما كانت السويد من أوائل الدول التي ألغت مبدأ سرية هوية المتبرع سنة 1984، حيث أجبرت الزوجين بأن يخبران الطفل عن كيفية قدومه إلى الحياة، كما أقرت هولندا هي الأخرى الحق للطفل في التعرف على أصوله سنة2004، الأمر كذلك بالنسبة للنرويج التي اعتبرت حق الطفل في التعرف على هوية المتبرع حقا دستوريا[62].

2- في التشريع الجزائري:

على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يعتمد هذا الأسلوب للمساعدة الطبية على الإنجاب الذي يستعان فيه بنطفة الغير، حيث جاءت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة لتفصح عن رأي المشرع الجزائري والتي نصت على أنه من بين الشروط القانونية الواجب توفرها في عملية التلقيح الإصطناعي "...أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة **دون غيرهما**..." فمصطلح دون غيرهما التي جاءت بها المادة توضح رأي المشرع بخصوص منع أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية في عملية التلقيح الإصطناعي.

نفس الأمر الذي أكده المشرع من خلال قانون الصحة الذي فصل نوعا ما في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب،حيث نصت المادة 374 منه على أنه: " يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، **التبرع** والبيع وكل شكل أخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية
- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات...."

حيث أن المشرع قام بتأكيد موقفه حتى بالنسبة لبعض أراء وفتاوى المجامع الفقهية بخصوص الزوج الذي يكون في حالة تعدد الزوجات حيث أشارت المادة

[62] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2017، ص ص 199-200.

السابقة الذكر إلا أنه يمنع التبرع " ...حتى بين الزوجات الضرات..." وبذلك يكون المشرع قد منع كل إستعانة بمفرزات جسم طرف أخر سواء كان حيمنا ذكريا أو بويضة أو خلية مخصبة، حتى ولو فرضنا هذا الغير ضرة للزوجة المعنية بالتلقيح، فكل هذه الإحتمالات صور باطلة لا يقرها القانون [63]، لأنه كانت هناك فتوى للمجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته السابعة والتي أجاز من خلالها الصورة التي تؤخذ فيها النطفة والبويضة من زوجين، وبعد تلقيحهما في وعاء الإختبار، تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم، وفي نفس الوقت كان قد نصح المجمع الفقهي بعدم اللجوء إلى هذه التقنية إلا للضرورة القصوى وبمنتهى الإحتياط والحذر من إختلاط النطف واللقائح، غير أن المجمع الفقهي تراجع عن هذه الفتوى في دورة لاحقة واعتبر نقل اللقيحة إلى رحم الزوجة الثانية حراما على أساس أن الزوجة الثانية تعتبر أجنبية بالنسبة للزوجة الأولى[64].

ثانيا: مبدأ مجانية التبرع

1- في القوانين المقارنة

إن أغلب قوانين دول العالم التي نظمت مسألة التبرع بالمواد التناسلية تلغي العقود التي تضفي على الإنسان أو أي جزء من أعضائه قيمة مالية، حيث يأتي هذا المبدأ الأخلاقي والقانوني في الوقت الذي سمحت فيه بعض التشريعات الغربية أن تكون الخلايا التناسلية محلا للتعاقد[65] ومن بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية والدانمارك التي سمحت للبنوك البيولوجية ذات الأصل البشري

[63] سعد عبد اللاوي، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد01، أفريل 2019، ص224.

[64] مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 81.

[65] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق ، ص ص 2174-2175.

أن تتاجر بالأمشاج بطريقة عادية، حيث أتاحت تقديم خدماتها للراغبين في ذلك وعرضها للبيع ضمن معايير راقية كالأمن والسلامة الصحية مع ضمان خلو هذه المنتجات من الأمراض المعدية والوراثية وتصنيفها للمنتج حسب المعايير الفسيولوجية والقدرات الإبداعية،وتفاصيل حول المسار العلمي للمتبرع والأصل الإثني وغيرها من الصفات المرغوبة في المنتج، وهو شيء يدعو للقلق، لأن المنظور الأخلاقي يرفض التقويم المالي ويعتمد على المجانية في التصرفات حول جسم الإنسان، كما أن مثل هذه الممارسات ستدفع لا محالة إلى ترويج أفكار تحسين النسل وإنتقاء الأجنة التي تتعارض مع كرامة الآدمي والحماية المقررة له[66]،لأن جسم الإنسان أو أي جزء منه ليس محلا للتعاقد والبيع[67].

ولما كانت غالبية الدول تعتمد مبدأ مجانية التبرع خلافا للدولتين السابقتي الذكر فإن الوضع في فرنسا حسبما نصت عليه المادة 16-5 من القانون المدني الفرنسي يعتبر كل إتفاقية تهدف إلى الحصول على كسب مادي مقابل التنازل على إحدى أعضاء أو مكونات الجسد البشري باطلة[68]

نجد أيضا المادة L.2141-11-1[69] من قانون الصحة العمومية الفرنسي تسمح بإستيراد وتصدير الأمشاج أو الخلايا التكاثرية ذات الأصل البشري دون

[66] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق ص 206.

[67] زبيدة إقروفه، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية، المجلد 03، العدد 02، ص 375.

[68] Article 16-5 " Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits, sont nulles."

[69] Article L2141-11-1" L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine.
Seul un établissement, un organisme, un groupement de coopération sanitaire ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article.
Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L.2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation.

مقابل، تلبية لرغبة الأزواج لإستعمالها في التلقيح الإصطناعي، بشرط الحصول على الترخيص الإداري المسبق من قبل الوكالة البيوطبية[70].

من خلال نص المادتين نستشف أن المشرع الفرنسي جعل مبدأ المجانية كمرجع أساسي يعتمد عليه في التبرع بعد أن كان هذا المبدأ يقتصر على التبرع بالدم فقط، وعلى إعتبار أن المنتجات التناسلية تعتبر عضو من الجسد البشري فبديهي أن يسري على المتبرع بهذه المنتجات مبدأ المجانية، ولقد وضع مبدأ مجانية التبرع كوسيلة لجعل أسلوب المساعدة الطبية على الإنجاب بنطفة الغير مقبولا من الناحية الإجتماعية، لكن إذا كان هذا المبدأ شجع غير القادرين على الإنجاب إلى اللجوء لهذا الأسلوب من التلقيح لكونه يتم دون دفع مقابل للمتبرع فإنه أدى إلى إنخفاض عدد المتبرعين، وهذا أمر منطقي، لأن هدف المتبرع في أغلب الأحيان يكون تحصيل الربح وناذرا ما يتم التبرع بهدف الإيثار ومساعدة الغير، كما تجدر الإشارة إلى أن مبدأ المجانية يسري فقط على الشخص المتبرع، أما بالنسبة لمراكز حفظ وتجميد النطف فهي تقوم ببيع هذه المنتجات التناسلية للمستفيدين من العملية وهذا يبدو غير منطقي،لأن الجانب المادي لا يخلو من العملية وعلى الرغم من ذلك فقد نصت المادة 511-25-1[71] على أنه يعاقب الشخص الذي يقوم بتصدير أو إستيراد الأمشاج أو الغدد التكاثرية دون إحترام الشروط القانونية والترخيص الإداري المطلوب بالحبس والغرامة، كما نصت أيضا المادة 511-15[72] من قانون العقوبات على معاقبة الحصول على المضغ

Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomedicine".

[70] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق ، ص 206.

[71].**Article 511-25-1** " Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende :
1° Le fait d'importer ou d'exporter des gamètes ou des tissus germinaux sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique ;
2° Le fait d'importer ou d'exporter des gamètes ou des tissus germinaux pour des finalités autres que celles prévues dans l'autorisation mentionnée à l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique."

[72]**Article 511-15** "Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

البشرية بمقابل مالي وكذا أعمال الوساطة في الإتجار بالمضغ البشرية،نجد كذلك نص المادة 511-9 [73] تعاقب كل شخص يتبرع بمنيه بقابل مالي[74].

2- في التشريع الجزائري

منع المشرع الجزائري صراحة اللجوء إلى تقنية التلقيح الإصطناعي عن طريق عملية التبرع بالمنتجات التناسلية البشرية ويتضح ذلك جليا من خلال نصه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري " ...أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما...".

كما كان المشرع الجزائري أكثر وضوحا وتفصيلا حينما نص في قانون الصحة من خلال المادة 374 على أنه: " يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، **التبرع** و**البيع** وكل شكل أخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية
- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا
- بالسيتوبلازم.

بالإضافة إلى هذا كله فقد شدد العقوبة لكل من سولت له نفسه التعامل بمنتجات الجسم البشري سواء بالبيع أو التبرع حيث نص من خلال المادة 435

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains".

[73] **Article 511-9 "**Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.
Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons."

[74] خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص54.

من قانون الصحة الجزائري على أنه " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون، المتعلقة **بالتبرع** و**البيع** وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج."

بل أكثر من ذلك يعاقب المشرع الجزائري حتى على الإشهار بالتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وهو الجزاء التي جاءت به المادة 432 من قانون الصحة " يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج."

كما تم تجريم الإتجار في الأنسجة والخلايا البشرية أو جمع أي مادة يفرزها الجسم البشري صراحة بنص المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري [75] التي جاء فيها " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ".

الفرع الثالث: أحكام التبرع بالنطف من الناحية الشرعية والأخلاقية

إذا كان التلقيح الإصطناعي بماء رجل أجنبي عن الزوجة لا يربط بينهما عقد زواج شرعي، فإنه يزج بالإنسان دون شك في دائرة الحيوانات، ويخرجه عن المستوى الإنساني، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس

[75] الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ه الموافق 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج ر، السنة 3، العدد 49، بتاريخ 21 صفر 1386ه الموافق 11 يونيو 1966م.

الزواج وإعلانه وهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية ذات التنظيم الإنساني الكريم جريمة منكرة وإثما عظيما، يلتقي مع الزنا في إطار واحد جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في رحم زوجة ليس بينه وبينها عقد ارتباط بزوجية شرعية[76]، ولولا عدم إكتمال لأركان الجريمة، لأمكن لنا أن نكيف هذا الفعل على أنه شبيه بالزنا لأن هذا الأخير يشترط المواقعة الجنسية، وهما يؤديان إلى تحقيق هدف واحد هو وضع ماء رجل أجنبي قصدا في رحم إمرأة غير مرتبطين بعقد قران، ضف إلى ذلك أنه يوجد تشابه كبير بين هذه العملية ونكاح الإستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية وحرمه الإسلام[77]، حيث عن عروة عن عائشة رضي الله عنهما أخبرته " أن في الجاهلية كان الرجل يقول لإمرأته إذا طهرت في طمثها: أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا حتى يبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منها، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب... فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم "[78] ، كما أنه كلما زاد عدد الذين يلقحون من النساء بماء رجل واحد، كلما زاد الإحتمال بأن نكون أمام تلقيح المحارم، وإذا كان السر الشرعي من منع التبني والزنا هو حفظ الأنساب من أن تختلط فاللجوء إلى هذا النوع من التلقيح لا يحقق المقصد الشرعي من ذلك لأن

[76] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 56.

[77] تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 94.

[78] البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، دار المعرفة، بيروت،ص 110.

النسب من الضرورات الخمس التي أمر المسلم بالمحافظة عليها لما يترتب عليه من أحكام كالعدة وثبوت النسب، والتوارث وغير ذلك[79]

وفي حكم الإستعانة بمني الأجنبي عن العلاقة الزوجية صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الخامس في الدورة السابعة في الفترة من 11- 1404/4/16ه وكان فيه الإجماع على تحريم سائر صور التدخل الأجنبي في التلقيح الصناعي، ثم جاء تأكيد هذا التحريم في القرار الثاني للدورة الثامنة في الفترة من 4/27- 1405/5/7ه وقد تعددت الأدلة النقلية على التحريم سواء من القرآن أوالسنة، حيث جاء قول الله عز وجل: " والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون " فقد دلت الآية على حفظ الفروج وما عدا الزوجة وما أحله الله من الإماء، قد وصفه الله تعالى بالتعدي وتجاوز لحدود الله، والمرأة التي لا تحفظ فرجها من مني أجنبي متعدية وآثمة، وكذلك الرجل الذي لا يحفظ ماءه عن غير زوجته أو أمته فهو أثم ومتعدي، ومن الأدلة النقلية أيضا التي جاءت بها السنة قوله عليه الصلاة والسلام: " لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الأخر أن يسقي ماءه زرع غيره " يعني إتيان الحبالى ويستدل به أيضا على تحريم وطء من لا يحل وطؤها ومن ذلك جاء وجوب العدة في الشرع الحكيم للتيقن من براءة الرحم وعدم إختلاط الأنساب، والمتبرع بالمني أو البائع له واضع لمائه في غير من تحل له، وهو أثم لإتيانه ما حرم الله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام في حق من هم أن يطأ حاملا من السبي: " لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له وقد عرفه؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ " حيث يستدل به على أن همَ الرسول صلى الله عليه وسلم بلعن من يطأ حاملا من السبي مع أنه يملكها بسببه إياها إلى

[79] تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص95.

أن من فعل ذلك أقدم على ما لا يحل له، وبالتالي إذا وطأ ثم وضعت الجارية، فلا يعرف هل هو ولده مشروعية استبراء السبايا وفي ذلك قال عليه الصلاة والسلام: " ولا يحل لإمرئ يؤمن بالله واليوم الأخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها " وقوله أيضا: " لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة " لذلك فوضع المني في غير الزوجة أو في أجنبية محرم، لما يؤدي إليه من اختلاط الأنساب، لذا تحرم جميع صور التلقيح الإصطناعي طالما هناك طرف أجنبي عن الزوجين حال قيام الزوجية، سواء كان بائعا أو مانحا، وعليه يحرم إنشاء بنوك الأجنة المجمدة طالما كان الغرض منها تلقيح غير الزوجة صاحبة البويضة المجمدة من زوجها صاحب الحيوان المنوي حال قيام الزوجية وبرضاهما[80]

أما من الناحية الأخلاقية وبالنسبة للزوج المستفيد من عملية التلقيح بماء الأجنبي أو كما يطلق عليه بالأب الإجتماعي أو الوهمي أو بالحلول، فعلى الرغم من موافقته على إجراء عملية التلقيح لزوجته بنطفة رجل أجنبي، فإن إحساسه وشعوره سيكون مختلفا عن شعور الزوجة فهي الأم الحقيقية، بيولوجيا للطفل، ومن ثم ستتعامل معه على أنه ابنها حقيقة أما بالنسبة لزوجها المفترض فيصعب عليه معاملته معاملة الإبن الحقيقي، كما أنه قد يندم على موافقته، أو يشعر بعقدة الذنب، وقد ينعكس ذلك سلبا على معاملته لزوجته نفسها.

وبالنسبة للزوجة، فهي وإن كانت الأم الحقيقية للطفل، فأين هو الأب؟ فهي إذن أم لإبن دون أب حقيقي معروف، وأب وهمي قبل لسبب أو لأخر أن يحمل صفة الأبوة وهي منه براء فالأبوة ليست بالإرادة، وإنما بالواقع الذي لايملك أحد بحسب الأصل أن يغيره وقد يتغير شعور الزوجة فيما بعد نحو زوجها،بل وقد

[80] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، القضايا الطبية المعاصرة، سنة 1431ه، ص ص 1463-1464- 1465.

تفكر، ولو بطريقة لا شعورية، من الأب الحقيقي لإبنها، هذا إن لم تبحث عنه بالفعل.

أما بالنسبة لهذا الأجنبي الذي تدخل بنطفته، فقد يبدو تصرفه هذا غير مفهوم، فهو لا يعطي النطفة لشخص معين، وإنما لأحد المراكز المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح للإحتفاظ بها، وإستخدامها في التلقيح عند الحاجة، وقد يبدو الأمر للوهلة الأولى مشابها للتبرع بالدم لأحد البنوك المتخصصة في ذلك لإستعماله في إنقاذ المرضى وقت الحاجة[81]، لأن التبرع بالدم عمل مشروع في الفقه الإسلامي لأن التبرع به من الشخص السليم إلى الشخص السقيم فيه كشف عن كربه وإنقاذا لحياته[82] لكن هذا التشابه الظاهري يتبدد وبمجرد إستظهار الغاية من التبرع بكل من الدم والنطفة فالغاية من التبرع بالدم هي غاية نبيلة وهي إنقاذ مريض بين الحياة والموت، أما التبرع بالنطفة، وإن كان ظاهره تصرف محمود، إلا أنه، في حقيقة الأمر غير أخلاقي كلية، فهذا التصرف، الذي يبدو في ظاهره على أنه نوع من مساعدة زوج يعاني من العقم على تحقيق رغبته في الإنجاب، يؤدي إلى إنجاب طفل من رجل وامرأة ليس بينهما علاقة زوجية مشروعة، ونسبة هذا الطفل رسميا إلى شخص يحمل اسمه، بينما هو في الواقع ليس أبيه الحقيقي، وهو في الواقع لم يفعل شيئا سوى خلق مشاكل لا نهاية لها للزوج وزوجته، فضلا عن الطفل نفسه، أما هو فقد انتحر أو أغتيل أخلاقيا، وانحدر بإنسانيته إلى مجرد – فحل– لا يستخدم سوى في الإخصاب، ويبقى الطفل في الأخير هو الضحية الحقيقية نتيجة التلاعبات البشرية الغير أخلاقية التي ما أنزل

[81] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 58.

[82] زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، كلية الحقوق،2013، ص 228.

الله بها من سلطان، وقد يعلم الطفل بأصله الحقيقي، الأمر الذي ينعكس سلبا على حالته النفسية والإجتماعية وقد ينكر الزوج نسب الولد إليه، ليجد الطفل نفسه فجأة دون أب حتى ولو كان وهميا وقد يعرف المتبرع بالنطفة الطفل الناتج عن تبرعه بنطفته فيطارد الجميع الزوج والزوجة والطفل معا[83].

المبحث الثاني: عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي

سبق وأن تعرضنا لعملية التلقيح الإصطناعي الداخلي في المبحث الأول والذي عرف كأول وسيلة استخدمت لعلاج مشاكل ضعف الخصوبة لدى المرأة أو الرجل على حد سواء، هذه الوسيلة التي ذاع صيتها آنذاك وتمكنت من تخطي بعض الأمراض التي كانت تقف عائقا، والتي حالت دون حدوث الحمل لدى المرأة، لكن هذه التقنية لم تصمد طويلا وتتمكن من القضاء نهائيا على مشكلة عدم الإنجاب، لأنها كانت لا تجدي نفعا عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد قناة فالوب لديها ولأن الأمر كان متوقف بخصوص هذه التقنية على صلاحية رحم المرأة الراغبة في مثل هذا التلقيح، فكان من الواجب على العلماء البحث عن أسلوب أخر يمكن المرضى من تحقيق ما يصبون إليه، ولأن البحث العلمي وخاصة الطبي منه لم يتوقف يوما عاجزا أمام تحدي مختلف الأمراض التي قد يتعرض لها البشر، وأمام تواصل جهود العلماء فقد تمكنوا حديثا من إكتشاف أسلوب جديد للتلقيح الإصطناعي وهو ما اصطلح عليه بالتلقيح الإصطناعي الخارجي(La fécondation in vitro)

وتتمثل هذه الطريقة في أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة، ووضعهما في أنبوب طبي حتى يتم التلقيح بينهما، وبالتالي فإلتقاء النطفة بالبويضة يتم في أنبوب الإختبار وليس كما هو الحال في طريقة التلقيح داخل الرحم، ومن هنا يسمى هذا

[83] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 58- 59.

الأسلوب بالتلقيح الإصطناعي الخارجي الذي هو موضوع بحثنا في هذا المبحث الذي سوف نتعرض فيه لعملية التلقيح الإصطناعي الخارجي بنوعيه التلقيح الإصطناعي عن طرق الأنبوب وهو محور المطلب الأول والتلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة والذي هو محور المطلب الثاني من هذا المبحث

المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي عن طريق الأنابيب

من خلال هذا المطلب سأحاول الوقوف على حقيقة هذا الأسلوب المستحدث في عملية التلقيح الذي يتم خارج الرحم والذي اشتهر باسم " طفل الأنبوب " In vitro Fertilization- IVF والذي كان نتيجة لولادة الطفلة " لويز بروان " في 25 تموز سنة 1978 في مستشفى كرشوكوتاج بأولدهام بلانكاشير على يد الطبيبين الباحثين باتريك ستبتو "Patrick Steptoe"وروبرت إدواردز"Robert Edwards"[84] وهكذا فتحت الأبواب، وبدأ عهد جديد في إحداث طرق جديدة للإنجاب، وانتشرت مراكز أطفال الأنابيب في مختلف دول العالم، غير أن هذه الإكتشافات الطبية الحديثة وإن كان الهدف من ورائها هو محاولة بعث السعادة البشرية ، إلا أنها قد خرجت في كثير من الأحيان عن الهدف الذي سطر لها نتيجة بعض الممارسات التي أثارت الكثير من المشاكل الأخلاقية والقانونية والدينية التي تهدد كيان التنظيم الأسري، لذا سأحاول من خلال هذا الفروع الآتية الوقوف على الكثير من المشاكل المتعلقة بهذا الأسلوب والبحث عن الحلول الممكنة إن وجدت.

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الإصطناعي الخارجي

من خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى التعريف الإصطلاحي الطبي للتلقيح الإصطناعي الخارجي وعن كيفية إجرائه

[84] Histoire fiv www.fiv.fr تاريخ الإطلاع يوم: 2022/04/14 على الساعة 23:45.

أولا: تعريف التلقيح الإصطناعي الخارجي

مجموعة الأعمال الطبية الهادفة لتخصيب البويضة خارج الرحم في أنبوب إختبار أو وعاء مخبري[85]

- هو تلقيح بيضة المرأة خارج جهازها التناسلي، ويتم التلقيح بماء الذكر، فإذا ما تم التلقيح أعيدت البيضات الملقحة، والتي تدعى أحيانا (ما قبل الأجنة) إلى رحم المرأة أو رحم إمرأة أخرى.
- هو استجلاب الحيوان المنوي، واستخراج البيضة والجمع بينهما في الأنبوب الإختباري ليتحدا، ثم تستدخل النطفة الأمشاج " اللقيحة " إلى رحم المرأة.
- هو ذلك التلقيح الذي يتم عن طريق انتزاع بيضة أو أكثر من الزوجة، ثم تلقح بمني الزوج – بغير الإتصال الجنسي – وتوضع في أنبوب به نفس السائل اللازم للنمو، وبعد مرور فترة من الوقت– يومين ونصف تقريبا – يتم الإنقسام وبعد أن تتكون النطفة الملقحة يتم زرعها في رحم المرأة لتنمو وتتطور بعد ذلك.
- هو تلقيح بيضة الزوجة بنطفة زوجها في طبق مخبري خاص وتحت ظروف مناسبة، ثم نقل عدد مناسب من البيضات الملقحة الناتجة عن ذلك إلى رحم الزوجة حال قيام الزوجية، وذلك لعدم حصول الحمل بطرق الإتصال الطبيعي لأسباب مرضية أو خلقية تتعلق بالجهاز التناسلي للزوجين أو أحدهما، ولعدم نجاح التلقيح الداخلي[86].

---

[85] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة– المرجع السابق، ص 43.

[86] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص ص 167–168.

" العملية التي يتم بمقتضاها إخصاب البويضات خارج الرحم أو في المختبر بواسطة الحقن المجهري "[87].

ثانيا: كيفية إجرائه

تعتمد عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي على سحب بويضة أو أكثر من رحم الزوجة وذلك عن طريق تدخل جراحي يسمى "Laparoscopie"، بعد استثارة مبيض المرأة بواسطة هرمونات منشطة[88] والمعروفة ب(كلومفين وبرجونال الهرمون المنمي للقند أي الغدة التناسلية) ويتم متابعة نمو البيضة حتى وقت خروجها بالموجات فوق الصوتية وعند وقت التبييض يتم سحب البيضة بواسطة مسبار بمساعدة الموجات فوق الصوتية أو بواسطة منظار البطن، وبعد عملية سحب البيضات يتم وضعها في محلول خاص مناسب لنموها وتفحص، وغالبا ما يتم سحب أربع إلى خمس بيضات، وبعد تحضير مني الزوج، يستخدم الطرد المركزي لتركيز الحيوانات المنوية في أعلى الأنبوب، وتوضع الحيونات المنوية في مزرعة خاصة، ثم يؤخذ ملليلتر واحد من سائل المزرعة وتوضع في الأنبوب الذي به البيضات، وتم التلقيح عادة بعد أربع ساعات من الاستمناء، ويحضن السائل المنوي مع البيضات في محضن خاص تحت درجة حرارة ملائمة، وفي وجود سائل خاص لمدة 24 ساعة، ثم ينظر في المجهر هل تم التلقيح أم لا ؟ ثم تؤخذ البيضات الملقحة في سائل خاص وماصة دقيقة (Micropippete) وتعاد إلى رحم المرأة (3 إلى 5 بيضات ملقحة في الغالب) التي تكون قد نمت إلى مرحلة الكرة الجرثومية (البلاستولا)، كما أن هناك طرق أخرى مثل طريقة

[87] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 152.

[88] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 75.

جفت[89](GIFT) التي يتم فيها نقل الخلايا التناسلية (البويضة والنطفة) إلى الأنابيب ومن شروط نجاح هذه العملية وجود على الأقل أنبوب سليم، وهذه الطريقة تعطي نتائج جيدة بالخصوص عندا نكون أمام حالة العقم الغير مفسر وتصل إلى 50% ،وهناك أيضا طرقة زفت (ZIFT) والتي يتم فيها نقل البويضة الملقحة إلى الأنابيب وتستعمل هذه الطريقة في حالة العقم غير المفسر والعقم المشترك مع العامل الزوجي (كندرة الحيوانات المنوية) نسبة نجاح هذه الطريقة تتراوح بين 30%أو 35% ،كم أن هناك أيضا طريقة التلقيح السيتوبلازمي حيث تعتبر هذه الطريقة حاسمة لحل أغلبية مشاكل العقم الذكري (ضعف الحيوانات المنوية أو انعدامها) وتتلخص في حقن حيوان منوي واحد تحت غلاف البويضة أو عمل ثقب مجهري دقيق لحقن الحيوان المنوي داخل السيتوبلازما وقدر نسبة نجاح هذه الطريقة ب 35%[90].

الفرع الثاني: أشكال التلقيح الإصطناعي الخارجي

يتم إجراء عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي بعدة طرق وأساليب طبية وهو الأمر الذي دفعنا إلى محاولة البحث في هذه الأساليب المستخدمة في عملية التلقيح الخارجي.

الأسلوب الأول:

وفيه يتم أخذ الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة ويوضعا في أنبوب إختبار حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته، ثم ترد هذه البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة، ولا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا في حالة وجود خلل ما في

---

[89] سناء عثمان الدبسي، الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، بيروت، لبنان، ص 164-165.

[90] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، المرجع السابق، ص 14.

قناة فالوب يمنع وصول البويضة من المبيض إلى رحم الزوجة، فهي إذن وسيلة لعلاج العقم الأنثوي الناتج عن إنسداد أو تلف قناة فالوب[91].

الأسلوب الثاني:

يكون بإجراء تلقيح خارجي في أنبوب الإختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة هي ليست زوجة لهذا الزوجوإنما هي المرأة متبرعة ببويضتها،وبعد ذلك يتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة الحقيقية للزوج، ويكون اللجوء إلى هذا الأسلوب عادة عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا ولكن رحمها سليم وقابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الثالث:

في هذا الأسلوب نكون أمام تلقيح خارجي في وعاء الإختبار بين نطفة رجل متبرع بنطفته وإمرأة هي الأخرى متبرعة ببويضتها ولا تربط بينهما أي علاقة زوجية، وبعدها يتم زرع اللقيحة في رحم إمرأة أخرى متزوجة، لإتمام مراحل الحمل ونمو الجنين، ويلجأ إلى هذا الشكل حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيمة بسبب تعطل المبايض، لكن رحمها سليم وزوجها يكون عقيما هو الأخر.

الأسلوب الرابع:

يتم في هذا الشكل إجراء تلقيح خارجي بين نطفة الزوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة الناتجة عن اتحاد نطفة الزوج ببويضة زوجته في رحم إمرأة تتطوع بحملها، ويلجأ إلى هذا الشكل حينما تكون الزوجة غير قادرة عن الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم منتج أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها فتتطوع لها إمرأة أخرى بالحمل عنها وتسمى بالأم المستعارة.

---

[91] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، المرجع السابق، ص 170.

الأسلوب الخامس:

هو نفس الشكل مع الأسلوب الرابع، الموضح سابقا، لكن هناك فرقا بينهما يتمثل في أن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة وهنا نكون أمام ما يعرف بتعدد الزوجات لرجل واحد، حيث تتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة الناتجة عن امتزاج نطفة الزوج مع بويضة الزوجة الأولى.

الأسلوب السادس:

وهو عبارة عن تلقيح الزوجة داخليا أو تلقيح بويضتها خارجيا بماء زوجها المتوفى الذي حفظ ماؤه قبل وفاته في بنوك المني في حسابه الخاص، وهذه البنوك تفتح للودائع المنوية حسابات خاصة وحسابات عامة[92].

أ- الحسابات الخاصة: هي التي يفتحها عميل واحد بالذات يرغب في حفظ نطفه لإستعمالها في المستقبل أيام شيخوخته أو يهبها لأحد أولاده أو أحفاده إذا كان لديهم عقم ويدفع مبلغا ماليا محددا كرسم افتتاح الحساب.

ب- الحسابات العامة: هي التي تحفظ فيها تلك البنوك نطف المتبرعين بنطفهم ليبيعها البنك للراغبين مقابل مبلغا ماليا حسب نوع المني وهو يتخذ الأسلوب التجاري[93]، ويحفظ البنك هذه الوادائع المنوية في ثلاجات خاصة في درجة برودة منخفضة جدا ونجد هذه البنوك منتشرة بالخصوص في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والتي نرى كباحثين أنها تخالف مبدأ مجانية التبرع بالنطف.

---

[92] عامر قاسم أحمد القيسي،مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 21-22-23.

[93] عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، القضايا الطبية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد الثاني 1431-2010، ص 1314.

الأسلوب السابع:

يتم من خلال هذا الشكل المزج بين نطفة الأجنبي مع بويضة الزوجة في أنبوب الإختبار،ثم تزرع بعدها اللقيحة في رحم إمرأة أجنبية أيضا، ويتم اللجوء لهذا الأسلوب عند حالة تلف خصية الزوج ورحم زوجته.

الأسلوب الثامن:

نكون من خلال هذا الأسلوب أمام طريقة المزج بين نطفة زوج وبويضة أجنبية في أنبوب الإختبار، وتزرع بعدها اللقيحة الناتجة عن ذلك في رحم أجنبية أيضا، ويلجأ إلى هذه الطريقة عند تلف مبيض ورحم الزوجة معا.

الأسلوب التاسع:

نطفة أجنبي مع بويضة أجنبية وبعد عملية التلقيح الخارجي تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، ويكون اللجوء غلى هذا الطريق عادة عندما نكون أمام تلف خصية الزوج ومبيض الزوجة.

الأسلوب العاشر:

نطفة أجنبي مع بويضة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم إمرأة أجنبية، ويلجأ إليه عند تلف خصية الزوج ومبيض ورحم الزوجة.

الأسلوب الحادي عشر:

في هذا الطرح نكون أمام زوج توفي، وكان قد احتفظ بمنيه في بنوك المني للإلتجاء إليه عند الحاجة،بحيث تجري زوجته من بعده تلقيح خارجي بنطفة زوجها المحتفظ به في البنك ويتم زرع اللقيحة الناتجة عن ذلك في رحم أجنبية، ويلجأ إلى هذا الأسلوب عند تلف رحم الزوجة ووفاة الزوج.

الأسلوب الثاني عشر:

يكون التلقيح الخارجي بين حيمن الزوج والبويضة المجمدة في البنك للزوجة المتوفية ويتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية للزوج، ويلجأ إليه عند وفاة الزوجة الأولى وهذا طبعا ما يتم في حالة تعدد الزوجات[94].

الفرع الثالث: طبيعة البويضات الملقحة الزائدة عن الإستعمال وحكم التخلص منها

من المتعارف عليه علميا أن المرأة لا تفرز سوى بويضة واحدة كل دورة شهرية، وقد تستدعي عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي عدة مرات لنجاحها، لذلك وبدلا من انتظار بويضة واحدة كل شهر، قد لجأ الأطباء إلى ما يعرف بعملية "الإباضة"، وذلك بإعطاء المرأة هرمونات منشطة تجعل مبيضها يفرز عدة بويضات في المرة الواحدة (من 8 إلى18 بويضة) وهكذا تمكن الأطباء من تلقيح أكثر من بويضة، وذلك لإحتمال فشل المحاولة الأولى، حيث يمكن تكرار عملية الزرع، وبذلك يمكن إختصار كثير من الوقت والنفقات خصوصا وأن تكلفة هذه الوسيلة مكلفة جدا، لكن بمقابل ذلك وقعنا أمام مشكل مصير هذه البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة فقبل الخوض والحديث عن مآل هذه البويضات الملقحة تلقيحا اصطناعيا، والتي تزيد عن حاجة أصحابها أود بدوري كباحث في الموضوع أن ألفت النظر إلى أنه لا يمكن تصور إيجاد حل لهذه المعضلة، إلا إذا استطعنا أن نحدد سلفا الوضع القانوني لهذه البويضات الملقحة وهل تعتبر جنين تحظى بنفس العناية الشرعية والقانونية للجنين في بطن أمه؟ لأننا إذا اعتبرنا أن البويضة الملقحة في هذه المرحلة جنينا يؤدي ذلك بنا حتما إلى ترتيب أحكام خاصة كوجوب الغرة على من أتلف بويضات ملقحة في أنبوب الإختبار،لأن

[94] عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 21-22-23-24.

الإسلام قد شرع عقوبة مالية سماها الغرة على من أنزل أو أسقط جنينا، وإذا كانت البويضة الملقحة تعتبر جنينا، فإن من يتلفها أو يعدمها يلتزم بدفع عشر الدية (الغرة) وكذا حجز نصيب البويضة الملقحة من الميراث إلى أن يتقرر مصيرها فالرجل إذا توفي عن زوجة حامل، ولو في الأيام الأولى من الحمل، فلا يجوز التصرف في تركته قبل حجز نصيب الجنين حتى ولادته حيا ويحجز له أوفر النصيبين باعتباره ذكرا ويجب من ثم تطبيق ذات الحكم على البويضة الملقحة في الأنبوب إذا اعتبرناها جنينا[95]

لهذا نرى أنه من الواجب التفكير مبدئيا في تحديد المفاهيم، وترتيب متجانس للحلول المراد إيجادها، ولعل أول مبدأ ينبغي الوقوف عنده هو الإمتثال لحرمة الجنين حيا كان أم ميتا وبالتالي تجنب أن ينظر إليه كمادة مخبرية، فإذا كان الجنين ميتا وجب تقدير الحياة التي كانت بكيانه، أما إذا كان حيا فلأن أسباب وجوده كإنسان كاملا هي حاضرة[96]، لأن الإختلاف في محل الحماية هو الإختلاف في الأحكام القانونية المقررة لكل منهما[97].

وهذا ما سيجعلنا نستبعد منذ البداية كل إستغلال علمي، أو تجاري أو صناعي للجنين، ولمعرفة ذلك وجب الوقوف على الآراء الفقهية بخصوص هذا الإشكال التي دارت بين معارض لكل إستغلال للجنين مهما كانت الغاية، وبين من إعتبر الجنين مادة مخبرية وحقلا تجريبيا[98].

---

[95] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص ص 97- 98- 99- 100.

[96] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2149.

[97] غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1،2010، ص 23.

[98] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2150.

أولا: الرأي المعارض لإستغلال البويضة الملقحة الزائدة:

يرى أصحاب هذا الرأي أنه مادام " أن الشريعة الإسلامية قد حمت الأجنة بجعلها الغرة حقا للجنين وهو في أبكر أدواره، فقيل لو أن امرأة ألقت بضعة أو دما أو غير ذلك مما لو عرض على ثقات، وشهدوا بأن فيه خلقا أو بداية خلق أدمي، فلو بقي لتصور فإن الجاني مسؤول، ومن هذا يمكن الإستدلال على أن الشرع قد كفل حق الجنين منذ اللحظة الأولى، وهو في طور الإنقسام..." كما استدل هذا الجانب من الفقه بقول الإمام الغزالي رحمه الله: " في ذلك جناية على موجود حاصل... والموجود له مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية، فإذا صارت نطفة معلقة كانت الجناية أفحش "

وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن البويضات الملقحة الزائدة، في عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي، هي في الواقع أجنة بالعرف العلمي والشرعي، وبما أنها أجنة فلها حرمة وكرامة ويجب أن لا يعتدى عليها بإعدامها، ولا بالنقل إلى الغير، كما لا يجب أن يكون عرضة للتجارب العلمية، فهذه التجارب قد تكون بداية كارثة إنسانية، مع أن القول بأن البويضة الملقحة في بطن الأم لها حرمتها من وقت إلتحام النطفة الذكرية بالبويضة المؤنثة، ومن ثم حدوث الإخصاب، يعني منطقيا أن هذه النطفة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحرمة خارج البطن أي في أنبوب الإختبار، فالحرمة إذا كانت تبدأ من وقت التلقيح، فيستوي بعد ذلك أن تكون النطفة الملقحة داخل الرحم أو خارجه ولا يجب أن يؤثر مكان النطفة الملقحة على حكمها من حيث القول بالحرمة أو الجواز[99].

[99] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 100.

كما استدل البعض أيضا بالقياس على تحريم كسر بيض الصيد في الحرم بالنسبة إلى المحرم، ووجه هذا الدليل هو أن الله تعالى قد حرم على المحرم قتل الصيد، فقال: " يأيُها الذين أمنوا لا تقتلوا الصَيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النَعم..." وقوله جل شأنه:"... وحرَم عليكم صيد البرَ ما دمتم حرما..." وكذلك حرم على المحرم كسر بيض صيد الحرم، فمن كسر كان عليه جزاء كسره، فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي ببيض النعام فقال: " إنا قوم حرم، أطعموه أهل الحل" ومن هذا تبين لنا أن أصل الصيد وهو بيضه حكمه حكم الصيد نفسه في التحريم ومثل ذلك يقال في أصل أي صيد غير الطير من الحيوانات التي تلد، فإن اعتداء المحرم على جنينها كالإعتداء عليها، وإذا ثبت ذلك كان أصل الشيء أخذ حكم الشيء نفسه، وإذا ما أسقطنا ذلك على الإعتداء على الجنين الآدمي، فإن الإنسان يحرم قتله إلا بحق، قال تعالى:" ولا تقتلوا النَفس التي حرَم الله إلاَ بالحقَ " وإذا حرم الإعتداء على الإنسان يحرم الإعتداء على أصله وهو الجنين سواء أكان في الإخصاب خارج الرحم أم داخله وفي أي طور من أطواره قياسا على حرمة كسر بيض الحرم بل هو أولى بالحرمة منه، لأن الأصل في النفس الإنسانية الحرمة، ولا تباح إلا بالحق والأصل في الصيد هو الحل، ولا يحرم إلا بالنسبة إلى الحرم، وما تخرج فيه من الحرمة إلى الحل يجب أن يحتاط فيه أكثر من الخروج من الحل إلى الحرمة، لذلك كان الإعتداء على أصل الإنسان وهو الجنين أولى بالحرمة، وأحق بها، وفي تقرير هذا المعنى يقول صاحب الخائية ردا على من أجاز إسقاط الجنين في هذه المرحلة:" ولا أقول بالحل، إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه، لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤخذ

بالجزاء، فلا أقل من أن يلحقها " أي الأم " إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر" إذن فتدمير اللقيحة يعد اعتداء على طور من أطوار حياة الجنين[100]

ثانيا: الرأي المبيح لإستغلال البويضة الملقحة الزائدة:

هذا الرأي ذهب إلى أن البويضة الملقحة في أنبوب الإختبار لا تأخذ حكم الجنين في بطن أمه، ولا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي، إلا من تاريخ إعادة زرعها في رحم الزوجة التي ترغب في الإنجاب، واعتمدوا في ذلك على أن الجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، وهذا ما يؤيده معنى كلمة جنين، فإنها راجعة إلى الإستتار المتحقق بهذا المعنى[101].

فالجنين لغة هو الولد مادام في بطن أمه لإستتاره، وجمعه أجنة، وقال الجوهري: الولد مادام في البطن والجمع الأجنة، وملخص تعريف الجنين عند اللغويين هو الشيء المستور في الرحم ولم تختلف تعريفات الفقهاء والمفسرين عن تعريفات اللغويين، فقد عرفه القرطبي في تفسير قوله تعالى: " هو أعلم بكم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم " فإن الجنين هو الولد ما دام في البطن، وعرفه الشوكاني بأنه حمل المرأة مادام في بطنها، سمي بذلك لإستتاره، فإن خرج حيا فهو ولد، أو ميتا فهو سقط، وقد يطلق عليه جنين، وقال الباجي في شرح رجال الموطأ: الجنين ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد سواء كان ذكرا أم أنثى ما لم يستهل صارخا، والمالكية يرون أن الجنين يشمل كل ما

[100] مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر،2006، ص ص222 – 223.

[101] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 101.

تحمله المرأة في رحمها، وقد جاء في المنتقى في تعريف الجنين: إن كل ما حملته المرأة مما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مخلقا[102].

بناءا على ذلك، يمكن القول أن حرمة البويضة الملقحة مرتبط بمكان وجودها، فقيمتها وحرمتها إنما تكون إذا كانت في الرحم، لذلك سمي جنينا، أما البويضة الملقحة خارج الرحم فلا تعتبر بهذا المعنى جنينا فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه، كما أن الحمل من الناحية العملية، هو إندغام البويضة المخصبة في أنسجة الرحم، والإندغام هو علوق البويضة الملقحة بجدار الرحم، وهذه المرحلة لا تتم إلا بعد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة الراغبة في الحمل، أما قبل ذلك فليس هناك علميا حمل، ومن ثم فلا مجال للكلام عن حرمة حمل لم يتحقق بعد، فهناك قبل العلوق احتمال لم يتحقق له أول مراتب الحياة، وهو أن يعلق فينمو، فإذا لم يعلق فهو حقيقة فيه إمكانية حياة، ولكن لم يقدر لها أن تبدأ، ويترتب على هذا الرأي أن البويضات الملقحة قبل زرعها في رحم الأم لا قيمة لها، ولا يجوز أن تبنى عليها الأحكام الشرعية التي تتعلق بالجنين ، ومن ثم لا يجوز أن يحجز للبويضة الملقحة نصيب في الميراث إذا توفي الزوج قبل إجراء الزرع، كما أن إتلاف البويضة الملقحة لا يوجب على من أعدمها الغرة لأنه ليست جنينا، فالحياة تبدأ في الجنين من وقت التلقيح إذا كان في الرحم، أما التلقيح خارج الرحم فلا قيمة له، ولا ينبغي أن نقيم له وزنا، ويبدو أن هذا ما إنتهت إليه ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية في توصياتها: (إن الوضع الأمثل في موضوع مصير البويضات الملقحة هو أن لا يكون هناك فائض منها وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الإحتفاظ بالبويضات غير الملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد وتوصي الندوة ألا يعرض العلماء

[102] علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص ص 14 – 15 .

للتلقيح إلا العدد الذي لا يسبب فائضا...أما إذا حصل فائض فترى الأكثرية أن البيضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم، وأنه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة، ويرى البعض أن هذه البيضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، وفيما بين إعدامها أو إستعمالها في البحث العلمي أو تركها لشأنها للموت الطبيعي، يبدو أن الإختيار الأخير أخفها حرمة، إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة[103].

ثالثا: رأي الباحث

إستنادا للمقابلة التي أجريتها مع الدكتور سلطاني مصطفى مختص في أمراض النساء والتوليد بولاية سيدي بلعباس وعند سؤالي له عن مشكل مصير البويضات الملقحة الزائدة عن حاجة أصحابها كان قد إقترح علينا حلا يجنب الطبيب القائم بعملية التلقيح الإصطناعي الوقوع في مشكل البويضة الملقحة الزائدة عن حاجة أصحابها ووضح لي بأنه يمكن طبيا أن لا يقوم الطبيب بتلقيح البويضات المستخرجة من المرأة وإنما يقوم بتجميدها على حدى وتجميد السائل المنوي من جهة أخرى ولا يقوم بعملية التلقيح إلا عند الحاجة إليه وبهذا الحل نكون قد خرجنا من مشكلة مصير البيضة الملقحة ونحن بدورنا نتبنى هذا الحل كوجهة نظر[104]

المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة

من خلال هذا المطلب سنحاول الوقوف على أسلوب أخر لعملية التلقيح الإصطناعي الخارجي وهو التلقيح بواسطة الأم البديلة، أو ما اصطلح عليه بتأجير

[103] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 101-102-103 .

[104] مقابلة أجريت مع الدكتور سلطاني مصطفى مختص في أمراض النساء والتوليد بتاريخ 2022/05/09 على الساعة 14:00 زوالا.

الأرحام،لأنه يتم فيه إخصاب بيضة زوجة بنطفة من مني زوجها، ثم تزرع اللقيحة في رحم إمرأة أخرى مدة الحمل، ثم تسلمه للأبوين بعد ولادته، نظير أجر متفق عليه غالبا، حيث يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في الحالة التي يكون فيها مني الزوج وبويضة الزوجة صالحين للتلقيح الطبيعي إلا أن الزوجة لا تستطيع الحمل لأسباب طبية كالمرأة التي تولد بدون أعضاء تناسلية، أو بدون رحم، أو من أصيبت بتشوهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلا، أو المرأة التي ليست لديها القدرة على استكمال مدة الحمل حتى نهايتها، أو تخشى حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أو صحتها بسبب الحمل وقد يكون لمجرد عدم إنتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود عن طريق أمه البيولوجية، وقد يكون أيضا لمجرد تغيرات الحمل الجسمانية وتأثيرها سلبا على الجسم لظروف المرأة ووضعها فقد تشغل إمرأة ما منصبا هاما، وترغب في إنجاب ولد دون أن تكون مضطرة إلى التوقف عن العمل مثلا، أو تكون المرأة قد تقدمت في العمر، وتخشى مخاطر الحمل المتأخر[105]، أو أن تكون المرأة مهتمة برشاقتها وتناسق جسدها، والحمل قد يسبب تغيير في الجسم، فقد ينقص من سماته الجمالية [106]

غير أن هذا النمط الجديد قد تمخض عنه جملة من المشاكل الدينية والقانونية وبعض الإنعكاسات الإجتماعية ومن خلال الفروع الآتية سأحاول الوقوف على توضيح هذه المشاكل وبخاصة الدينية منها والقانونية.

[105] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 162.

[106] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الأول: ماهية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام

من خلال هذا الفرع سيتم البحث في عدة مسائل قانونية وشرعية تترتب عن التلقيح بواسطة الأم البديلة أو ما اصطلح عليه بتأجير الأرحام.

أولا: نبذة تاريخية عن التلقيح بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام

بدأت هذه التقنية في عالم الحيوان حيث يقوم المتخصصين في استخلاص البويضات من مبايض الأبقار التي تتمتع بصفات مميزة، ثم توضع في أنابيب إختبار، ثم تنقل لأرحام أبقار عادية بعد تلقيحها صناعيا أو تلقح بالطريق المباشر عن طريق ثور ممتاز الصفات، فيحدث الحمل والإخصاب، ويقصد من استخدامها تحسين النسل الحيواني بأبقار تمتاز بوفرة اللحم أو اللبن، ثم ما لبث التطور العلمي طويلا حتى حاول تجريب ذلك على الإنسان، حيث ظهرت فكرة تأجير الأرحام أو ما تسمى بالأم البديلة في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتشرت في عدد من الدول الأوروبية، حيث كانت بداية ظهور تلك الفكرة وتطبيقها على السيدات على يد الطبيب الأمريكي(Riehard Levein) ، حينما تبين له وجود بعض مريضاته من الراغبات في الحمل في حالة عجز بسبب عيوب في الرحم، فقام باستئجار أرحام أخريات ذوات رحم سليم تقوم باستضافة البويضة الملقحة، وبعد نجاح الحمل يعاد الطفل لأبويه، ومن هنا ظهرت مكاتب تسمى مكاتب الوساطة المتخصصة في إبرام العقود مع الحاملة والأزواج المترددين عليها[107].

أما في أوروبا فكانت أول أم بديلة بريطانية تتقاضى أجرا لتلقح صناعيا وتحمل لحساب زوجين لم ينجبا، هي السيدة كيم كوتون وعمرها 28 سنة وكان هذا الحدث في أوائل عام 1985 في مستشفى بلندن، حيث أن هذه السيدة تقاضت مبلغ 6500 جنيه استرليني مقابل حمل الطفل، أما بخصوص الزوجان اللذان

[107] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص ص 99- 100.

رفضا الكشف عن هويتهما دفعا إلى المرأة صاحبة الرحم مبلغ 14000 جنيه وهذا المبلغ دفع لإحدى الوكلات للعثور على أم بديلة، وهذه الوكالة حصلت من إثر هذه العملية على مبلغ 2500 جنيه بينما خصص ألف جنيه لتغطية نفقات العلاج وكانت هذه العملية بموافقة زوج كيم كوتون والذي يدعى جوف كوتون، ثم انتشرت هذه الظاهرة في زماننا بكثرة، وبخاصة في الغرب والولايات المتحدة الأمريكية، حيث لم يضعوا لتلك الأساليب أي نوع من المقاييس لضبطها وتجنب أثارها، وزاد إنتشارها مع ظهور بنوك الأجنة ، حيث تم إفتتاح وكالات لتأجير الأرحام في جميع أنحاء العالم، فأفتتحت في ألمانيا الإتحادية أول وكالة أوروبية لتأجير الأرحام، والوكالة الجديدة هي " وكالة الأسر الموحدة " وقد بدأت في عرض تأجير الأرحام للمحرومين من الإنجاب[108].

ثانيا: مفهوم التلقيح بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام

هو نتيجة التطور في التلقيح الإصطناعي وفي طفل الأنبوب، ويشمل كل صورة فيها طرفا ثالثا.

ويسمى الحمل لحساب الغير ويقصد بالغير، الأم التي ينسب إليها المولود عند ولادته فهو عبارة عن عقد بين طرفين، الطرف الأول هم أصحاب البيضة الملقحة والطرف الثاني المرأة صاحبة الرحم، ويتم إتفاق بين الطرف الأول وبين إمرأة أجنبية تقوم بحمل لقيحة الزوجين لحساب الطرف الأول مقابل عوض أو في بعض الأحيان يكون هبة، ومن ثم، فإن المولود يحمل عند ولادته اسم إمرأة غير تلك التي حملته ووضعته، أما المرأة صاحبة الرحم فيقتصر دورها على حمل البيضة الملقحة حتى لحظة الوضع ولذلك فهي تسمى الأم الحاملة « Mère porteuse» أو الأم المستعارة « Mère demprunte »

[108] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2007، ص 91.

ويعرف الدكتور محمد علي البار إجارة الأرحام " أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحهما في طبق ولكن بعد أن تنمو اللقيحة لا تعاد إلى الأم بل إلى إمرأة أخرى تسمى متبرعة.

ويعرف الدكتور محمد المرسي زهرة إجارة الأرحام في كتابه الإنجاب الصناعي " أنه موافقة إمرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب إمرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته"[109]

كما أن الأم البديلة أو تأجير الرحم يعبر عنه بعدة تعابير، كالأم البديلة، وإجارة الأرحام، واستئجار الأرحام، والأم بالواسطة ونفس هذا الإختلاف نجده في اللغة الفرنسية:

Mère de remplacement, ventre a louer; mère par procuration, mère de subsutution, mère porteuse, ovaire mercenaire, prêteuse d'utérus

الفرع الثاني: التكييف القانوني للعلاقة الناشئة بين الزوجين والأم البديلة

نشير بداية إلى أن القاعدة القانونية تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن عملية تأجير الأرحام قد تناولها الفقه وانقسم بشأنها إلى فريقين منهم من إعتبرها عقد وحدد لها حقوق وواجبات العقد، في الحين الذي رفض فيه الفريق الأخر مبدأ العلاقة التعاقدية في عملية الحمل لحساب الغير،ولم يعتبرها عقد، ومن ثم لا يترتب عليها أي التزامات بين الطرفين، إلا أنني لم أحبذ الخوض في مسألة اعتبارها عقد من عدمه، لأن أغلب الفقهاء اتفقوا على وجود عقد بين الطرفين لكنهم اختلفوا في الطبيعة القانونية لعقد تأجير الأرحام، فما طبيعة هذا العقد ؟ لهذا سأحاول التعريج على مختلف التكييفات القانونية التي أعطيت لهذه المسألة المستحدثة.

[109] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 94.

أولا: إعتباره عقد بيع

يرى البعض أنه عقد بيع يرد على شيء مستقبلي أي أن محله غير وارد في الوقت الحالي، ولكن يحتمل وجوده في المستقبل كبيع شخص لما سوف يرثه من مورثه في المستقبل، فعقد البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي، وينعقد هذا الإتفاق ولو على الشيء الذي سوف يتواجد في المستقبل فمن أهم خصائص عقد البيع أنه ينقل ملكية شيء أو حق مالي مقابل ثمن، أما الإنتقادات التي وجهت لهذا الإتجاه تتمثل في أن المحل في عقد البيع شيء أو حق مالي والطفل وفقا للقواعد العامة لا يمكن اعتباره شيء أو محل لحق مالي، وبالطبع عقد الحمل لحساب الغير لا يمكن اعتباره عقد بيع لأن عقد البيع يفترض وجود مشتري ليس له علاقة بالشئ المباع، وهذا لا يتماشى مع الواقع الفعلي، فالمبيع هو ابن للأب والأم أصحاب البويضة الملقحة من الناحية البيولوجية، ولهم عليه حق كما أن مع فرض أنه شئ للبيع فهل يحق للأم البديلة بيعه لمن يدفع أكثر؟،وهل يجوز للأم البديلة إذا اختلفت مع الأم الحقيقية في الثمن أن تبيعه لغيرها؟ كما أن البيع يرد على شئ وبيع الأشخاص أو ما كان يعرف بالرق في العصور القديمة قد أصبح محضورا دوليا[110].

ثانيا: إعتباره عقد عمل

إذا كان الفقه لم يجمع على تعريف واحد لقانون العمل، إلا أنه بالإستناد إلى ظروف نشوئه، والهدف منه، يمكن تعريفه بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة الفردية والجماعية التي تنشأ عن قيام أشخاص (هم العمال) بالعمل لحساب أشخاص آخرين (هم أصحاب العمل) وتحت سلطتهم وإشرافهم،

[110] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص ص 109 – 110.

مقابل أجر"[111]، حيث تنص المادة 2 من القانون المتعلق بعلاقات العمل[112] على أنه " يعتبر عمال أجراء في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص أخر، طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، يدعى المستخدم".

هذا ويشترك عقد تأجير الرحم وعقد العمل في الكثير من الخصائص، أهمها أن كل منهما يرد على الجهد الآدمي، ومع ذلك يختلفان في أمرين هما خضوع العامل في أدائه لعمله لإدارة وإشراف رب العمل، بينما الأم البديلة لا تخضع فيما تؤديه لإشراف أو مراقبة من تقوم بالحمل لأجلهما، كما أن الإلتزامات الناشئة عن عقد تأجير الرحم لا دور للزمن في تحديد مقدارها، بل تنشغل ذمة كل منهما بمجرد إنعقاد العقد بالرغم من الإلتزام بالتسليم، والتسليم بالنسبة للمولود إلى أجل وضع الحمل[113].

ثالثا: إعتباره عقد إيجار

تنص المادة 467 من القانون المدني الجزائري[114] على أن: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل أخر.

---

[111] القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009، بيروت لبنان، ص 24.

[112] قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر، العدد 17، السنة 27، ص 562، 01 شوال عام 1410 الموافق 25 أبريل، سنة 1990م

[113] مروك نصر الدين، الأم البديلة (la mère porteuse) بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، العدد الرابع، المجلد 36، 1999، ص ص 53 – 54.

[114] الأمر رقم: 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، ج ر، السنة 12، العدد 78، بتاريخ: 24 رمضان 1395ه الموافق 30 سبتمبر 1975م.

يمكن القول بناءا على نص المادة السابقة أن المرأة صاحبة البويضة تنتفع بجسم المرأة التي سوف تقوم بالحمل بدلها ولمدة زمنية محددة، هي مدة الحمل التي عادة ما تكون تسعة أشهر، لقاء مقابل مالي، ومن أوجه هذا الإنتفاع استخدام جسم المرأة الحاملة كوعاء للحمل،ورد الشيء المنتفع به أي جسم المرأة الحاملة بعد الولادة،وقد يرجح هذا التحليل أن الحمل لحساب الغير يقترب جدا، أو ينتمي إلى عقود الدعارة أو البغاء فكلاهما إيجار جزء من جسم الإنسان، لكن هذا التصور غير دقيق، فلو فرضنا أن عقد الدعارة يمكن إعتباره إيجارا من الناحية القانونية وهو افتراض غير صحيح فإن الحمل لحساب الغير يختلف جذريا، من بعض الوجوه، عن عقد الدعارة، فالإنتفاع في عقد الدعارة يستمر فترة زمنية معينة، ثم ينتهي بعد ذلك دون أن يترك أي أثار يعتد بها، أما بالنسبة للحمل لحساب الغير، فإن الإنتفاع بجسم المرأة التي تحمل لحساب غيرها يؤدي إلى واقعة ميلاد طفل له حقوق قررها له الشرع والقانون، وأول هذه الحقوق إثبات نسبه من والديه حفاظا عليه من الضياع، وإبعاده عن مواطن الذل والعار، هذا بالإضافة إلى أن الإنتفاع بجسم المرأة، في الحمل لحساب الغير، قد يترك أثارا جوهرية على جسم المرأة ذاته، وقد يؤثر على صحتها النفسية والجسمية، ومن ناحية أخرى فالإيجار كالبيع يرد على شيء، بينما يرد الحمل لحساب الغير على كائن بشري، ولا يمكن معاملة جسم الإنسان كمجرد شيء، هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التكييف على افتراض صحته لا يفسر كافة الآثار المترتبة على العقد فهو قد يفسر انتفاع المرأة صاحبة البويضة بجسم المرأة الحاملة، لكنه لا يفسر تنازل المرأة الحاملة عن وليدها إلى إمرأة أخرى ونسبته قانونا إلى هذه الأخيرة وتنازل الأم الحاملة عن حقوقها على الولد لا تجد تبريرا لها في عقد الإيجار[115].

[115] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 177 – 178.

رابعا: إعتباره عقد مقاولة أو عقد صناعة

يرى البعض أنه عقد صناعة طفل تتعهد فيه الحاملة أن تصنع طفلا (sengage afabriquer un bebe) فعقد المقاولة أو الصناعة يقع على شيء مادي يمكن تصنيعه كآلة أو مادة، وجوهر هذا العقد أن يلتزم المقاول بصنع شيء أو أداء عمل في موعد محدد سلفا، كما يلتزم المقاول بضمان العيوب الخفية التي تلحق العمل الذي يؤديه ويلتزم أيضا بتسليم العمل في الموعد المحدد اتفاقا، وفي المقابل يلتزم صاحب العمل بتمكين المقاول من إنهاء العمل المكلف به وبتسليم هذا العمل فور الإنتهاء منه، ولكن هل يمكن أن يقع عقد التصنيع على طفل؟

واجه هذا الإتجاه العديد من الإنتقادات منها أنه لا يمكن إعتبار الطفل مادة مصنوعة مثل الأشياء المادية، ومن ثم فإن الصانع إذا لم يحسن العمل كأن جاء الطفل على غير المطلوب، فهل للمالك أن يرفض استلامه، ويطالبه بإعادة تصنيعه مرة أخرى، فهل يمكن للأم البديلة أن تعيد الطفل لبطنها لإعادة تصنيعه أو ترفض الأم الأصلية استلامه لأنه ليس على المواصفات المطلوبة،كما أن عقد الصناعة يتحدث عن شيء أما الطفل فهو إنسان له حقوق كاملة ولا يجوز الإنتقاص منها[116].

الفرع الثالث: إلتزامات الأطراف في التلقيح بواسطة الأم البديلة وموقف الفقه والقضاء من العملية

إختلف الفقه بخصوص إجراء التلقيح بواسطة الأم البديلة بين مؤيد ومعارض وذهب البعض منهم إلى تحديد إلتزمات كل طرف وحقوقه وواجباته في العملية.

[116] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 111.

أولا: إلتزامات الأب البيولوجي

1- تحمل كافة النفقات المالية لإتمام العملية بداية من الفحوصات الطبية للأم للحامل وأجر الطبيب الذي سيجري العملية ونفقات العلاج والغذاء والمسكن والملبس والولادة.

2- الإعتراف بالطفل الذي سوف يولد على أي حالة صحية يولد فيها.

3- يلتزم بسرية العملية وذلك في حالة طلب منه الطرف الثاني ذلك.

4- تسديد المبلغ المتفق عليه مع الطرف الثاني حتى في حالة فشل العملية لأسباب تخرج عن إرادة الطرف الأخر.

5- الإلتزام بالتأمين على حياة الأم الحامل وأيضا بالتأمين على حياة الأب لصالح الطفل الذي سيولد.

6- كذلك له الحق في إختيار إسم المولود[117].

ثانيا: إلتزامات الأم الحامل

1- الخضوع لكافة الفحوصات الطبية من بداية العملية إلى غاية ولادة الطفل وتسليمه لأمه[118].

2- الإلتزام أثناء الحمل بعدم تعاطي التدخين أو الكحوليات أو أي مخدر أو أدوية دون استشارة الطبيب والتي قد تؤثر على صحتها أو صحة الجنين، كما تمتنع أيضا عن ممارسة أي نشاط من شأنه الإضرار بها أو بالجنين، كما يتوجب عليها الخضوع لنظام تغذية معين حرصا على صحة الجنين وسلامته.

3- تلتزم بالخضوع لعملية الإجهاض إذا طلب الأب البيولوجي منها ذلك

---

[117] مروك نصر الدين، الأم البديلة – la mére porteuse – بين القانون والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد 36، 1999، ص 26، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر.

[118] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 107.

4- الإلتزام بالتنازل مقدما عن الطفل والإلتزام بتسليمه بعد ولادته لأبيه البيولوجي.

5- الإلتزام بالحفاظ على سرية العملية وتنفيذ العقد بما يحقق مصالح الطرفين.

6- الإلتزام بقبول الأخطار المحتملة للعملية دون مسؤولية الأب البيولوجي[119].

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل استلام المولود فيتسلمه الحي منهما وفي حالة وفاتهما معا يسلم للموصى له، وإن لم يوجد فيسلم لمن هو أقرب إليه درجة من الأحياء[120].

ثالثا: موقف الفقه من عملية تأجير الأرحام

يسود العالم اليوم تياران كبيران مختلفان يحاول كل منهما تحديد المركز القانوني للجنين، حيث يرى التيار الأول أن الجنين له شخصيته القانونية، وقد سار على هذا التيار المشرع الجزائري من خلال المادة 25 من القانون المدني منه[121] والمشرع الفرنسي الذي يقر بمبدأ عدم قابلية تجزئة الجسم البشري، بحيث يمنع ويعاقب على الحمل عن طريق الأم البديلة ويرى بأن الإتفاق بين الأم الحاملة والزوجين البيولوجيين هو إتفاق غير قانوني، لأن الجسم البشري خارج عن التعامل التجاري ولابد من مراعاة المصلحة الفضلى للطفل دائما تطبيقا لنص المادة 1128 من القانون المدني التي تنص على أن "[122] الأشياء التي يتم تداولها في التجارة فقط هي التي يمكن أن تكون موضوع الأعراف" وهناك تيار أخر يرى بأن الإنسان لا يمكن إعتباره كذلك إلا من لحظة أن يستطيع العيش مستقلا أي

---

[119] مروك نصر الدين، الأم البديلة –la mére porteuse – بين القانون والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – المرجع السابق ص 27.

[120] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة- ، ص 56.

[121] المادة 25 من القانون المدني: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.
على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"

[122] Francois vialla, les grandes décisions du droit médical, édition alpha, liban,2010, p 58 – 66.

خارج رحم أمه وذلك من لحظة أن يولد حيا وهذه اللحظة هي فقط التي تخوله اكتساب حق الشخصية، وهذا يعني أن الجنين قبل الولادة يعتبر شيئا أو محلا ولذلك قد أباحت بعض القوانين وقف الحمل عمدا وسمحت بعض التشريعات بإجراء التجارب عليه بإعتباره شيئا[123] فقد ميز القانون بين المراكز بواسطة أنظمة يصنف بداخلها جسم الإنسان وعناصره من جهة ومحيطه ومعاملاته من جهة أخرى، وإنطلاقا من هذا التمييز الذي يمتد منذ عهد " جستنيان" اعتبر الإنسان صاحب حقوق، بينما الأشياء بما فيها الحيوان والنبات هي موضوع هذه الحقوق ومعنى هذا أن الإنسان بما فيه عناصر جسمه لا يمكن أن يكون محل حقوق، وإلا عدنا إلى عصر العبودية[124].

فالحق الإنساني له حرمة ولا يمكن المساس به وبالتالي يبرز مبدأ هام ألا وهو جسم الإنسان خارج المعاملات القانونية بمعنى أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للتعامل القانوني وبالتالي فجسم الأم الحاملة الذي يهدف لصنع طفل يتنافى تماما مع هذا المبدأ، والإعتراف به يؤدي إلى خسارة كبيرة للمجهودات التي بذلت منذ قرون للإعلان عن القيمة الإنسانية القائمة على التفرقة بين الأشخاص والأشياء[125] بحيث يكون لكل منهما نطاق قانوني مستقل، كما أن هذه الوسيلة تعد تعارضا مع مبدأ حظر التصرف في حالة الشخص فحالة الشخص هي مركزه القانوني من حيث نسبته لوالديه وشروط ذلك أو العكس إنكار نسبه من أب معني أو إلحاقه بأسرة أخرى وتعتبر هذه المسائل من إختصاص القانون وحده فهو الذي يحدد شروط وكيفية إلحاق شخص بوالديه أو إنكاره له، ولذا فهذه المسائل

[123] داودي إبراهيم، المركز القانوني للجنين، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2011، ص 04.

[124] عبد الحفيظ أوسكين، العينات البيولوجية على محك براءة الإختراع مقاربة أخلاقية – قانونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 3، سبتمبر، 2018، ص 145.

[125] Roberto ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses Al'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J., 1996 p 210

من النظام العام ومن ثم فالدعاوى المتعلقة ببنوة الأفراد لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها ولا التنازل عنها وأيا من هذه الإتفاقيات يقع باطلا، والأم البديلة تعتبر مخالفة للمبدأ لأنها تهدف إلى ولادة طفل لا تتفق بنوته الحقيقية مع بنوته المدعى بها، حيث تتنازل أمه الحقيقية عن كل حقوقها لأمه التي ستستقبله[126].

رابعا: موقف القضاء من عملية تأجير الأرحام

1-القضاء الفرنسي:

لمعرفة موقف القضاء الفرنسي من عملية تأجير الأرحام وجب علينا التطرق إلى بعض القرارات الهامة في القضاء الفرنسي

قرار محكمة النقض الفرنسية في 2011/04/06 الذي رفض تسجيل عقود ميلاد توأمين في سجلات الحالة المدنية الفرنسية، حيث بقيت المولودتان بوثائق أمريكية دون الفرنسية، ووقائع القضية تتلخص في لجوء زوجين فرنسيين إلى أم بديلة أمريكية رغبة في الإنجاب، حيث اعتبر الزوجان والدين قانونين لكل من " ليزا" "وليا" بموجب قانون ولاية كاليفورنيا، إلا أن القنصلية الفرنسية في لوس أنجلس رفضت تسجيل عقود ميلادهما في الدفتر العائلي وفي جواز سفرهما وبعد ذلك تم إعطاء الجنسية الفرنسية بعد مناضلة الزوجان أمام القضاء الفرنسي مدة عشر سنوات هذه القضية أثارت ضجة إعلامية كبيرة تدخلت فيها وزيرة العدل في فرنسا بإصدار منشور وزاري بتاريخ 2013/01/25 موجه لكل الجهات القضائية يقضي بمنح الجنسية الفرنسية لكل الأطفال إلا أن هذا المنشور قد تم الطعن فيه من قبل برلمانيين على اعتبار أنه مناقض لأحكام القضاء الفرنسي.

نجد أيضا قرار محكمة الاستئناف لمدينة "رين " المؤرخ في2012/02/21 المؤيد لحكم محكمة " نوت" الصادر بتاريخ 2011/03/17 الذي قبل تسجيل

[126] مروك نصر الدين، الأم البديلة – la mére porteuse – بين القانون والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – المرجع السابق ص ص 27، 28.

توأمين في سجلات الحالة المدنية في فرنسا، رغم أنهما ولدا في الهند من أم بديلة وزوجين فرنسيين، وعللت المحكمة حكمها أنه لم يطلب منها البحث في صحة الاتفاق المتعلق باستئجار الأرحام وإنما التسجيل في عقود الميلاد الذي تستجيب له المادة 47 ق م ف، خاصة وأن الأمر يتعلق بمصلحة الطفل الذي يجب أن تحظى بأهمية بالغة[127]

2-القضاء البريطاني:

يرى القضاء البريطاني أن المولود الناتج عن الأم البديلة ينسب إلى الزوجين ولهما حق الاحتفاظ به، كما حكم في قضية " بابي كوطو " التي شغلت الرأي العام والتي حدثت سنة 1984 جعلت بريطانيا تصدر قانون 1985 المتعلق بالحمل لحساب الغير، وتتلخص وقائع القضية في أن السيدة " كوطو" وافقت على عرض مقدم من هيئة مختصة في تنفيذ هذه التقنية والمتمثل في مبلغ من المال مقابل حمل الطفل وتسليمه للزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية ، وكانت النطفة الذكرية من الزوج نفسه وتمت العملية وولد على إثرها الطفل " بابي كوطو " بتاريخ:1984/01/04، إلاّ أنها رفضت تسليمه للزوجين ووصل الأمر للقضاء وحكمت المحكمة المختصة في بريطانيا بتسليم الطفل للزوجين في المكان المتفق عليه[128].

[127] داود أحمد رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2015، ص ص246 – 249.

[128] شبوعات خالد،الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 65.

الفصل الثاني: التلقيح الإصطناعي وفقا للأحكام الشرعية والقانونية

من خلال هذا الفصل سنحاول الوقوف على مسائل مهمة تتعلق بالمشاكل الناجمة عن عدم أو تأخر الإنجاب والحلول الممكنة لها على ضوء الشريعة الإسلامية وتبيان موقفها منه، هذا الإنجاب الذي يأتي عن طريق الزواج الصحيح الذي يعقبه التناسل بإعتباره إحدى المقاصد الأساسية وأحد الكليات الخمسة للشريعة الإسلامية المتمثلة في المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال فالمحافظة على النسل بإعتباره وارد ضمن هذه الكليات الأساسية في الدين نجد أن الشريعة الإسلامية قد حثت عليه وهذا ما نجده في قوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " وقوله أيضا " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية وما كان لرسول أن يأتي بأية إلا بإذن الله لكل أجل كتاب " وفي غياب هذا الأخير (التناسل) سيدفع بالزوجان لا محالة للتفكير في حلول طبية لحل تلك المشكلات وهي الأساليب المستحدثة في علاج الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي، فمن نوازل العصر وقضاياه المستجدة في أعقاب تطور الطب الحديث أمور جدت في علمي الأجنة والوراثة[129] ولأن ثمرة أي زواج هو حصول الولد، كما أن أي زواج يطمح فيه الزوجان في أن تكون لهم ذرية تخلفهم من بعدهم، وأمام حصول العائق في سبيل تحقيق ذلك يلجأ الكثير من الأزواج إلى طريقة التلقيح الإصطناعي، وعلى إعتبار أن المجتمع الجزائري مجتمع تحكمه الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 02 من الدستور الجزائري التي تنص على أن " الإسلام دين الدولة " فأول شيء سيفكر فيه من يريد الإقدام على عملية التلقيح الإصطناعي هو حكم الشريعة الإسلامية بخصوص اللجوء إلى هذه الوسيلة الطبية

[129] بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط 1، بيروت لبنان،2012، ص 239

المستحدثة، طبعا وما سيترتب من مسائل على هذه العملية خصوصا مسألة تجميد البويضات واللجوء إلى بنوك النطف ومسألة مصير البويضات المخصبة الزائدة عن حاجة أصحابها ونسب الطفل الناتج عن العملية وغيرها من المسائل التي وجب علي الوقوف عليها وتبيان موقف الشريعة منها، كما أننا لم نغفل الجانب التنظيمي للعملية والذي لا يقل أهمية ونقصد به الجانب القانوني للعملية وفقا لما جاء به المشرع الجزائري سواء من خلال قانون الأسرة أو قانون الصحة مقارنا مع بعض الدول الرائدة في هذا المجال.

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الإصطناعي

إن الشريعة الإسلامية تحث على الزواج وترغب فيه مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة " وقال أيضا " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " هذا الزواج الذي لم تكن الغاية منه إشباع الغريزة الجنسية فقط، بل لهدف أسمى وهو الإنجاب، لذلك حثت الشريعة الإسلامية على الزواج من الودود الولود، لكن قد تعترض هذه الرغبة في الحصول على الولد بعض العوائق المرضية كضعف الخصوبة عند أحد الزوجين أو كليهما معا التي قد تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج، وفي سبيل تخليص الأزواج من هذه العلل والأمراض المتعددة الأسباب وحاجة أصحابها الماسة للعلاج ظهرت الإكتشافات الطبية الحديثة المساعدة على الإنجاب المتمثلة في المساعدة الطبية على الإنجاب أو ما اصطلح عليه بالتلقيح الإصطناعي، ولأن مهنة الطب هي مهنة مقدسة تتطلب في من يمارسها قبل التمكن العلمي والفني الإنسانية الطبية وعدم الخروج عن أخلاقيات مهنة الطب وعن شرع الله ومنهاجه.

هذا الإكتشاف الطبي الحديث دفع بفقهاء الأمة إلى إعتباره نازلة[130] يتوجب تكييفها بنص شرعي يبيح العملية أو يمنعها ولهذا قد تباينت أراء العلماء والفقهاء المعاصرين بين مؤيد ومعارض، ومن خلال هذا المبحث سنحاول الوقوف على هذه الآراء الفقهية التي حاولت تأصيل الموضوع، كما أننا سنتطرق لبعض المسائل الأخرى المرتبطة بالموضوع من الناحية الشرعية.

[130] يراد بالنوازل: الوقائع والمسائل المستجدة والحادثة المشهورة بلسان العصر باسم: النظريات، والظواهر

المطلب الأول: أحكام التداوي في الشريعة الإسلامية

من خلال هذا المطلب سنحاول معالجة بعض المسائل المتعلقة أساسا بفكرة التطبيب أو ما اصطلح عليه بالتداوي في الفقه الإسلامي، ولأنها فكرة عرفها الفقهاء القدامى وسنحاول من خلال هذه الفكرة إسقاط الحكم المتوصل إليه على الإنجاب بطريق المساعدة الطبية على الإنجاب، لأنه لم يرد في نصوص القرآن أو في السنة الشريفة تبيان ما يفيد الحكم الشرعي لتلك الوسيلة نظرا لحداثة الموضوع، لهذا سيتم الإستعانة بعلماء الشريعة المعاصرين، ولأن الآراء الفقهية اختلفت حول شرعية هذه الوسيلة، لهذا ومن خلال الفروع الآتية سيتم توضيح الإجابة على هذه الإشكالية.

الفرع الأول: فكرة التداوي من الأمراض والعلل في الفقه الإسلامي

أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالتداوي وعدم منافاته لمقام التوكل والتسليم، فالتداوي من عدم الإخصاب بالتلقيح الإصطناعي يعتبر مباحا، لأن عدم الإنجاب قد يسبب مرض نفسي يترتب عنه ضرر نفسي عميق في نفسية العقيم[131] ولهذا فقد ورد في إباحة التداوي قوله عليه الصلاة والسلام إجابة لمن سأله: " يا رسول الله أرأيت رقي نسترقيها ودواء نتداوى بها وتقاة نتقيها هل ترد من قدر الله شيئا " ؟ فقال صلى الله عليه وسلم: " هي من قدر الله "[132]

أولا: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن العلاج الطبي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7–12 ذي القعدة 1412 الموافق 9–14 أيار (مايو) 1992م، بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص

[131] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، المرجع السابق ، ص ص 1452–1453

[132] رواه الترمذي، كتاب الطب/ باب ما جاء في الرقي والأدوية وقال: " هذا حديث حسن صحيح " أنظر الجامع الصحيح 349/4.

موضوع العلاج الطبي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولا: التداوي: الأصل في حكم التداوي أنه مشروع، لما ورد في شأنه في القرآن الكريم والسنة القولية والفعلية، ولما فيه من " حفظ النفس " الذي هو أحد المقاصد الكلية من التشريع.

وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص:

-فيكون واجبا[133] على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره، كالأمراض المعدية.

-ويكون مندوبا[134] إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.

-ويكون مباحا[135] إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين.

- ويكون مكروها[136] إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها[137]

ثانيا: فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية

جاءت هذه الفتوى تحت رقم 20913 والمتعلقة بحكم العلاج حيث أفتت بأن العلاج مشروع، ويجب على الطبيب الموظف لعلاج المرضى الذي عنده القدرة لمعالجة الناس، بذل ما في وسعه لعلاجهم رجاء شفائهم، أو التخفيف من ألامهم، ويدل على ذلك النصوص العامة في الشريعة التي تفيد التعاون،وإعانة المحتاج،

---

[133] الواجب هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا جازما، فيثاب فاعله ويعاقب تاركه.

[134] المندوب هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا غير جازم، فيثاب فاعله ولا يعقاب تاركه.

[135] المباح هو ما خير الشارع المكلف فيه بين فعله وتركه، أي هو ما يستوي فعله وتركه في نظر الشرع، بحيث لا يثاب ولا يعاقب لا فاعله ولا تاركه على العموم.

[136] المكروه هو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام، فيثاب تاركه ولا يعاقب فاعله.

[137] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري(دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية،2011، ص141-142.

وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل، ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه،فلا يجوز له ردهم، أو التساهل في علاجهم والله أعلم[138].

الفرع الثاني: الموازنة بين فكرة العلاج ومسألة التخليق

إن قضية العقم قديمة قدم الزمن، عانى منها الكثير من الناس رجالا ونساء، بحيث أصبحت حقيقة لا يمار فيها أحد، لكن أحدا لم يمنع عقيما من العلاج، بل إن هذا الصنف من البشر يبذلون الغالي والنفيس في سبيل الحصول على الولد، وفي ذلك بقاء للجنس البشري، وإمتداد أسري يستشعره الذين أنعم الله عليهم بنعمة البنين والبنات، بل وامتن الله بذلك على رسله أيضا فقال عز وجل " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية..." حيث فسر ابن كثير الآية بأنهم بشر يأكلون الطعام، ويمشون في الأسواق، ويأتون الزوجات ويولد لهم، وقد رغب الإسلام في التناسل حيث قال عز وجل " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات..." (الآية 38 من سورة الرعد).

فالعقم قد يكون لا علاج له، وفي هذه الحالة يقع واجبا على من أبتلي بذلك أن يرضى بقضاء الله وقدره، ويستشعر النعم التي وهبها له الله، لأنه كم من عقيم صرف همه إلى إسعاد الآخرين، ومارس مشاعر الأبوة أو الأمومة من خلال كفالة اليتامى، أو رعاية اللقطاء، فنال راحة نفسية في الدنيا، وحظا عظيما من الثواب المرجو عند الله سبحانه وتعالى، عملا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرق بينهما قليلا ".

---

[138] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 168.

أما إذا كان العقم لسبب طارئ فيجب علاجه، وعلى كل من الرجل أو المرأة أن يلجأ إلى الأطباء المهرة في هذا التخصص، وبهذا أمرنا الرسول عليه الصلاة والسلام حيث قال: " تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير داء واحد، الهرم "[139].

فتقدم علوم الطب والبيولوجيا في هذا الزمان، جعلت أكثر الأمراض المستعصية تحت سيطرة الأطباء، ومن بين هذه الأمراض علاج أسباب ضعف الخصوبة بطرق متعددة [140]، كما أنه ورد في السنة الصحيحة طلب العلاج من الأطباء استنادا لما رواه أحمد عن رجل من الأنصار رضي الله عنه قال: " عاد رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا به جرح، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ادعوا له طبيب بني فلان، قال: فدعوه، فجاء، فقالوا: يا رسول الله ويغني الدواء شيئا؟ فقال: سبحان الله! وهل أنزل الله من داء في الأرض إلا جعل له شفاء؟ " [141].

أما بالنسبة لشبهة التخليق فيجب توضيح مسألة في غاية الأهمية وهي الفرق بين الصنع الذي يقصد به صناعة الشئ من المادة التي خلقها الله عز وجل والخلق الذي نعني به إنشاء الشئ إبتداءا، أي إيجاده من العدم، وهو الشئ الذي تفرد به الله عز وجل وحده فمن صفاته أنه الخالق، وهو وحده قد خلق كل شيء، أما ما ينسب إلى العقل البشري من أشياء مبهرة فهو قد صنعها ولم يخلقها، وقد صنعها من المادة التي خلقها الله، كما أنه صنعها بذكاء جبار اتصف به العقل

---

[139] الحديث صحيح أخرجه أحمد، والأربعة في السنن (أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك،عن أسامة بن شريك، أنظر: صحيح الجامع الصغير وزيادته 37/3، الحديث رقم 2927.

[140] يوسف عبد الرحمن الفرت، قضايا فقهية معاصرة، دار الفكر العربي، ط 1، القاهرة،2004، ص ص 19 – 20.

[141] عصام موسى هادي، مجمع البحرين فيما صححه الألباني من الأحاديث على شرط الشيخين، المكتبة الإسلامية، ط 1، عمان الأردن، ص 123.

البشري، ولكن العقل البشري من خلق الله، وذكاء ذلك العقل من خلق الله عز وجل، والأمر في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب ليس إيجادا من عدم، بل أن المكونات الأساسية مخلوقة وموجودة في الأصل، أي أن الأطباء المتخصصين في هذا المجال لم يقوما بتخليق حيوانات منوية أو بويضات، لنقول بأنهما تقاسما وظيفة التخليق مع الله سبحانه وتعالى، لهذا يعتبر هذا رد صحيح لمن تقولوا بأن عملية التلقيح الإصطناعي وتكوين أطفال الأنابيب هو خلق جديد عبارة عن كلام فاضي لا طائلة من ورائه، بل كل ما في الأمر أن ظروفا جديدة قد طرأت على عملية سير التلقيح إلى الرحم، ولا يعدو الأمر في هذه الحالة عن كونه علاجا من حالة مرضية، فالله عز وجل هو الذي خلق المادة، وخلق العقل والذكاء ويبقى الله هو الخالق البارئ المصور لا شريك له [142] فالله عز وجل لم يمنع الإنسان من الأخذ بالأسباب للتعرف على حقيقة الأشياء والظواهر بخلاف علم الساعة الذي استأثر بعلمه هو دون سواه وكيف يمكن لله عز وجل أن يأمر الإنسان بتدبر آياته في الكون والأنفس إذا كان يعلم أن في ذلك تحد لإرادته ومشيئته ففي هذا يقول الله عز وجل " سنريهم آياتنا في الأفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكفي بربك أنه على كل شئ شهيد " ومن جهة أخرى يعتبر العقم داء يصيب الرجل والمرأة ومن المعلوم أن لكل داء دواء والله عز وجل لم يحرم البحث عن الدواء ما لم يكن فيه مخالفة لأحكام الشرع، كما أن العقم قدر الله والشفاء منه لا يكون إلا بمشيئة الله مهما كانت محاولات البشر لقوله تعالى " ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى" وقوله أيضا " وما تحمل من أنثى وما تضع إلا بعلمه " وهذا ما يعني أن الأخذ بالأسباب لا يكفي لتحقق النتيجة إذا لم يردها الله عز وجل، فلا يمكن اعتبار صنع الإنسان بمثابة تحد لمشيئة الله لأن صنع الإنسان

[142] سارة عيادي، أساس مشروعية المساعدة الطبية على الإنجاب، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 04 ، العدد 01، سنة 2019، ص 69، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر.

يبقى دائما محدود وفي نطاق ضيق ومرتبط بإرادة الله عز وجل حيث جل شأنه " وما أوتيتم من العلم إلا قليلا "[143] فهذا دليل واضح على قصور علم الإنسان وعدم قدرته على مشاركة الله عز وجل في مهمة الخلق[144] فأصل التلقيح الإصطناعي ليس أمرا جديدا اكتشفه الأطباء وإنما المستحدث منه هو الصورة التي أخرجه بها الأطباء بفضل تقدم علوم الطب والبيولوجيا في العصر الحاضر فلم يخرج تكوين الجنين عن منهج الخلق الذي قدره الله تعالى في خلقه، وكل ما في الأمر أن العلم عالج عائق في الزوجين كان يمنع وصول الحيوان المنوي إلى داخل الرحم[145].

الفرع الثالث: حكم الإطلاع والكشف على عورة المرأة الخاضعة لعملية التلقيح الاصطناعي

لممارسة حق الإستفادة من الطرق الحديثة للإنجاب وعلى رأسها التلقيح الإصطناعي يستلزم على المرأة السماح للطبيب بالكشف والإطلاع على عورتها المغلظة بغرض تلقيحها اصطناعيا، ومن هنا يثور حكم إطلاع الطبيب على عورة المرأة الخاضعة للتلقيح فإذا قلنا بعدم جواز الإطلاع، كان حكم التلقيح الإصطناعي هو عدم الجواز من الناحية الشرعية، فالأصل في الشريعة الإسلامية هو حرمة إطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الأخر خصوصا ونحن أمام إطلاع على العورة المغلظة، لكن الأمور في الشريعة، تقدر بقدرها ولذلك فقد اتفق الفقهاء على جواز إطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الأخر عند الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات فعورة المرأة تظل حراما على الرجل، وعورة الرجل تظل حراما على المرأة ولا ينحصر هذا التحريم إلا لضرورة كما هو الحال في

---

[143] سورة الإسراء الآية 85.

[144] عبد الكريم مامون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 2، سنة 2004، ص ص 25 – 26 .

[145] شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الإصطناعي، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، ص

ممارسة الطب والعلاج ولهذا نتساءل هل اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي من قبيل الضرورة التي تجيز إطلاع أحد الجنسين على عورة الأخر، وفي هذا الصدد ذهب بعض من الفقه إلى أن التلقيح الإصطناعي مهما كان الدافع إليه لا يرقى إلى مرتبة الضرورات التي تبيح كشف عورة المرأة المغلظة أمام الطبيب الأجنبي عنها، وذلك لعدم إستجماعه شروطها وقيودها المقررة في الفقه[146] وفي هذا الصدد سئل الشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس الجزائري عن ما حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لمن تأخر إنجابه مدة طويلة أو ثبت عقمه الدائم؟ وهل يصح قياسه على العمى والعرج؟ فأجاب الشيخ بأن " ..... هذه المسألة عند الفقهاء ترجع إلى مدى اعتبار العقم ضررا فمن اعتبره كذلك أباح اللجوء إلى طلب علاجه كغيره من الأمراض كالعمى والعرج بجامع كونه إصابة ينتج عنها خلل وظيفي، وهو ماقرره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان (صفر 1407ه) ، موضحا أن فيه طرقا جائزة وأخرى محرمة شرعا وما قرروه أنه لا حرج في اللجوء إلى تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها تلقيحا اصطناعيا ثم إعادته إلى رحم الزوجة ليتم الحمل عاديا عند الحاجة،مع التأكيد على ضرورة الأخذ بكل الاحتياطات اللازمة، أما من لا يعتبر العقم ضررا فإنه لا يرى إباحة علاجه لانتفاء الضرورة الشرعية والحاجة الشديدة إلى علاجه، والذي تميل إليه نفسي أن العقم يمكن اعتباره ضررا نفسيا يولد آلاما عميقة وسط الأسرة الخالي بيتها من الأطفال، واتجاه كل ألم تكمن الضرورة والحاجة، " إذ الأمر إذا ضاق اتسع.

غير أن الذي يعكر على الحكم بالجواز على عمليات التلقيح الاصطناعي خطورة احتمال الخطأ فيها وترتب اختلاط النسب بالتبع، إذ لا يؤمن أن لا يدخل

[146] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 32.

في العملية ما هو محظور كأن يضيف المختص في المخبر إلى مني الرجل الضعيف منيا آخر ليقويه، أو يغير بعض مقومات بويضة الزوجة بإحلال مقومات أخرى لبويضة أجنبية قصد إصلاحها وطمعا في رفع نسبة النجاح، علما أن التنافس بين المراكز المخبرية المتعددة في تحسين نسبة النجاح وطلب الربح والتجارة فيه لا يستبعد من ورائه إطلاقا وقوع إهمال وتجاوزات، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بعرض الرجل ودينه فهذه المفسدة الشرعية مرتبطة أساسا بعدالة المختصين المباشرين لعملية التلقيح الاصطناعي ومقدار الأمانة وحجم الثقة الموضوعة فيهم ، فضلا عن تكشف المرأة أمام الطبيبة أو الطبيب الذي غالبا ما يقوم بنفسه بقذف البويضة الملقحة بحقنة في جهاز المرأة التناسلي، ولا يخفى أن مثل هذه المفاسد من العسير الاحتراز منها واتخاذ الاحتياطات اللازمة لها، وإذا تعذر ذلك علم أن مصلحة الإنجاب عورضت بمفسدة اختلاط الأنساب الواجب تقديمها حالة التعارض عملا بقاعدة درء المفاسد مقدم على تحقيق المصالح.

"**ولا يخفى أيضا أن مثل هذه المفاسد غائبة في المقيس عليه وهو العمى والعرج، وعليه فلا يصح القياس مع ظهور الفارق بينهما والطارئ الذي يلتبس به أحدهما**"[147].

كما اعتبر آخرون أن الإطلاع على العورة في حالة التلقيح الإصطناعي جائز إذا دعت إليه الحاجة أو الضرورة، لكن يجب مع ذلك أن نراعي عدة أمور كمعالجة المرأة الطبيبة للمرأة والرجل الطبيب للرجل إن تيسر ذلك من الناحية العملية، كما يشترط أيضا أن يكون التلقيح بكشف العورة هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الرغبة في الإنجاب، كما يفضل أن يكون الطبيب المعالج مسلما، كما

[147] باركة إبراهيم، التلقيح الإصطناعي بين الضابط الشرعي والنص القانوني، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 25، سنة 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص ص 251-252.

يشترط أيضا أن يكون الإطلاع على العورة بالقدر اللازم للعلاج فقط وهو ما انتهت إليه لجنة التوصيات الخاصة بندوة الإنجاب في ضوء الإسلام بخصوص مدى جواز إطلاع إلى أحد الجنسين على عورة الجنس الأخر، وكذا صدور قرارات مجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته السابعة على النحو الآتي:

أ- إن إنكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعا بينها وبينه الإتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الإنكشاف.

ب- إن إحتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجا يعتبر ذلك غرضا مشروعا يبيح لها الإنكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الإنكشاف بقدر الضرورة.

ج- إذا كان إنكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الإتصال الجنسي مباحا لغرض مشروع، فإنه يجب أن يكون المعالج إمرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب، ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو إمرأة أخرى[148].

ويضاف إليها أن يكون التلقيح بين الزوجين حال قيام الزوجية، وهذا يثبت به النسب والإرث وتجب به العدة وغير ذلك من الأحكام قياسا على الإستدخال، وعلى الزوجين أيضا عدم اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي إلا في حالة الضرورة القصوى، مع أخذ كافة الإحتياطات والحذر من إختلاط النطف الذكرية أو البويضات الملقحة، ولهذا فإباحة كشف عورة الزوجين في حالة التلقيح الإصطناعي الخارجي لضرورة التداوي استنادا للقواعد الفقهية والتي منها الضرورات تبيح المحظورات، والحاجة تنزل منزلة الضرورة، والضرر يزال،

[148] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 35 -36.

وغير ذلك والغرض المشروع للحصول على الولد، سواء في ذلك رغبة الزوج أو الزوجة يمكن أن يعتبر مبيحا لإنكشاف العورة[149].

المطلب الثاني: الإخصاب الإصطناعي بين المؤيدين والمعارضين

لما كانت مسألة التلقيح الاصطناعي قضية مستحدثة لم يحسمها نص شرعي ولا قانوني كان ولابد أن تكون مسألة خلافية بين الفقهاء بل وحتى بين الأطباء أنفسهم لهذا وجدت أراء تؤيد عملية الإخصاب الصناعي ولها من الحجج والدلائل ما يعزز موقفها اتجاه هذه التقنية ، وبالمقابل هناك أراء عارضت الفكرة بشدة واتخذت من الحجج والبراهين ما يتوافق ومعارضتها للأمر الواقع كما وجد أيضا موقفا وسطا بين الفريقين ومن خلال الفروع الآتية سأحاول الوقوف على حجج وأدلة كلا الفريقين.

الفرع الأول: الآراء المؤيدة لعملية التلقيح الإصطناعي

من خلال هذا الفرع سنحاول عرض الآراء الفقهية التي أصبغت على عملية التلقيح الإصطناعي صفة الجواز.

أولا: رأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي

قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان 8-13 صفر 1406ه الموافق 11-16 أكتوبر 1986 قرار رقم 04 بشأن أطفال الأنابيب ما يلي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1406 الموافق 11-16 أكتوبر 1986 بعد استعراضه لموضوع التلقيح الاصطناعي(أطفال الأنابيب)

[149] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، المرجع السابق ، ص ص 1452-1453.

وذلك بالاطلاع على البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء، وبعد التداول تبين للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع:

الأولى:أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجة ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

الثاني: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الثالث: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الرابع: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

خامسا: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

السابعة:أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا وقرر:

إن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

أما الطريقان السادس والسابع فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة.[150]

ثانيا: فتوى الإمام محمد شلتوت

ومن هنا نستطيع أن نقرر بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني إذا كان بماء الرجل لزوجته، كان تصرفا واقعا في دائرة القانون، والشرائع التي تخضع لها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر به والداه، وبه تمتد حياتهما، وتكمل سعادتهما النفسية والإجتماعية[151]

ثالثا: فتوى الشيخ عطية صقر

التلقيح إذا كان بين الزوج وزوجته فلا مانع منه شرعا، وقد يكون وسيلة لإشباع الذرية بالطريقة المعتادة، أما إذا كان بغير ماء الزوج فهو حرام سواء وافق عليه الزوج، أو لم يوافق لأن فيه صورة الزنا الذي تختلط به الأنساب[152]

الفرع الثاني: الآراء المعارضة لعملية التلقيح الإصطناعي

وجد أيضا من الفقهاء من عارض فكرة التلقيح الإصطناعي ولكل رأيه وسنده في ذلك وهو ما سوف يتم التعرض إليه

---

[150] زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،الرجع السابق، ص ص 144- 145.

[151] أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، المرجع السابق، ص 2112.

[152] أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، المرجع السابق، ص 2112.

أولا: آراء علماء الفقه الإسلامي :

قد وجد من العلماء المسلمين من هو معارض لعملية التلقيح الإصطناعي، ولكل منهم أدلته وحججه التي استند إليها، وفيما يلي سنحاول تسليط الضوء على بعض من هؤلاء العلماء.

1- فتوى الشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس الجزائري:

سئل الشيخ عن ما حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لمن تأخر إنجابه مدة طويلة أو ثبت عقمه الدائم؟ وهل يصح قياسه على العمى والعرج؟ وجزاكم الله خيرا.

الجواب: .....فهذه المسألة عند الفقهاء ترجع إلى مدى اعتبار العقم ضررا:

- فمن اعتبره كذلك أباح اللجوء إلى طلب علاجه كغيره من الأمراض كالعمى والعرج بجامع كونه إصابة ينتج عنها خلل وظيفي، وهو ماقرره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان (صفر 1407ه)، موضحا أن فيه طرقا جائزة وأخرى محرمة شرعا وما قرروه أنه لا حرج في اللجوء إلى تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها تلقيحا اصطناعيا ثم إعادته إلى رحم الزوجة ليتم الحمل عاديا عند الحاجة،مع التأكيد على ضرورة الأخذ بكل الاحتياطات اللازمة.

أما من لا يعتبر العقم ضررا فإنه لا يرى إباحة علاجه لانتفاء الضرورة الشرعية والحاجة الشديدة إلى علاجه.

والذي تميل إليه نفسي أن العقم يمكن اعتباره ضررا نفسيا يولد آلاما عميقة وسط الأسرة الخالي بيتها من الأطفال، واتجاه كل ألم تكمن الضرورة والحاجة،" إذ الأمر إذا ضاق اتسع.

غير أن الذي يعكر على الحكم بالجواز على عمليات التلقيح الاصطناعي خطورة احتمال الخطأ فيها وترتب اختلاط النسب بالتبع، إذ لا يؤمن أن لا يدخل في العملية ما هو محظور كأن يضيف المختص في المخبر إلى مني الرجل

الضعيف منيا آخر ليقويه، أو يغير بعض مقومات بويضة الزوجة بإحلال مقومات أخرى لبويضة أجنبية قصد إصلاحها وطمعا في رفع نسبة النجاح، علما أن التنافس بين المراكز المخبرية المتعددة في تحسين نسبة النجاح وطلب الربح والتجارة فيه لا يستبعد من ورائه إطلاقا وقوع إهمال وتجاوزات، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بعرض الرجل ودينه فهذه المفسدة الشرعية مرتبطة أساسا بعدالة المختصين المباشرين لعملية التلقيح الاصطناعي ومقدار الأمانة وحجم الثقة الموضوعة فيهم، فضلا عن تكشف المرأة أمام الطبيبة أو الطبيب الذي غالبا ما يقوم بنفسه بقذف البويضة الملقحة بحقنة في جهاز المرأة التناسلي.

ولا يخفى أن مثل هذه المفاسد من العسير الاحتراز منها واتخاذ الاحتياطات اللازمة لها، وإذا تعذر ذلك علم أن مصلحة الإنجاب عورضت بمفسدة اختلاط الأنساب الواجب تقديمها حالة التعارض عملا بقاعدة درء المفاسد مقدم على تحقيق المصالح.

ولا يخفى أيضا أن مثل هذه المفاسد غائبة في المقيس عليه وهو العمى والعرج، وعليه فلا يصح القياس مع ظهور الفارق بينهما والطارئ الذي يلتبس به أحدهما[153].

2- فتوى الشيخ صالح بن فوزان الفوزان:

السؤال:

أحسن الله إليكم فضيلة الشيخ ، ما حكم أطفال الأنابيب، علما أن الماء يؤخذ من الرجل ويلقح به بويضة المرأة خارج الرحم ثم يدخل الرحم؟

الشيخ صالح الفوزان: هذا من العبث، هذا من العبث، أيضا من يأمن الأطباء على أنساب الناس، يمكن يجمعون النطف من الناس ويصاولون بعضها

[153] فتاوى الزواج رقم 136.

ببعض على شأن أنهم يقولون أننا نجحنا في العملية ويأخذون دراهم فمن يأمنهم على هذا،هذا من التلاعب الذي لا يجوز، يترك الأمر لله جل وعلى، الإنسان يتزوج ويفعل السبب إن جاءه ذرية الحمد لله وما جاءه ذرية فالأمر بيد الله وإذا ما جاءه من امرأة يتزوج امرأة ثانية وثالثة ورابعة حتى يحصل له الذرية، فإذا كرر الزواج ولم يحصل له شيء فليرضى بقضاء الله وقدره ولا يلجأ إلى الأنابيب وعبث البشر[154].

3- فتوى الشيخ محمد بن صالح العثيمين- رحمه الله-

السؤال حكم التلقيح الصناعي لطفل الأنابيب؟

الشيخ ابن عثيمين: المسألة هذه خطيرة جدا، وما الذي يأمن الطبيب أن يلقي نطفة فلان في رحم زوجة شخص آخر، ولهذا نرى سد الباب، ولا نفتي إلا في قضية معينة بحيث نعرف الرجل والمرأة والطبيب، وأما فتح الباب فيخشى منه الشر، وليست المسألة هينة لأنه لو حصل فيها غش لزم إدخال نسب في نسب وصارت الفوضى في الأنساب وهذا مما يحرمه الشرع ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم:" لا توطأ ذات حمل حتى تضع" فأنا لا أفتي بذلك اللهم إلا أن يرد إلي قضية معينة أعرف بها الزوج والمرأة والطبيب[155].

4- فتاوى الشيخ الألباني – رحمه الله-

السؤال طريقة التلقيح الصناعي بين الزوجين متزوجين شرعي هل تجوز؟

الشيخ الألباني: لا يجوز بعد التفكير في القضية إلا إذا كان الزوجين طبيبين أو أحدهما على الأقل ويتعاطى أحدهما التلقيح بيده، أما التلقيح بين الزوجين على أيدي رجال أو نساء غرباء عنهما فهذا لا يجوز، يعني القضية من حيث أنها تلقيح صناعي ما فيه شيء إطلاقا كالتفقيس بالنسبة للدجاج تماما، لكن باعتبار ما قد

[154] فتوى مأخوذة من شبكة الأنترنيت www.alfawzan.ws/alfawzan/fata...x تاريخ التسجيل مارس 2015.

[155] فتوى مأخوذة من شبكة الأنترنيت www.ibnothaimeen.com/publish/cat تاريخ التسجيل مارس 2015.

يطرأ على هذا التلقيح من غش ومن ضياع النسب فمن هنا لا يجوز ولذلك قلنا إذا افترضنا أن الزوجين أو أحدهما على الأقل فالواحد يسحب ماء الثاني وبيعملوا عملية تلقيح صناعي وأن فيه أمن هذا يجوز ما سوى ذلك لا يجوز.

السائل: حتى لو عرف صلاح هذا الرجل وماعنده من تقوى؟

الشيخ الألباني: حتى، حتى نعم[156].

المبحث الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق بشئ من التفصيل إلى الأحكام القانونية التي تم التنصيص عليها من لدن المشرع الجزائري، إلا أنه يجب التذكير مسبقا بأن المشرع الجزائري إعتبر الشروط القانونية الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب كأحكام قانونية تحكم عملية التلقيح الإصطناعي، ولهذا يقع واجبا على من يريد الإقدام على الإنجاب عن طريق هذا الأسلوب الطبي أن يكون على دراية تامة بالأحكام القانونية التي تضبط هذه العملية، على إعتبار أن القانون هو الضابط والضامن الأساسي لمبدأ المشروعية، والجزائر كغيرها من دول العالم قد واكبت وسايرت التطور الحاصل في ميدان الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية على غرار المساعدة الطبية على الإنجاب التي نحن بصدد التعرف على أحكامها القانونية، فقد أحاطها المشرع الجزائري ونظمها من خلال قانوني الأسرة والصحة، وهو ما يبرر سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور العلمي والطبي الحاصل في هذا المجال، ومن خلال هذا المبحث سأحاول التطرق إلى مطلبين أتناول في الأول منه الأحكام القانونية الخاصة بالشخص الخاضع لعملية التلقيح الإصطناعي التي وضعها المشرع الجزائري سواء بالنسبة للشروط والأحكام التي تناولتها المادة 45 من قانون الأسرة، وكذا الأحكام الواردة في القسم الثالث من

[156] فتوى مأخوذة من سلسلة الهدى والنور شريط رقم 678.

قانون الصحة الأخير والتي أطلق عليها تسمية أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وأتعرض في المطلب الثاني منه إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالطبيب القائم بعملية التلقيح الإصطناعي والإلتزامات الملقاة على عاتقه.

المطلب الأول: الأحكام القانونية الخاصة بالشخص الخاضع لعملية التلقيح الإصطناعي

إيمانا بنجاح عملية المساعدة الطبية على الإنجاب ومواكبة للتطور الطبي الحاصل في مختلف دول العالم والإحساس بواجب التدخل والتنظيم أقر المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي من خلال قانون الأسرة وذلك ما لاحظناه في المادة 45 مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة التي أجازت للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بالشروط المذكورة في المادة بالرغم من أن الإستفادة من هذه التقنيات في الجزائر تعود إلى ما قبل صدور هذا التعديل، كما كان لقانون الصحة الجديد 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 هو الأخر الفضل في تفصيل بعض المسائل التي كانت مبهمة من قبل، هذه الشروط التي إعتبرها المشرع بمثابة الأحكام القانونية التي تضبط تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب، لأن نجاح طرق الإخصاب الإصطناعي من الناحية العلمية قد أدى إلى الإعتقاد الخاطئ بأن كل شئ أصبح ممكنا ومسموحا به ولكن مثل هذا الإندفاع سيؤدي حتما إلى تناسي مبادئ الأخلاق والقواعد القانونية التي تعمل على الحد من هذا الإعتقاد الخاطئ وتعمل على تنظيمه في الحدود المقبولة شرعا وقانونا وهو ما سأحاول الوقوف عليه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري

لقد حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة السالف الذكر شروطا خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من خلال مادته الوحيدة وهي المادة 45 مكرر[157] هذه الشروط التي سوف أحاول التعرض لها بشئ من التفصيل.

الشرط الأول: وهو أن يكون الزواج شرعيا

ومفاده أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح الاصطناعي، مرتبطين بعقد زواج شرعي، يعطي للعملية أساسها القانوني[158] أي قد تم وفقا للأركان والشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري والمستنبطة هي الأخرى من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، إذ لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبين عن بعضهما البعض وهذا الشرط يعتبر ضروريا، إذ يدل على جدية الزوجين في الإنجاب والحصول على الذرية، وعلى أنهما فعلا لجأ إلى هذه الوسيلة إلا لمجرد أن يتحقق لهما غرض من أغراض الزواج وهو التناسل والإنجاب الطبيعي[159]، وهذا يعني أن عملية التلقيح الاصطناعي لا تجوز إلا بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية، وهو شرط ضروري لشرعية التلقيح الإصطناعي وهذا ما يترتب عنه أن التلقيح ما هو إلا وسيلة لعلاج الحالة المرضية التي يعاني منها الزوجين

---

[157] المادة 45 مكرر :(أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي.

يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية:

-أن يكون الزواج شرعيا،

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهم

لايجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

[158] للاعائشة عدنان، أحمد بورزق، الأسرة والمستجدات الطبية بين الثابت والمتغير التلقيح الصناعي نموذجا، مجلة العلوم الانسانية لجامعة أم البواقي،العدد 2، ديسمبر 2018، ص 116.

[159] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرج السابق،ص100.

فقط، على خلاف ما هو معمول به في كثير من البلدان الغربية التي فتحت المجال حتى أمام غير المتزوجين والذين يعيشون في ظل علاقة غير مشروعة بل طالبت به أيضا حتى النساء غير المتزوجات واللاتي يرغبن في الحصول على ولد دون إقامة علاقة جنسية مع رجل، وربما يكون الأمر كذلك حتى بالنسبة للشخصين من نفس الجنس والذين يعيشون مع بعضهما البعض[160]

وفي هذا الشأن نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة موضحا موقفه بخصوص هذا الأمر بمادة صريحة في قانون الأسرة وهي المادة الرابعة التي تنص على أن "الزواج عقد رضائي **يتم بين رجل وامرأة** على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" .

إن اشتراط العلاقة الزوجية الشرعية بين كل من الرجل والمرأة تبرره مصلحة الطفل لأن هذا الأخير عند ولادته سيجد أب وأم يستقبلانه لتربيته ورعايته وتوجيهه فالزواج الشرعي يمثل ضمانة قوية لحماية الطفل الذي قد يكون ضحية للتلاعبات البشرية بأقدس وأنبل عقد [161]، كما أنه لا يمكن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بدون عقد رسمي، أي مسجل لدى ضابط الحالة المدنية، أو أمام الموثق، لهذا لا يمكن للزوجان المرتبطان بعقد عرفي اللجوء إلى عملية التلقيح

[160] حكم للمحكمة الابتدائية لمدينة " نوت " بتاريخ 2011/02/10 الذي اعترف بنسب طفلة لصالح زوجين مثليين الجنس (ذكور) ولدت في كاليفورنيا من أم بديلة، ومن ثم قبول تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية الفرنسية حيث اعتبرت المحكمة أن عقد استئجار الأرحام بين أطراف غير معنية بالقانون الفرنسي سنة2011 لأن الزوجين كانا يحملان جنسية أجنبية وقت الميلاد، إلا أن أحدهما تحصل على الجنسية الفرنسية سنة 2010 التي انتقلت إلى ابنته تبعا.

[161] محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 37-38.

الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما[162] طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري[163]، لأن لفظ الزواج الشرعي الوارد ضمن شروط التلقيح الإصطناعي في المادة 45 مكرر من ق .أ قد يفهمه البعض بتوافر الأركان الشرعية في أي زواج دون التطرق إلى مسألة إثبات الزواج كتسجيله بسجلات الحالة المدنية، فكان أحرى بالمشرع الجزائري أن يعطي الوصف الدقيق للزواج على أنه زيادة على الشرعية كان عليه أن ينص على الرسمية أيضا منعا لأي تفسير مخالف[164]، غير أن القضاء الجزائري يعترف بنسب الطفل الناتج عن عقد الزواج العرفي وهذا ما يتضح من خلال قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه أن قيام الزوجية قد تكون بزواج شرعي غير مسجل، فالرسمية قد تأتي لاحقة الاتصال الشرعي ومن ثمة يبقى الزواج الشرعي محافظا على جميع آثاره لاسيما فيما يتعلّق بإثبات النسب وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء فيه مايلي:

إنّ القضاء بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإثبات الزواج العرفي والنسب ورفض الدعوى من جديد لعدم التأسيس رغم إثبات الزواج العرفي بمحضر تحقيق وبحكم قضائي يعد مخالفة للقانون وقد استجاب القرار لوجه الطعن المأخوذ من مخالفة القانون والشريعة بدعوى أن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده والقرار المنتقد قد ألغى المستأنف وقضى من جديد برفض دعواها .فجاء ردّ المحكمة العليا واضحا بالتأكيد على أنه بالفعل فإن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده فحسب التحقيق الذي قام به القاضي

---

[162] سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان – الجزائر – كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2016،ص17.

[163] المادة 22 (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. "

[164] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر،2010، ص27.

الأول، وكذلك محضر التحقيق المؤرخ بتاريخ 1997/10/21 الذي قام به رئيس الغرفة (ب.ي) تنفيذا للقرار السابق الصادر في 1989/04/15 خصوصا وأنّ الزواج قد أنجب وعليه تم قبول الوجه والإعلان عن تأسيسه ومن ثمة تم نقض القرار المطعون فيه دون إحالة[165]

فالزواج سنة من سنن الله في الخلق ، وهي قاعدة عامة ومطردة،لا يشذ عنها عالم الإنسان، أو عالم الحيوان، أو عالم النبات، قال تعالى: "ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون " وقال: "سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون " وهو السبيل الوحيد الذي اختاره الله لتحقيق مقصد النسل الذي اعتبره الشارع الحكيم من الكليات الخمس التي يجب المحافظة عليها لإستمرار الحياة، بحيث يقوم كل من الزوج والزوجة بدور إيجابي في تحقيق هذا المقصد الشرعي، قال تعالى: " يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى " وقال: " يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء " ولم يشأ الله عز وجل أن يترك الإنسان هكذا هملا كغيره من العوالم، فيدع غرائزه تنطلق دون وعي، ويترك اتصال الذكر بالأنثى فوضى لا ضابط له،بل وضع النظام الملائم لسيادته، والذي من شأنه أن يحفظ شرفه، ويصون كرامته فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على عقد النكاح الشرعي[166].

الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

إن حق الإنسان في سلامة جسده من أهم الحقوق العامة المرتبطة بشخصه،حيث يثبت له بمجرد ولادته، ويعتبر الحد الأدنى الواجب كفالته له،

[165] قرار المحكمة العليا رقم 248978 مؤرخ في 2000/11/21.

[166] الشيخ سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، دمشق ، سوريا، 2011، ص99 .

ويترتب على المساس به التضحية بآدمية الإنسان، بينما تعد التدخلات الطبية والجراحية عليه من الأعمال المشرروعة رغم مساسها بجسم الإنسان، لأنها تستند لإذن المشرع، حيث أجاز القانون للأطباء بممارستها لما يهدفون إليه من المحافظة على مصلحة الأبدان، إلا أنه أخضع هذا الإذن لشرط التزام الطبيب بتبصير المريض أو من يمثله قانوناو الحصول على رضائه بالعمل الطبي، لأن عدم تحقيق هذا الشرط يفقد صفة المشروعية، ويخرق مبدأ احترام إرادة المريض[167]، الذي يستند إلى إعتبارات قانونية بالغة الأهمية، تتمثل من ناحية في مبدأ معصومية جسم الإنسان، ومن ناحية أخرى إلى العلاقة التي تربط المريض بالطبيب، والتي يتولد عنها إلتزام الطبيب بعدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضائه بالعمل الطبي المراد القيام به[168]

ولهذا فقد اشترطت مختلف التشريعات العربية منها والغربية على حد سواء الحصول على رضاء المريض بإعتباره شرط قانوني لشرعية التدخلات الطبية والجراحية من جهة، ووسيلة فعالة لضمان المشاركة الفعلية للمريض في اتخاذ القرارات الخطيرة المرتبطة بحالته الصحية من جهة أخرى[169]، والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات لم يخرج عن هذا الشرط القانوني، حيث أولى عناية خاصة لرضا المريض بالعمل الطبي وخصص له عدة مواد قانونية تدل على ذلك حيث نصت المادة 343 من قانون الصحة السالف الذكر بأنه " **لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض.**

---

[167] حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2013، ص ص 28- 29.

[168] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1996، ص 16.

[169] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، مصر 2009، ص09.

ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.

وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها،وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض.

ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه.

تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي. "

كما يشترط أن يكون الرضا حرا خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والاكراه والتدليس والإستغلال، فإذا شابت إحدى هذه العيوب رضا أحد الزوجين،أو كليهما فإن لهما الحق في أن يعدل عن رضاهما إذا لم يحصل التلقيح بعد، فإذا حدث وأن حصل التلقيح فلا خيار لهما في العدول لأن الأمر يصبح متعلق بالإجهاض، وهو جريمة يعاقب عليها القانون[170]

فتقدم المريض إلى الطبيب بقصد فحصه لا يعني أن المريض يستسلم للطبيب الذي يتصرف كما يشاء بخصوص الأعمال الطبية التي تلي عملية الفحص، بل لابد من موافقة المريض على كل عمل طبي، والحقيقة أن موافقة المريض أمر لابد منه في كل الحالات، لكون العلاج مهما كان بسيطا ينطوي لا محالة على خطر حتى ولو كان بسيطا جدا، غير أن المشرع أكثر حرصا على

[170] تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 4، 2006، ص 93.

هذه الموافقة، التي يجب أن تكون حرة ومتبصرة، بالنسبة للأعمال الطبية التي يكون فيها خطر جدي على المريض[171] وعلى إعتبار أن التلقيح الاصطناعي من الأعمال الطبية التي تنطوي على جزء كبير من المخاطر لإجرائها وإستنادا إلى المادة 44 من المرسوم رقم 92-276[172] التي تنص على أنه " **يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض،لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته** "

فالطبيب ملزم مبدئيا بتبصير الزوجين صراحة بحالتهما المرضية، فيعلمهما بطبيعة العلاج ومخاطره، ذلك أن تبصير الزوجين بحالتهما المرضية يعتبر وسيلة ضرورية ليكونا على بينة من وضعهما وليستطيع الزوجان الموازنة بين التدابير العلاجية التي يمكن أن يتبعها،لأنه كما يقول أحد الفقهاء إنه في الغالبية من الحالات يجب أن يكون التبصير عادة قبل أي عمل طبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير وبالشعور الصحيح تجاه العمل الطبي، وهذا كله من أجل أن يكون رضاء الزوجين صحيحا وسليما ومعتدا به قانونا[173]، استنادا لنص المادة 371 من قانون الصحة السالف الذكر[174].

---

[171] علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، الجزء 36، 1998، ص 44.

[172] المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق 6 يوليو 1992م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب،ج ر، السنة 29، العدد 52، بتاريخ 7 محرم 1413ه الموافق 8 يوليو 1992م.

[173] بن صغير مراد،مدى إلتزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص ص 266-267.

[174] المادة 371 " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للإستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا **ويوافقان على النقل**

أولا: تعريف الرضاء

يعرف الرضاء بأنه عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الافصاح عن الإرادة، حيث يري العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بارتكاب الفعل الذي سيقع، فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرفات أمر ضروري لتكوين الرضاء وصحته بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والحيلة[175]

فالرضاء في مجال التلقيح الإصطناعي شرطا ضروريا، حيث يعطي هذا الشرط للعمل الطبي سند قانوني يعتمد عليه الطبيب في القيام بإجراء التلقيح الإصطناعي،ويكون هذا الرضاء مبني على إعلام وتبصير الخاضع للتلقيح الإصطناعي لتكون الموافقة الصادرة من الزوجين موافقة **حرة ومتبصرة**[176]،لأن تبصير المريض يعتبر مقدمة الرضاء ولازمته، إذ الأول هو الذي يجعل الثاني مستنيرا ومتبصرا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية[177]،فإلتزام الطبيب بتبصير المريض يعبر عن علاقة الثقة بين الطبيب والمريض وهذا ما يطلق عليه بالضمير المهني للطبيب[178] حيث يتجلى التطبيق العملي لمبدأ احترام إرادة المريض من خلال التزامين رئيسين، يتمثل الأول في إلتزام الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي،

أو التخصيب الإصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيونات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص أخر.

يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

[175]خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق،' ص 38.

[176] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الاصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 38.

[177] بن صغير مراد، مدى إلتزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، المرج السابق، ص 269.

[178] Hannouz, Hakem, Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publication universitaires, Alger, 1992, p 40.

إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة للمريض،وأن رضا المريض لا يمكن أن يكون صحيحا إلا إذا سبقه تنوير، وتبصير من قبل الطبيب بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته، وما يقترحه له من علاج، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بإلزام الطبيب بمبدأ أساسي ألا وهو تبصير المريض بحالته الصحية، ويعد الالتزام بتبصير المريض حديث النشأة مقارنة مع الالتزام الأصلي بالحصول على رضا المريض هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال إعطاء مفهوم موجز عن الالتزام بالتبصير [179].

1- تعريف الإلتزام بالرضا المتبصر

المقصود بالرضا المتبصر أو المستنير هو الرضا الصادر من المريض بعد تلقيه لقدر كاف من المعلومات الضرورية اللازمة عن حالته الصحية من قبل الطبيب والمتعلقة بتشخيص المرض وأسلوب العلاج المقترح والمخاطر المحتملة بغية تمكين المريض من إتخاذ قراره برفض أو قبول العلاج وهو عن بينة من أمره.

هذا التعريف كان مستنبط من حيثيات الحكم الصادر عن القضاء الأمريكي الصادر في قضية salgo التي كان لها الفضل في انتقال القضاء الأمريكي من المطالبة بالحصول على رضا المريض بمفهومه التقليدي إلى مرحلة وجوب الحصول على رضائه المستنير أو المتبصر[180].

عرفه بعض الفقه على أنه إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم، كامل متنور،على علم بكافة تفصيلات هذا العقد،و ذلك بسبب ظروف

[179] باركة إبراهيم، إرادة المريض في العقد الطبي طبقا للتشريع الجزائري مقارنا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم، الجزائر، 2017، ص 104.

[180] Mamoun,Abdelkrim ,consent in therapy and experimentation , thesis subrmitted for the degree of master of laws (l.l.m) Université de glasgow,Ecosse,G.B 1990,P.92.

واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما، أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات، بالالتزام بالإدلاء بالبيانات[181]، كما عرف أيضا بأنه " الالتزام بالتبصير في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضاء مستنير[182] كما عرف أيضا بأنه " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض،و يكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة "[183]، كما أكد القضاء الفرنسي على ضرورة تنفيذ الطبيب لإلتزامه بالتبصير، وحاول تجسيد هذا المبدأ والتأكيد عليه في عدة أحكام قضائية، حيث حددت محكمة النقض الفرنسية معايير تبصير المريض بأن تكون المعلومات المقدمة للمريض بسيطة بعيدة عن المصلحات العلمية المعقدة، وواضحة، وصادقة، وتقريبية [184].

2- شكل الرضاء

الأصل في الرضاء أنه لا يأخذ شكلا معينا فقد يكون صريحا أو ضمنيا، إلا أنه في مجال التلقيح الإصطناعي فقد تدخل المشرع الجزائري مؤخرا بموجب

---

[181] رايس محمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 1- جويلية 2007، ص 16.

[182] مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص01.

[183] بن صغير مراد، مدى إلتزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، المرجع السابق، ص 269.

[184] Cass. 1er civ. 21/02/1961.j.c.p.1961.
Cass. 1er civ.05/05/1981,Gaz.pal,1981
Cass. 1er civ.25/02/1997,D.1997.IR.p81.
Cass. 1er civ.07/101998,jcp ed.G,doc 1,N°45,1998. Voir cahier des gestions hospitaliéres,Mars 2000,N°160,p240.

قانون الصحة الجديد ونص صراحة على كتابة طلب الموافقة للزوجين بشأن إخضاعهما لعملية التلقيح الإصطناعي ،حيث نصت المادة 371 ".... يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية. "حيث نستشف من خلال هذه المادة التي نصت صراحة على وجوب أن يكون رضاء الزوجين بشأن التلقيح الإصطناعي كتابيا، لهذا وأمام هذه الأهمية البالغة التي يكتسبها رضا الزوجين، فإنه يشترط إفراغه في شكل كتابي لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح،وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها[185].

ثانيا: أن يكون التلقيح أثناء حياتهما

أي أن يتم التلقيح أثناء الحياة الزوجية، وذلك نظرا لما قد يترتب عن التلقيح من مخاطر مستقبلية إذا ما تم إجراءه خارج الحياة الزوجية التي قد تنقطع بالطلاق أو بالوفاة ، لأن من الناحية العلمية والعملية يمكن أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بعد وفاة الزوج في الحالة التي يكون الزوج فيها قد احتفظ بمائه في بنوك المني (Banks de sperme) ثم يتم زرعه في رحم الزوجة، بعد وفاة زوجها أما عن موقف الشريعة الإسلامية ، فقد ظهر حول هذه المسألة رأيان فقهيان[186].

1- حالة إجراء التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وأثناء العدة الشرعية

يرى هذا الجانب من الفقه جواز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج وأثناء العدة الشرعية المحددة بأربعة أشهر وعشرة أيام مصداقا لقوله

[185] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، العدد 4 – 2006، ص 56.

[186] تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

تعالى: " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا" ،حيث يشترط الأستاذ شوقي زكرياء الصالحي أن تكون العملية بين الزوجين مع التأكد من أن المني هو مني الزوج المتوفى وأن يموت الزوج وفي نفسه رغبة في إجراء التلقيح، وحتى لا توقع الزوجة نفسها في شكوك وإتهامات الناس لها يستحسن أن تشهد على أخذ مني زوجها من البنك الذي أودع فيه مني الزوج وتكون هذه الشهادة عند إيداع المني وعند استخراجه، وفي نفس السياق ذهب الأستاذ عبد العزيز خياط في قوله: " وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا: أن الولد ولده وأن هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا، ويستهدي في ذلك بما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادته امرأة واحدة عند الفقهاء ورجل وإمرأتان عند أبي حنيفة فإن المولود يثبت نسبه، لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت أن النطفة من الزوج، ولكن من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة "

كما يحتج الفريق المؤيد لعملية التلقيح بعد الوفاة بما ذهب إليه الإمام مالك بنصه على جواز تغسيل أحد الزوجين للأخر بعد الوفاة، فالإمام مالك يرى أن الرابطة الزوجية لو إنتهت لما جاز لأحد الزوجين لمس الأخر بعد الوفاة[187]حيث يجوز للزوجين تغسيل بعضهما البعض بعد الوفاة، إذ لا دليل يمنع منه، والأصل الجواز، ولاسيما وهو مؤيد بحديثين عن عائشة رضي الله عنها قالت: " لو كنت استقبلت من أمري ما استدبرت ما غسل النبي صلى الله عليه وسلم غير نسائه " وعنها أيضا قالت: " رجع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم من جنازة بالبقيع ،

[187] محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 05،العدد 01، 2020، ص ص 210-211.

وأنا أجد صداعا في رأسي، وأقول: وارأساه فقال: بل أنا وارأساه ما ضرك لو مت قبلي فغسلتك ، وكفنتك، ثم صليت عليك ودفنتك "[188] يظهر من وجهة نظر هذا الرأي أنه مادامت الزوجة في عدة الوفاة فإن أحكام الزوجية تظل قائمة.

2- حالة إجراء التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وبعد إنقضاء عدة الوفاة

لقد أجمع الفقهاء على تحريم هذا النوع من التلقيح، ذلك لأنه بعد انتهاء العدة تنتهي الحياة الزوجية وتصبح المرأة في حكم الأجنبية عن زوجها المتوفى، حيث أنه يمكنها أن تتزوج من أي رجل تقدم إليها، وبالتالي فإن الولد يلحق بأمه، ولا يمكن إلحاق نسبه بالأب المتوفى لإنعدام العلاقة الزوجية بينه وبين أمه[189] وهو التوجه الذي سار عليه القضاء الفرنسي حيث فصلت محكمة Creteil في قضية تتعلق بالتلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، لكن في هذه المرة كيفت المحكمة العقد بأنه عقد وديعة، وأن النطف البشرية المنفصلة عن الجسم عبارة عن شئ لكنها على النقيض، رفضت الحكم بإرجاع العينات البيولوجية إلى الزوجة على أساس المادة 02/152 من قانون الصحة العمومية المعدلة بموجب قانون 94 – 654 على قيد الحياة، وفي وقت إجراء عملية الإخصاب الإصطناعي[190] التي اشترطت بأن يكون المستفيدين زوجين متكونيين من رجل وإمرأة، ولقد منع المشرع الجزائري صراحة عملية التلقيح بعد وفاة الزوج حيث تشترط المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وهو ما يفهم منه أنه لا يجوز زرع البويضة ولو كانت مخصبة بعد وفاة الزوج، وذلك لسبب رئيسي وهو

---

[188] محمد ناصر الدين الألباني، أحكام الجنائز وبدعها، المكتب الإسلامي، ط 4، 1986،بيروت، ص ص 49-50.

[189] أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 43.

[190] Il a été jugé que " la convention conclure entre un cecos et un particulier en vue dassurer la conservation de son sperme est un contrat de dépôt " T.G.I créteil.4av1 1995, lpa24 déc.1997 note taglione.
Le conseil d'état a pu affirmer que les centres de conservation des embryons congelés sont déspositaire de ces dérniers v . conseil d'état rapport public, de lethique au droit.1998.doc.fe.p65

إنتهاء العلاقة الزوجية باعتبارها أحد الشروط الأساسية للإستفادة من التلقيح الإصطناعي[191]، لكن رغم ذلك إلا أن المشرع لم يوضح من خلال هذا الشرط عن مصير البيضة المخصبة بعد وفاة الزوج.

الشرط الثالث: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

هذا هو الأسلوب الشرعي والقانوني الذي اتفقت عليه أغلب التشريعات لخضوعه للقاعدة الشهيرة التي تحكم مسائل النسب على العموم والتي تقضي بأن " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[192] لذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي لزوجة بمني رجل غير زوجها، وفي هذا يقول الشيخ جاد الحق " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل أخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته بإعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما"، كما قد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بين 11 و16 أكتوبر 1986 بأنه " لا حرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الإحتياطات اللازمة من تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إختلاطه أو استبداله..."[193]، فالتلقيح الإصطناعي بماء غير الزوجين هو شبيه بالزنا مطلقا [194]

---

[191] مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 86.

[192] المراد بها هنا أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إذا كانت تستوجب الرجم.

[193] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرج السابق، ص ص 103-104.

[194] العربي أحمد بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 15-2013 ص 23.

الشرط الرابع: عدم جواز استعمال الأم البديلة

يمنع اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة وهي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدون مقابل بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة[195]، حيث أننا نجد أن المشرع الجزائري منع استعمال الأم البديلة بصريح العبارة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة " ذلك أن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية وليست سلعة تستعمل على سبيل الإيجار، وإنما الأمومة علاقة وجدان ورابطة سامية، لذلك نصت عليها الآية 14 من سورة لقمان في قوله تعالى: " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن " وقال تعالى أيضا في سورة الأحقاف الآية 15: " حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " والدال على الآيتين أن الرباط بين الحمل والأمومة وثيق لا يمكن الفصل بينهما، فالتي تحمل هي الأم وليست من تمنح البضة لغيرها لقاء أجر معين لذلك،[196] ولأن للمرء صلتين صلة تكوين ووراثة أصلها المبيض وصلة حمل وحضانة أصلها الرحم وحتى الأن كانت صلة الرحم تطلق مجازا على الجميع ولكن ماذا إذا إنشعبت النسبتان فكان التكوين من امرأة والحضانة في أخرى وأين تقف صلة الرحم من بنوة المبيض وما حقوق هذا الحاضن وماذا يترتب على ذلك من أحكام فسدا للذرائع ودرأ للمفاسد تم منع استعمال الأم البديلة أثناء عملية التلقيح الإصطناعي[197].

---

[195] عبد الكريم مامون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد رقم 2- 2004، ص 25.

[196] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 30-31.

[197] يوسف القرضاوي، فتاوى في شؤون المرأة والأسرة معاصرة، دار البعث، الجزائر، 1987، ص 187.

الفرع الثاني: الأحكام الواردة في قانون الصحة الجزائري :

محاولة من المشرع الجزائري لضبط عملية التلقيح الإصطناعي التي أضحت تثير الكثير من المشاكل القانونية والشرعية والتقنية وذلك ليس في الجزائر فقط بل حتى في البلدان التي نشأت فيه هذه العملية، حيث إستدرك ذلك مؤخرا من خلال قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وحاول تنظيم العملية من خلال تخصيص قسم لذلك عنونه بأحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وحدد الشروط الواجب اتباعها لمن يريد اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي وهي كالتالي:

-وجوب تقديم طلب كتابي مشترك بين زوج وزوجته في سن الإنجاب يعبران فيه عن رغبتهما في المساعدة الطبية على الإنجاب مع وجوب تأكيده بعد شهر من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية

-أن يكون كلا الزوجان على قيد الحياة

-وجوب حيازة الزوجان على عقد زواج رسمي

-توفر الضرورة الطبية المؤكدة التي تحتم اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي وهو شرط كان لابد من تداركه في قانون الصحة الجديد، حيث أن المشرع كان قد استدرك ما كان قد فاته التنصيص عليه ضمن المادة 45 مكرر من ق.أ، وذلك بأن لا تتم هذه العملية إلا في حالة الضرورة القصوى، أي إلا إذا استحال على المرأة أن تحمل عن طريق التلقيح الطبيعي، حيث نص من خلال المادة 370 من ق.ص على أن المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي وذلك "....**في حالة العقم المؤكد طبيا...**"[198]، وفي هذا الصدد أريد كباحث في هذا الموضوع أن أوضح نقطة مهمة وهو حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة والتي يخشى من

[198] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، مجلة دفاتر السياسة والقانون،العدد 02،2020، ص 123.

ورائها أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب مستقبلا لكبر في السن أو غير ذلك **وهذا ما يدفعنا للتساؤل حول مدى اعتبار حالة المحكوم عليه ضرورة مؤكدة تبيح له اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي أم أن الأمر غير ذلك؟**

على إعتبار أن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية وكرستها الدساتير والقوانين الحديثة، ولهذا فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من هذا الحق، لأن العقوبة في الأصل لا يجب أن تمتد إلى الحقوق الأساسية الشخصية المتصلة بالفرد، إلا في الأحوال وبالشروط والضوابط المنصوص عليها في القانون، كما أنه في ظل التشريعات الحديثة التي تتماشى مع القيم الإنسانية والمبادئ الدينية والأخلاقية، فإنه يسمح للمحكوم عليه في فترات محددة ومنظمة قانونا بالنسبة للمتزوجين بالحق في الخلوة بزوجاتهم في غرف مخصصة تحت رقابة طبية، الأمر الذي يترتب عنه الإنجاب بطريقته الطبيعية[199]، ونظرا للإهتمام الباحثين بالرعاية الصحية والإجتماعية للمساجين ببيان ما يجب أن تبذله المؤسسة العقابية نحو النزلاء فيها بإعتبارهم أدميين من مراعاتهم من الناحية الصحية وأيضا من النواحي النفسية والإجتماعية في مختلف دول العالم[200] وما تلعبه الزيارة الزوجية أو الخلوة الجنسية للمتزوجين وأثار غيابها طيلة فترة محكومية السجين وما تؤدي إليه من إرتكاب جرائم جنسية ضد غيره من السجناء، مما يجعل السجن مكان لإرتكاب الجرائم الجنسية، وبمقابل ما تعكسه الزيارة الجنسية من تحسين لحالة السجين النفسية والصحية فإن وجودها مشروط بانقضاء مدة

[199] بن صغير مراد، التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانوني للتلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد1- جويلية 2007، ص 76.

[200] اسحق ابراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، الجزائر، 2009، ص 199.

معينة على وجود السجين بالسجن وحسن سلوكه وعلى أن تتم الزيارة في بناء خاص خارج السجن أو إعتماد نظام الزيارة العائلية له مع ضمان عودته للمؤسسة العقابية، إذ يعتبر الباحثون حرمان السجين من الإتصال جنسيا بزوجته نوعا من أنواع العقوبة الإضافية التي لم ينص عليها القانون[201]، وفي هذا الشأن نص النظام العقابي للمملكة العربية السعودية على أنه يمكن لجميع المحكوم عليهم من الرجال المتزوجين الحق في لقاء زوجاتهم في مكان أمن، وذلك بمرور شهرين متصلين على وجودهم بالسجن، لذلك ذهب الرأي إلى أن المشرع مادام قد أباح تنظيم لقاء بين المتزوجين المسجونين، فمن باب أولى اللجوء إلى وسيلة الإخصاب الإصطناعي[202]، كما أشير أيضا إلى قضية أخرى طرحت على مستوى الأسرى الفلسطنيين والذي سماها البعض بالإنجاب عن بعد كحيلة قانونية أخرى للمقاومة الفلسطينية، حيث يقبع أكثر من 8000 أسير فلسطيني في العديد من المعتقلات والسجون المركزية، يسعى بعضهم للإستفادة من الطرق العلمية الحديثة في **الإنجاب عن بعد**، وتتلخص الفكرة في توفير عينات من حيوانات منوية يتم إخصاب بيضة الزوجة بها بهدف الإنجاب، وهي نفس فكرة أطفال الأنابيب، وقد تعطي هذه الطريقة الأمل لدى بعض السجناء الذين تزوجوا ولم ينجبوا أو ترغب زوجاتهم في الإنجاب والإنشغال بتربية المولود بانتظار أن يمن الله تعالى على أزواجهن بالحرية والعودة إلى أحضان الأسرة، حيث طرحت الفكرة من أحد قيادي حماس المعتقل في السجون الإسرائيلية عباس السيد، وحسب أسرته فقد قام عام 1997 بتخزين عينات لدى أحد المراكز المتخصصة بهدف الإنجاب، وأنه

[201] حسام الأحمد، حقوق السجين وضماناته في ضوء القانون والمقررات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، بيروت لبنان، ص 232.

[202] سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الإصطناعي– دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص ص 105 – 106.

لظروف صحية قام بالإنجاب عن طريق زراعة الأجنة، بحيث أنجب طفلته الأولى مودة ومن بعدها بطريقة طبيعية عبد الله، وبعد اعتقاله وانتظاره لأحكام عالية نظرا لإتهامه بالمسؤولية عن تخطيط لعملية استشهادية، فقد اقترح على زوجته أن تستخدم العينة المودعة في المركز الطبي من أجل الحمل، ورغم عدم تقبلها للفكرة في البداية فإنها عاودت التفكير وقررت الإقدام رغم ما تسببه التجربة من حرج اجتماعي، وأضافت زوجة عباس السيد إخلاص الصويص أن زوجها لمس في السجن أن أكثر ما يقلق المحكومين بمدة طويلة هو الإنقطاع من الحياة بعدم الإنجاب، حيث يقبع خلف القضبان ألاف الفلسطنيين، وأن الإنجاب ورؤيتهم أطفالهم يكبرون يعطيهم الأمل، ويحل أزمة اجتماعية كبيرة تتمثل في انقطاع النسل لدى هؤلاء المعتقلين[203]

-رضاء الزوجين بالتخصيب الإصطناعي

-أن تكون المساعدة الطبية على الإنجاب مصدرها مني الزوج وبويضة الزوجة مع استبعاد كل شخص أخر

-أن تتم العملية في مراكز مرخصة، وأن تجرى هذه العملية في المستشفيات العامة أو المراكز الطبية المرخص لها من طرف وزارة الصحة، طبقا لنص المادة 372 من ق.ص التي تنص على أنه" **تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك...**"[204] وهذا ما صرح به وزير العمل والتشغيل

[203] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، ط 1، لبنان،2007، ص ص 341 – 342.

[204] بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري،مجلة المحكمة العليا،العدد 01، 2014، ص107.

والضمان الإجتماعي الهاشمي جعبوب خلال رده على الأسئلة الشفوية بالمجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2021/01/28 ،حيث صرح الوزير أنه يمكن إجراء عملية التلقيح الإصطناعي في المؤسسات الاستشفائية العمومية التي تساهم صناديق الضمان الإجتماعي في تمويله، وكشف الوزير أنه يمكن إجراء هذا النوع من العملية الطبية على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية بالمجان[205]

هذه هي الشروط التي أدرجها المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الصحة والتي إعتبرها بمثابة أحكام قانونية لعملية المساعدة الطبية على الإنجاب يلزم كل من الطبيب والمريض الإلتزام بها.

المطلب الثاني: الأحكام القانونية المتعلقة بالطبيب القائم بعملية التلقيح الإصطناعي

مما لا شك فيه أن الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الإصطناعي ملزم قانونا كغيره من الأطباء بإلتزامات قانونية تفرض عليه مسؤولية القيام بتبصير الشخص الخاضع لعملية المساعدة الطبية على الإنجاب، وإلتزامه أيضا بعدم إفشاء أسرار مرضاه الذين ائتمنوه عليها وبالخصوص أن الإلتزام بالسر الطبي في عمليات التلقيح الإصطناعي أهمية خاصة، كما يقع عليه أيضا إلتزام بضمان سلامة مريضه أثناء إجراء مثل هذه العمليات والتي تتطلب نوعا خاصا من العناية المركزة لنجاحها.

الفرع الأول: إلتزام الطبيب بتبصير المريض

يرى بعض الفقهاء أن الإلتزام بالتبصير إلتزام تبعي يسمح بحسن تنفيذ الإلتزامات القانونية الأصلية، أو يستلزمه واجب التعاون أو المشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بينما

[205] باركة إبراهيم، زهدور كوثر، دور هيئة الضمان الإجتماعي في ترقية الصحة الإنجابية المرسوم التنفيذي رقم 20– 60 نموذجا، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 06، العدد01/ جانفي 2021، ص 266.

يرى آخرون بأن أساسه الثقة التي يضعها المريض في الطبيب، وأيا كان هذا الأساس فهو يأتي نتيجة لعدم التساوي بين الطرفين مما يلقي على عاتق طرف وجوب الإفضاء بالمعلومات للطرف الأخر في العقد، وذلك لإطلاع الطبيب على قدر هائل من المعلومات الطبية أمام مريض ضعيف القدرة العلمية وخاصة فيما يتعلق بالإكتشافات العلمية الحديثة مثل تقنية التلقيح الإصطناعي وبالرجوع إلى نصت المادة 343 من قانون الصحة السالف الذكر التي تنص على أنه " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض.

ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.

وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض.

ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه.

تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي. "كما نصت أيضا المادة 43 من م أ ط ج على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي " والمادة 44 أيضا من ذات المدونة على أنه "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

فمضمون هذا الإلتزام هو أن يوضح الطبيب للمريض نوع وطبيعة المرض الذي شخصه، وذلك لأن الطبيب إذا ما توصل إلى تشخيص معين لحالة المريض صار لزاما عليه أن يشرح للمريض في عبارات سلسة تمكن المريض من فهم العلة التي يعاني منها، كما يتضمن أيضا توضيح الطبيب للمريض طبيعة العلاج أو التدخل الجراحي وما يترتب عليه من أثار جانبية والخطورة المحتملة لهذا العلاج، بحيث أن عمليات التلقيح الإصطناعي تمر بعدة مراحل متعاقبة ومترابطة بدءا بمرحلة التشخيص، والعلاج إنتهاءا بمرحلة الولادة، وهذا ما يدفعنا إلى التطرق لهذه المراحل المهمة في العلاج[206].

أولا: الإلتزام بالتبصير في مرحلة الفحص والتشخيص

يعرف التشخيص بأنه: " فن التعرف على المرض بالوسائل المؤدية إلى ذلك، أو هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض، ووضعه في الإطار المحدد له، وفي هذا المجال فان الفحص واللمس والطرق الخفيف على بعض المواضع وتسمع دقات القلب وقياس ضغط الدم والتي تتم بمساعدة أجهزة بسيطة فالسماعة وجهاز قياس ضغط الدم التي ظلت لفترة طويلة الأدوات التي يلجأ إليها الطبيب لوضع التشخيص .

فالتشخيص هو الخطوة الأولى التي يلتزم الطبيب أو الجراح البدء بها قبل وصف العلاج، إذن فالتشخيص هو عملية تحديد الأعراض وتطبيقها على القواعد العلمية في مهنة الطب، مع مقارنتها بغيرها من الأعراض ، توصلا إلى نوع المرض، ودرجته، ومراحل تطوره، وعناصر الخطورة فيه سواء على المريض أو غيره، لكن مع تطور الوسائل الفنية ، وظهور أنواع جديدة من الأمراض يصعب التعرف عليها من خلال الفحوص المبدئية البسيطة وجد الطبيب نفسه

[206] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر،2016، ص ص 108 – 109 – 110.

مضطرا لاستخدام أساليب جديدة في التشخيص كصور الأشعة بأنواعها والتحاليل المعملية والمجهرية .[207] وبالخصوص في عملية التلقيح الإصطناعي التي قد يلجأ فيها الطبيب إلى إستخدام أساليب جديدة في التشخيص كصور الأشعة بأنواعها المختلفة والتحاليل المعملية والمجهرية كتحليل السائل المنوي للزوج، والتحليل الهرموني للزوجة، أو إجراء مناظير إستكشافية والإستعانة بجهاز موجات فوق الصوتية للحوض للتأكد من سلامة المبيضين والرحم وقناتي المبيض للزوجة، وغير ذلك من الأساليب الحديثة[208].

لذلك يتعين على الطبيب تبصير المريض في هذه المرحلة التمهيدية بطبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته، وكذا المخاطر المرتبطة به إن وجدت ، فإذا تحصل على موافقة المريض جاز له مباشرة عملية التشخيص، وفي حالة تأكد الطبيب مما يشكو منه المريض، وجب عليه تبصيره بطبيعة المرض الذي يعاني منه، ومدى تطوره المتوقع خاصة في حالة غياب أي إجراء طبي أو علاجي بصدده[209].

فعلى الطبيب أن يشرح للمريض في عبارات ميسورة الفهم، العلة التي يعاني منها، وأن يصف له، بصورة موجزة التطور الذي يمكن أن يؤول إليه المرض إذا لم يتم علاجه، هذا الوجه الأخير للتبصير على درجة كبيرة من الأهمية، حيث يسمح للمريض أن يقارن، وهو على بنية من أمره ،بين الأخطار المترتبة على رفض العلاج المقترح وترك المرض يتابع تطوره الطبيعي، وتلك الملابسة للتدخل الطبي المعروض، وهذه المقارنة هي التي تسمح للمريض بأن يتخذ قراره عن علم وبصيرة، بحيث إذا قبل العلاج كان هذا قبولا مستنيرا ومن

[207] حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي ،المرجع سابق، ص ص 88-89.

[208] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 111.

[209] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق ،ص 129.

ثم مطابقا لما يتطلبه القانون، وليس للإفضاء بالتشخيص صورة خاصة، فهو يتم بأي طريقة ينقل بها الطبيب إلى علم مريضه ما توصل إليه من نتيجة عن طريق الفحص الذي قام بإجرائه، فليس يلزم أن يتم تبصير المريض بالتشخيص عن طريق تقرير مكتوب يسلمه الطبيب إليه.[210].

ثانيا: الإلتزام بالتبصير في مرحلة العلاج

بعد أن يتوصل الطبيب إلى تشخيص المرض، تبدأ مرحلة أخرى من مراحل العلاج ألا وهي تحديد العلاج اللازم للمرض، وفي هذه المرحلة يلتزم الطبيب بتبصير مريضه بصورة كافية عن طريقة العلاج المقترح، وعن البدائل العلاجية الأخرى إن وجدت هذا ما سيتم توضيحه فيما يلي :

1- طريقة العلاج

إن المقصود بطريقة العلاج هي الوسائل الفنية التي يختارها الطبيب المعالج لتنفيذ العمل الطبي المقترح كاستعمال مشرط معين أو أدوية من صنع منتج محدد، فإذا تفاوتت هذه المسائل في مدى الخطورة وشأن النتائج المترتبة على كل منها، كان من واجب الطبيب أن يبصر المريض بطريقة مفهومة وتقريبية وعلى نحو يمكنه من أن يتخذ قرارا متبصرا، وقد كان للفقه حول هذه المسألة رأيان متعارضان.

يرى أصحاب الرأي الأول أن اختيار وسائل العلاج هو من حق المريض نفسه وتبعا لذلك ألزموا الطبيب بأن يعرض على مريضه طرق العلاج الممكنة والخيارات والبدائل المتاحة مبينا مخاطر وميزات كل طريقة، وإن كان ذلك فيجب أن يتم في خطوطه العريضة بعيدا عن التعقيدات والمصطلحات الفنية، وقد قضت إحدى المحاكم في حكم لها بأنه عندما يقوم الطبيب بالخيار بين وسيلتين للعلاج

[210] جابر محجوب علي ،دور الإرادة في العمل الطبي ، المرجع السابق ،ص 91.

إحداهما لا تتضمن أية مخاطر والأخرى تنطوي على خطر ممكن الوقوع فإنه يجب أن يفضي إلى المريض بذلك، ويترك له حرية الاختيار أما عن الرأي الثاني فيرى أصحابه أن اختيار وسائل العلاج هو من حق الطبيب وله الحرية في اختيار وسيلة العلاج المستخدمة على ضوء المعطيات العلمية التي تعرض له على أن يكون هذا العلاج متلائما مع ظروف المريض، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن المريض يكون غالبا في حالة نفسية لا تسمح له بمناقشة الطبيب في وسيلة للعلاج، إنما يترك ذلك لثقة الطبيب وعلمه وخبرته ،فالطبيب يتمتع باستقلالية في مباشرة عمله الطبي لذا فان له الحرية في اختيار وسيلة العلاج التي تحقق مصلحة المريض، ويمكن أن يستمع إلى رأي المريض لكن ليس عليه تنفيذه فالطبيب له حرية اختيار وسائل العلاج من بين مختلف وسائل العلاج المعروضة، وأن يوضح للمريض مزايا وعيوب هذه الوسائل، ويقدم له تبريرا لانحيازه لوسيلة دون أخرى.[211]

2- بدائل العلاج

يتفق الفقه الأنجلوساكسوني على أن التبصير بالبدائل العلاجية، مثله مثل التبصير بمخاطر العلاج، أمر ضروري للمريض لاتخاذ القرار السليم والمستنير بشأن مستقبل صحته، فعادة يقترح الطبيب العلاج الذي يراه أنسب لحالة المريض، مما يعني أن البدائل الأخرى أقل فاعلية من وجهة نظر الطبيب، غير أن القرارات الطبية لا تخضع للاعتبارات الطبية فحسب، إذ أن هناك عوامل أخرى يجب أخذها بعين الاعتبار تتعلق أساسا باختيارات المريض واحتياجاته، فيمكن للمريض أن يفضل علاجا أقل فاعلية من العلاج، المقترح لاعتبارات شخصية، كأن يفضل أحدهم العلاج الكيميائي عن الجراحة رغم أن العلاج الكيميائي أقل فاعلية وأكثر

[211] حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي ،المرجع سابق ،ص ص 95-96.

استغراقا للوقت وعليه لكي تكون موافقة المريض على العلاج مستنيرة ومعبرة عن إرادته الفعلية يتعين على الطبيب إعلامه كذلك بالبدائل العلاجية الأخرى سواء من حيث طبيعتها، منافعها، وكذا المخاطر المقترنة بها، ويدخل ضمن عنصر التبصير بالبدائل التنبيه إلى آثار ومخاطر رفض العلاج، ثم يترك له المجال للمقارنة بينهما وتقدير المنافع والمخاطر وفقا لاعتباراته الشخصية واتخاذ القرار المناسب بناء على ذلك، غير أنه إذا رفض المريض العلاج بعد إفادته بكل هذه المعلومات أوجبت عليه الكثير من التشريعات أن يقدم تصريح كتابي بشأن هذا الرفض وذلك طبقا لنص المادة 49 من م .أ.ط التي تنص: " يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن" .

كما يجب التنبيه إلى أن الفقه الفرنسي لم يتعرض لواجب التبصير بالبدائل العلاجية ،إذ لم يتطرق الفقهاء الفرنسيون صراحة إلا للتبصير بالتشخيص، وطبيعة العلاج المقترح ومخاطره ،أما بخصوص الإشارة إلى البدائل العلاجية، فالملاحظ أن الفقه الفرنسي يميل إلى ترك الخيار لتقدير الطبيب عند تعدد طرق العلاج، ومن ثم لا يرى الفقه الفرنسي مبررا لإلزام الطبيب بتبصير مريضه في هذا الشأن، ووفقا لهذا الاتجاه ليس للمريض مجال لمناقشة الطرق العلاجية في حالة تعددها.

ويبرر بعض الفقه الفرنسي هذا الموقف بأن الحالة الذهنية للمريض لا تسمح له بمناقشة الطبيب حول تفاصيل الوسيلة أو الطريقة الجراحية، وعليه فانه من الأحرى للمريض أن يفوض أمره في هذا الشأن إلى طبيبه على أساس أنه يثق في عمله وخبرته وفي سلامة حدسه وتقديره، فيترك له مسألة اختيار الحلول التي يقدر أنها الأفضل نتيجة والأحسن آثارا، وفي هذا السياق يرى أحدهم أن الجهاز الطبي هو الكفيل الوحيد بتقدير العلاج الأكثر ملائمة للمريض بشرط أن يكون سعيه دائما لغايات علاجية أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي من البدائل

العلاجية، فالظاهر أنه لم يسر على وتيرة واحدة، فتارة يترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، ومن ثم لا يلزمه بتبصير المريض بالبدائل العلاجية، وتارة أخرى يوجب على الطبيب تبصيره بهذه البدائل من حيث مزاياها ومخاطرها لمساعدة المريض على اختيار أحدها،غير أن الغالب في أحكام القضاء الفرنسي يلزم الطبيب بالتبصير عن البدائل العلاجية، ومن بين القضايا التي تعرض لها النقض الفرنسي في هذا المجال قضية سائق حافلة تعرض لعدة كسور على مستوى الذراع على إثر حادث مرور، فقام الطبيب الجراح بتجبير الذراع وتجبيسه إلا أن ذلك أدى إلى مضاعفات أدت إلى بتر جزء من الذراع، فقضت محكمة النقض بمخالفة الطبيب لواجبه بالتبصير لعدم تحذيره للمريض بشأن الطبيعة الدقيقة للعملية الجراحية وعدم تنبيه بالأخص بخيارات علاجية أخرى وفي قضية أخرى قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يجب على الطبيب أن يخبر مريضه بكل صدق وأمانة عن مدى لزوم العملية الجراحية وأنه يمكن مثلا الاستغناء عنها بالعلاج الطويل، في حين حكمت إحدى المحاكم الفرنسية أن اختيار الطريقة العلاجية هو من تقدير وصلاحية الطبيب المعالج وحده، كما أن التسليم بصلاحية الطبيب المطلقة في اختيار طريقة العلاج فيه تعرض مباشر لحق المريض في التبصير، حيث أن تمسك الطبيب بالعلاج المقترح من شأنه أن يفوت على المريض فرصة العلاج بطريقة أخرى في حالة رفض المريض للعلاج الوحيد المقترح من قبل طبيبه، لذلك نص المشرع الفرنسي في التعديل القانوني الجديد (قانون 04 مارس 2002) على وجوب تبصير المريض بكل البدائل العلاجية الأخرى بما في ذلك رفض العلاج وآثار ذلك على المستقبل الصحي للمريض.[212]

[212] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص ص 132-133-134.

ثالثا: الإلتزام بالتبصير اللاحق على العلاج

إن انتهاء العلاج أو العملية الجراحية ليس من شأنه أن يستنفذ الالتزامات التي تثقل كاهل الطبيب تجاه مريضه، فالطبيب يظل ملتزما بعد انتهاء العلاج بالإفضاء ببعض المعلومات، بصرف النظر عما إذا كان العمل الطبي الذي قام به قد كلل بالنجاح أم باء بالفشل، وتتعلق المعلومات التي يتعين على الطبيب الإفضاء بها بثلاثة أمور: الحوادث التي وقعت أثناء تطبيق العلاج أو إجراء العملية الجراحية، والنتيجة التي ترتبت على العلاج، وأخيرا الاحتياطات الواجب الالتزام بها لتجنب أي تعقيدات في المستقبل كما أنه يجب توضيح أمرين، الأول هو أن التبصير هنا على خلاف التبصير بالتشخيص والتبصير بالعلاج لا يهدف إلى تنوير إرادة المريض للحصول على رضاه الحر المستنير بالعلاج، إذ أن المريض قد سبق وأعطى هذا الرضا قبل بدء العلاج أو العملية، ولذلك فان الهدف من التبصير اللاحق هو المحافظة على صحة المريض، وذلك بإحاطته علما بما ترتب على العلاج، من نتيجة، وبما يتعين عليه التزامه من احتياطات في المستقبل، إما لتأكيد نجاح العلاج، أو لاتخاذ ما يلزم لتجنب الآثار السيئة التي يمكن أن تترتب على علاج باء بالفشل.

الأمر الثاني الذي يجب توضيحه هو أنه إذا كانت مصلحة المريض توجب، في حالة التبصير السابق على العلاج التوقف عند الأخطار التي يكون تحققها أمرا متوقعا، والتكتم على الأخطار التي تتحقق بصورة نادرة والتي يمكن أن يؤدي الإفصاح عنها إلى تفويض ثقة المريض وحمله على رفض علاج أو عملية تكون له مصلحة فيها، فان هذا القيد لا وجود له بالنسبة للتبصير اللاحق، فمصلحة المريض تملى، في هذه الحالة، الإفضاء له بكل المعلومات الممكنة حتى يتخذ من الوسائل ما يكفل المحافظة على نتيجة العلاج متى كانت إيجابية، وتجنب الآثار السيئة للحادث أو للنتيجة السلبية، فأقصى ما يمكن أن تؤدي إليه الظروف النفسية

للمريض هو تأخير الإفضاء إليه بمعلومة غير مواتية، حتى يصبح في حالة تمكنه من تلقى هذه المعلومة.[213] على إعتبار أنه في مجال التلقيح الإصطناعي قد تحدث نتائج سيئة على غرار حالة التشوهات الجنينية التي من المحتمل حدوثها في الطفل المنتظر قدومه، تلك الحالة التي لم ينفها الأطباء أنفسهم وفي هذا الشأن قال أحد كبار الأطباء المتخصصين وهو لويفي ماستريوني من كلية طب جامعة بنسلفانيا الأمريكية " أن التجارب التي تمت على الحيوانات حتى الآن لم تصل بعد إلى إثبات واضح إحصائيا حول ما إذا كان النسل الناشئ عن مثل هذه العمليات نسلا سويا وأوصى بضرورة إجراء مزيد من التجارب على الحيوانات وعلى البويضات الإنسانية قبل تطبيقه علاجيا على الناس" [214] .

فعلاقة الطبيب بالمريض لا تنتهي بمباشرة الأول للعلاج أو التدخل الجراحي، فعلى الطبيب واجب مراقبة مريضه للتأكد من أثار العلاج، ومدى تأثيره على المريض .

ولاشك أن واجب مراقبة المريض تظهر أهميته بصفة خاصة عقب انتهاء العمليات الجراحية، غير أن ذلك لا ينفي أهميته في حالات العلاج الغير جراحي سيما إذا كان العلاج عن طريق استخدام أدوية يمكن أن تنتج عنها آثار ضارة أو خطيرة بالنسبة للمريض، وهذا ما أكدته بعض أحكام القضاء.[215]

لذلك، فان المعلومات التي يجب على الطبيب الإفضاء بها في المرحلة اللاحقة على العلاج تتطلب أن تشمل ما يلي:

---

[213] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق ،ص ص 103-104.

[214] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص

[215] مولاي محمد لمين، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية المركز الجامعي بالنعامة، العدد الأول، جانفي 2015، ص 170.

أولا: يجب على الطبيب أن يحيط مريضه علما بأي حادث يكون قد وقع أثناء تطبيق العلاج، وخاصة الحوادث التي تقع أثناء عملية جراحية، وتتحقق مصلحة المريض من هذا العلم بتجنب ما يترتب عليه من آثار سيئة في المستقبل، وقد أكدت هذا المعنى محكمة استئناف باريس في حكم أصدرته في 23 نوفمبر 1959 جاء فيه ما يلي :

"القضية كانت تتعلق بمريض أجريت له عملية تفريغ لخراج اقتضت إدخال مشرط بالتجويف الصدري، ولكن طرف المشرط انفصل أثناء العملية، ولم يتمكن الجراح من إخراجه، والتزام الجراح الصمت إزاء هذه الحادثة، ولم يخطر بها المريض وعلى إثر شعور هذا الأخير بالآلام أثناء رحلة عمل كان يقوم بها في مدينة نيويورك، أجريت له جراحة جديدة حيث تم استخراج طرف المشرط الذي تركه الجراح الأول، وقد أدانت محكمة استئناف باريس هذا الجراح لإهماله في إخطار المريض بعدم استخراج طرف المشرط وبالنتائج المحتملة لهذه الحادثة، وضرورة الخضوع لرقابة طبية فعالة لتلافي آثارها."

ثانيا: يجب على الطبيب أن يبصر مريضه بالنتيجة التي آل إليها العلاج، سواء في حالة النجاح أو الفشل، فمن حق المريض أن يحصل على المعلومات الكافية فيما يتعلق بنتيجة علاجه، والتي يكون الشفاء هو الغاية المرجوة منه، فعليه أن يعلم فيما إذا كان العلاج الذي اتبعه ناجحا من الوجهة الفنية إلا أن النتيجة المبتغاة منه تبقى غير مؤكدة بسبب ارتباطها بعوامل أخرى خارجية، فعندئذ على الطبيب أن يبصر مريضه بهذا الخطر مهما بلغت ضآلته حتى يتخذ المريض من الاحتياطات ما يمنع من تحققه، وفي حالة فشل العلاج فان على الطبيب أيضا أن يخطر المريض بذلك على أن يتم الإخطار بحذر وكياسة بحيث لا يؤدي إلى الإضرار بالحالة النفسية للمريض، وغالبا ما يقوم الأطباء بعدم الاعتراف

لمرضاهم بفشل نتيجة العلاج بسبب كبريائهم واستنكافهم أحيانا وتخوفهم من تحمل المسؤولية عن أخطائهم في العلاج أحيانا أخرى.

ثالثا: يجب على الطبيب أن يفصح لمريضه عن السلوك الواجب إتباعه بعد العلاج، والاحتياطات مراعاة لضمان تحقق الآثار المرجوة منه.

مثال ذلك قيام الطبيب بإعطاء إرشادات وتوجيهات احتياطية معينة إلى مريضه بعد إجراء العملية الجراحية له ضمانا لتحقق النتائج المرجوة منها، كأن يلزمه بإتباع حمية معينة لفترة معينة بعد العملية أو منعه من القيام ببعض الحركات وغيرها.

وفي ذلك قضت محكمة تمييز العراق بقرار لها جاء فيه ما يلي: " عدم قيام الطبيب بإخبار المريض بعد العملية، عن الاحتياطات التي يجب إتباعها من أجل تجنب الآثار الجانبية التي قد تقع يعد سببا لقيام مسؤوليته ".[216]

فالإلتزام بالتبصير في هذه المرحلة له أهمية كبيرة في نطاق عمليات التلقيح الإصطناعي، لما يترتب عليها من نتائج قد تنعكس سلبا أو إيجابا على نتائج العملية وهي حصول الحمل والولادة، فإذا فشلت العملية فيجب على الطبيب أن يخطر الزوجة بذلك بصورة لا تؤدي إلى الإضرار بالحالة النفسية لها، لاسيما أنها في هذه الحالة فقدت أملها بالأمومة فتكون على درجة من الحساسية، إضافة إلى ذلك يجب تبصيرها بالمخاطر المحتملة إذا تم تكرار العملية خلال فترة زمنية معينة لما قد يترتب عليها من مضاعفات خطرة، وفي حال نجاح العملية يجب على الطبيب أن يزود الزوجة بإرشادات تهدف إلى المحافظة على إستمرارية الحمل لكي يصل بها إلى بر الأمان، فعليه أن يخطرها بالإبتعاد عن القلق والتوتر وتجنب حمل الأثقال وعدم الوقوف لمدة طويلة، وعدم القيام بحركات عنيفة تسبب

[216] غادة فؤاد مجيد المختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،2011، بيروت، لبنان ص ص 272،273.

ضغطا على الرحم، وتجنب السفر الطويل، إضافة إلى الإمتناع عن الإتصال الجنسي لمدة أسبوع[217]

الفرع الثاني: إلتزام الطبيب بالسلامة

إذا كانت القاعدة هي إلتزام الطبيب ببذل عناية، إلا أن هناك حالات إستثنائية يقع فيها على عاتق الطبيب إلتزاما محددا (Obligation déterminée) هو إلتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض والإلتزام بالسلامة (Obligation de sécurité) لا يعني الإلتزام بشفاء المريض، بل بألا يعرضه الطبيب لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، وبألا ينقل إليه مرضا أخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم[218] ، حيث يتجه القضاء مؤخرا وفي سبيل حماية المرضى نحو التشديد في مسؤولية الأطباء وذلك عن طريق فرض الإلتزام بالسلامة والأخذ بفكرة الخطأ المفترض وقيام المسؤولية الطبية دون خطأ أي قيامها على أساس الضرر، ولهذا يمكن تعريف الإلتزام بضمان السلامة في المجال الطبي إستنادا إلى التعريف الذي جاءت به المحاكم الفرنسية في بعض قراراتها بالقول بأنه إلتزام الطبيب بأن لا يتسبب للمريض بمرض جديد خارجا عن المرض موضوع العلاج.

فالإلتزام بالسلامة يفرض على الطبيب بأن لا يعرض المريض لأي ضرر وخطر عند استعماله للأجهزة والأدوات الطبية وما يعطيه من أدوية، ولقد كان للقضاء الفرنسي دور بارز في نشوء هذا الالتزام، فالقضاء عندما أقر فكرة الإلتزام بضمان السلامة كان ذلك من أجل تحسين موقف المتعاقد وحمايته من الضرر إذ بهذا المبدأ يتقرر التعويض عما يصيب سلامة جسم وحياة المريض

[217] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 116.

[218] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 1998، مصر، ص 212.

حتى ولو لم ينص عليه في العقد صراحة[219]، وقد تشدد القضاء الفرنسي بالنسبة إلى خطأ الطبيب المحترف، إذا تحققت لديه إمكانية السيطرة على احتمالات المخاطر وتجنبها، وتطبيقا لذلك فإن **محكمة النقض الفرنسية** اتجهت إلى قيام التزام بنتيجة بالنسبة للأعمال الداخلة في اختصاص طبيب الأشعة، ومنها الإلتزام بضمان سلامة الأدوات المستخدمة، والإلتزام بضمان سلامة المنتجات المقدمة للمريض[220] فمثلا إذا أخطأ الطبيب أو الكيميائي في تحليل الحيونات المنوية للزوج وادعى خطأ بأنها أقل من النسبة الحقيقية، وترتب على ذلك استخدام المريض لنوع من الأدوية وتكبد في ذلك نفقات ثمن الأدوية، وتردده على الطبيب المعالج، فإن الطبيب في هذه الحالة مسؤول عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابت المريض، علاوة عن الأضرار الجسدية نتيجة مضاعفات العلاج، أو أن الطبيب لم يقم قبل البدء بعملية التلقيح بتحليل دم الزوجة للتأكد من نسبة هرموني (FSH) و(LH) حيث أثبتت الدراسات بأن زيادتهما تؤدي إلى قلة نسبة الإخصاب وعدم تحقق الحمل فمن الضروري قبل البدء بعملية التلقيح تحليل دم الزوجة لمعرفة نسبتيهما، فإذا لم يقم الطبيب بالتزامه هذا أو أخطأ في نتيجة التحليل وعلى ضوئه أجرى العملية، وباءت بالفشل فإن خطأ الطبيب يعد هو السبب المنتج والقوي في إحداث النتيجة، لذا يسأل عن تعويض الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عنها على أساس أنه كان في استطاعته أن يستظهر هذا الأمر لو أنه اتبع الأصول العلمية والفنية لذلك، الأمر كذلك بشأن أي ضرر يصيب الزوجة عند سحب البويضات أو إعادة اللقيحة إلى رحمها نتيجة خلل أو عيب في منظار

---

[219] لالوش سميرة، الإلتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد03، المجلد 55،ص ص 180 – 181.

[220] نقض مدني فرنسي،2000/11/07، دالوز، I.R، ص 08،2000/11/293، J.C.P ، 2001، 13، نقلا عن بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص 107.

البطن، أو جهاز الموجات فوق الصوتية، أو القسطرة التي تستخدم لإعادة اللقيحة، فيكون الطبيب مطالبا بالتزامه باستخدام أجهزة وأدوات سليمة لا تحدث أي أضرار بمرضاه لذا على الطبيب أو أخصائي التحاليل قبل أخذ العينة أن يتحقق من أن المواد والأجهزة المستخدمة في أخذ العينة وإجراء الفحوصات والمحاليل معمقة ومتفقة مع نوع التحاليل المطلوبة حتى نتجنب عدم دقة النتائج أو إختلاط الأنساب إذا لم يتم تعقيم الأدوات قبل أخذ العينة، وبعد أخذ العينة يجب غلق الوعاء الذي وضعت فيه العينة جيدا، كما يجب أن يدون على الوعاء إسم صاحب العينة، ووقت أخذها، وكافة المعلومات الإكلينيكية، ومرعاة قواعد السلامة والصحة في حفظ العينات في درجة الحرارة المناسبة، نظرا للطبيعة الحساسة للسائل البشري وكونه سريع التلف إذا انفصل عن الجسم ولم يلق الرعاية الواجبة للحفاظ عليه، فضلا عن ذلك يجب إتلاف بقايا العينة حال إنتهاء العملية لمنع حدوث اختلاط الأنساب، وبخصوص هذا الشأن فقد حدثت قضية تتعلق بأن إمرأة هولندية أنجبت بعد تلقيحها بأسلوب التلقيح الخارجي توءما أحدهما أبيض والأخر أسود البشرة مفلطح الأنف، مع أنها وزوجها من أصول أروبية، حيث تم في الأخير إكتشاف الأمر بحيث أنه حدث خطأ أثناء حفظ السائل المنوي للزوج بالمركز المختص عند تخزين نطافه في إناء سبق وأن كان به نطاف لرجل أسود دون التأكد من تنظيفه بعناية تليق بمثل هذه التقنيات وتتناسب مع خطورة أثارها ليأتي حمل المرأة توءما أحدهما أبيض تخلق من ماء زوجها، والأخر أسود ساعدته ظروف الفوضى الإنجابية والإهمال الفاحش أن يتسلل إلى الرحم[221]، ومن الأمثلة القضائية أيضا عن المسؤولية الجزائية عن الإلتزام بمبدأ السلامة في مجال التلقيح الإصطناعي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 2010/06/29، بأن عدم

[221] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص 121 – 123 –124.

اتباع قواعد السلامة والوقاية الصحية المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات خلال مراحل المساعدة الطبية على الإنجاب، الذي ينجم عنه تعريض حياة المريضة أوسلامتها الجسدية للخطر، يشكل بأركانه جنحة تعريض حياة انسان للخطر المنصوص عليها في قانون العقوبات[222] ، ولتفادي التلاعب بالمنتجات ذات الأصل البشري وضمان قواعد الحذر والسلامة، اشترطت التشريعات الحديثة أن تتم عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب من طرف مؤسسات معتمدة وتحت إشراف هيئات مراقبة أخلاقية وطبية وأن يراعى الجانب الوقائي من إنتقال الأمراض حسب نص المادة 373 ق ص ج " يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، المحددة عن طريق التنظيم. تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية"[223]

الفرع الثالث: إلتزام الطبيب بالسرية

يلتزم الطبيب بمقتضى هذا الإلتزام بالحفاظ على أسرار مريضه التي تصل إلى علمه أثناء علاجه له، ويتقرر هذا الإلتزام سواء نص عليه المتعاقدان صراحة في العقد أم لم ينص عليه، لأنه من مقتضيات عقد العلاج الطبي، ذلك لأن مضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام[224]، ولا يوجد أدنى شك في أن المريض

[222] " Des lors que la méconnaissance de l'art l.2141-1 et de l'arrêt relatif aux règles de bonnes pratiques la réalisation d'actes d'assistance médicale a la procréation d'intervenue sans évaluation préalable dune équipe pluridisciplinaire sans bilan clinique complet des deux partenaires et sans bilan sanitaire et diagnostic la violation manifestement délibérée dune obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement a expose la patiente a un risque immédiat de mort ou de blessures de nature a entraine une mutilation ou une infirmité permanente et l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui est constituée " crim.29 juin.2010. bull crim. N 120 aj pinal 2010 551 obs Lasserre capdeville rsl 2010 856 obs mayaud

[223] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 181.

[224] المادة 107 من القانون المدني الجزائري " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ينتظر من الطبيب المحافظة على السر الذي أودعه إياه، بنفس القدر الذي ينتظره من تنفيذ إلتزامه بالعلاج، وبناء على هذا فقد عرف الفقه الفرنسي السر الطبي بأنه الإلتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما إطلعوا عليه وما علموه أثناء ممارسة مهنتهم، كما عرفه البعض الأخر بأنه كل أمر أو واقعة يصل إلى علم الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو الغير، أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانه[225].

وقد وصلت حماية المشرع الفرنسي لمبدأ السرية إلى درجة إقرار عقوبة تصل إلى7000 ألف فرنك لكل من أفشى معلومات يكون القصد منها معرفة الزوجين أو الجهة التي استقبلت الجنين حسب نص المادة 152 فقرة 11 من قانون الصحة العمومية[226]

وإذا كانت السرية مطلوبة بوجه عام في الأعمال الطبية، فإن اشتراطها في عمليات التلقيح الإصطناعي وعلاج ضعف الخصوبة من باب أولى، وذلك لما يقع فيها من الإطلاع على العورات المغلظة وعامة الأشخاص الخاضعين لمثل هذا العلاج لا يريدون أن يطلع عليهم الآخرون، فلا يجوز للطبيب أن يفشي سرهم طبقا لنص المادة 24 من قانون الصحة الجزائري التي تنص على أنه " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم علم بها مهنيو الصحة..." كما نصت أيضا المادة 417 من ق

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام..."

[225] غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، المرجع السابق، ص ص 370 – 373 – 374.

[226] عبد الحفيظ أوسوكين، احمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2166.

ص ج على أن " عدم التقيد بالتزام السر الطبي والمهني، يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات "، كما نصت المادة 36 من م أ ط ج على أنه " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك "[227]

كما أنه من الناحية الشرعية نجد أن من آداب الطبيب المسلم الستر على المرضى فلا يفشي أسرار مرضهم، ولا يكشف على عوراتهم بدون حاجة، وليقتصر على المحل الذي يحتاج إلى معاينته دون غيره، وخاصة عند إجراء العمليات الجراحية عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن **ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** "[228].

[227] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص 127 – 128.

[228] محمد بن عمر بن سالم بازمول، أخلاق الطبيب المسلم، دار الميراث النبوي، ط 1، 2011، الجزائر، ص ص 24 – 25.

خلاصة الباب الأول:

إن ما يمكن إستنتاجه في أخر هذا الباب وبعد الوقوف على حقيقة عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، اتضح لنا بأن حجم المخاطر التي تهدد حياة الكائن البشري تتعاظم بإستمرار نتيجة الإنحرافات الأخلاقية المتعلقة بالعلوم الطبية والتلاعبات البشرية بالمنتجات التناسلية فليس كل ماهو ممكن علميا وطبيا جائز شرعيا وأخلاقيا وقانونيا فلإمكان من الناحية الطبية شئ والجواز شرعا وقانونا شئ أخر تماما ومن هنا تأتي ضرورة توحيد وتظافر الجهود بين كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ورجال القضاء لضبط المستجدات العلاجية الحاصلة في الميدان الطبي من الناحية الشرعية والقانونية والقضائية.

كما لاحظنا الصعوبات التي واجهها رجال القانون والقضاء في التصدي لمعالجة تلك المشاكل الأخلاقية الناجمة عن الممارسات الطبية الغير أخلاقية.

والمشرع الجزائري كغيره كان قد أدرك الخطر المحدق به وأحاط العملية بسياج قانوني يضبط عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال المادة الوحيدة في قانون الأسرة والتي تعتبر الإطار القانوني والشرعي لعملية التلقيح الإصطناعي.

كما حاول أيضا مرة أخرى مواكبة تلك التطورات والتشريعات الحديثة في مجال الطب الإنجابي من خلال قانون الصحة رقم 18- 11 وخصص له قسم مستقل سماه بأحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب حاول من خلاله تنظيم صور التقدم الطبي الخاصة بالأساليب المستحدثة لعلاج العقم وهو ما سنقف عليه من خلال الباب الثاني من الأطروحة.

الباب الثاني :

صور التقدم الطبي الخاصة بالأساليب المستحدثة لعلاج العقم وانعكاساتها القانونية والأخلاقية

لقد شهد هذا العصر تطورات هائلة في الكثير من الميادين، وخاصة في الميدان الطبي وتوصل علماء الأجنة والوراثة في العصر الحاضر إلى الكثير من الحلول التي كانت شبه مستعصية من ذي قبل، وأمام تزايد الإهتمام الدولي بحقوق الإنسان وبخاصة حق الإنسان في الرعاية الصحية، وأمام هذا الزخم من الإبتكارات الحديثة طرحت مسألة استغلال الجنين طبيا والأغراض التي تستتبعها هذه الأفكار التي تخفي من ورائها أشياء كثيرة كالإستغلال العلمي والتجاري والصناعي لهذا المخلوق الذي لا يزال في الأطوار الأولى من تشكله لأمر رهيب وجلل وجب علينا جميعا التفكير في إيجاد الحلول اللازمة لإعطاء الوضعية الصحيحة والمركز القانوني المستحق لحرمة الجنين ومحاربة وتجريم كل الأفكار التي تنظر إليه كمادة مخبرية يمكن استعمالها كدواء وهو ما اصطلح عليه في قضية من هذه القضايا الكبرى ب " الرضيع الدواء " Bébé médicament " والتي أثارت ضجة كبرى بين المعارضين والمؤيدين لهذه العملية والتي سأتطرق إليها لاحقا بالتفصيل، ومن خلال هذا الباب سأحاول الوقوف على بعض المسائل المهمة التي أثارت الكثير من التساؤلات بل والمشاكل القانونية وحتى الدينية منها سواء بين المرضى أو حتى لدى الأطباء أنفسهم أو لدى الهيئات التشريعية بخصوص هذا الشأن ولهذا تطرقت في الفصل الأول من هذا الباب لمسألة الممارسات الماسة بأصول المقاصد والقواعد الضرورية للإنجاب حيث وقفت في المبحث الأول منه على مسألة حفظ وتجميد الأجنة البشرية وهو ما اصطلح عليه قانونا ببنوك النطف والأسباب الداعية لإنشاء مثل هذه البنوك والمراكز، تناولت أيضا مسألة الإستفادة من المنتجات التناسلية المجمدة في ما عرف بالخلايا الجذعية الجنينية وطرق الحصول على هذه الخلايا بوصفها خلايا صديقة لجهاز المناعة، وليست أجسام غريبة فلا يرفضها الجسم، وقدرتها على علاج الكثير من الأمراض التي تصيب البشر ، كما أنني حاولت في المبحث الثاني الوقوف على قضية الأهداف البحثية

والعلمية للأجنة المجمدة والضوابط القانونية والأخلاقية لإجراء مثل هذه التجارب العلمية على الجنين في مراحله الأولى وهو ما دفعني في الفصل الثاني من هذا الباب إلى التطرق أيضا إلى مسألة مرتبطة بما تم التطرق إليه في الفصل الأول وهي مسألة زراعة الأعضاء التناسلية والغدد الناقلة للشفرة الوراثية والغير ناقلة وأثارها الوخيمة على قضية حفظ النسب ، كما حاولت أيضا الوقوف على مسألة التحديد المسبق لنوع الجنين والتي أثارت هي الأخرى ضجة عالمية.

الفصل الأول: الممارسات الطبية الماسة بالمقاصد الضرورية للإنجاب

مما لا شك فيه أن المشكلات التي أثارتها قضية المساعدة الطبية على الإنجاب أدى إلى ظهور أراء فقهية كثيرة موافقة على هذا العمل الطبي وأخرى رافضة له على أساس الممارسات الغير مضبوطة في كثير من جوانب عملية التلقيح الإصطناعي، فدور الطب لم يعد فقط، كما هو الحال دائما، علاج حالات مرضية، وإنما أصبح أيضا يستجيب لرغبات معينة، وهكذا دخلت البشرية عن طريق التلقيح الإصطناعي عصر ما يعرف بطب الرغبة، بعد أن كان دور الطب دور علاجي محض ، وتبدو الصعوبة، بل والخطورة، في أن الرغبة الإنسانية لا حدود لها، ولا يوجد في الواقع معايير طبية محددة تكفي لكبح جماح هذه الرغبة اللامتناهية فليس كل ما يتم باسم العلم علما بل كثيرا ما يكون أقرب إلى الإنحراف وليس كل ما هو ممكن علميا وطبيا هو جائز شرعيا وأخلاقيا وقانونيا، فالمكنة والقدرة الطبية شيء، والجواز القانوني والشرعي شيء أخر، ومن هنا تكمن ضرورة تدخل القانون لضبط حدود الدائرة التي لا يجوز لرجل الطب، وكذا المريض تخطيها، ومن هنا أصبح تدخل القانون اليوم ضرورة أكثر من أي وقت مضى، حتى لا تتحول الحرية إلى فوضى أو تنقلب ضد الشخص المستفيد من التطور الطبي، وبالخصوص أن التلقيح الإصطناعي يتصل مباشرة بحياة الإنسان نفسه، وهو لا يؤثر فيها في لحظة معينة فقط، بل تلاحقه هذه الآثار حتى وفاته، ولهذا سأحاول من خلال هذا الفصل الإحاطة ببعض الجوانب المتعلقة ببنوك حفظ وتجميد المواد التناسلية البشرية وتبيان الأهداف المرجوة من تجميدها في مبحث أول، ثم التطرق في مبحث ثان إلى الأهداف البحثية والعلمية من تجميد هذه المنتجات، والتجارب الواقعة على الجنين المخبري.

المبحث الأول: حفظ وتجميد الأجنة البشرية بين الضرورة العلاجية ومتطلبات البحث العلمي

لقد ساهم التطور في المجال الطبي إلى البحث عن وسيلة جديدة لتجميد الأجنة لفترة طويلة، يمكن الإستفادة منها بعد ذلك، وقد تمكن العلماء من حفظ المني ثم حفظ الأجنة في الأزوت السائل في درجة حرارة منخفضة جدا (– 196) لحين طلبها ولو بعد سنوات، ويرى بعض العلماء أن الدراسات والتجارب على الأجنة الآدمية سوف تفيد في مجالات علاج العقم، وفي معرفة بعض أسرار ما يصيب الأجنة من تشوهات، ولهذا وجد من بين العلماء من يؤيد فكرة التجارب على الأجنة الآدمية إذ يرون أن الأخلاقيات في نظرهم يجب أن تواكب التقدم والإنطلاق العلمي في كل مجال، لهذا ومن خلال هذا المبحث سأحاول البحث عن التوازن بين الضرورة العلاجية لحفظ وتجميد الأجنة البشرية وبين متطلبات وأهداف البحث العلمي من خلال مطلبين أعالج في الأول منه مسألة بنوك حفظ وتجميد المواد التناسلية البشرية وفي مطلب ثان إشكالية الغرض العلاجي من المنتجات التناسلية المجمدة

المطلب الأول: بنوك حفظ وتجميد المواد التناسلية البشرية

يشهد الطب التكاثري في الآونة الأخيرة رواجا كبيرا لإعتماده على تخزين المنتجات التناسلية في مخابر التحاليل البيولوجية والمراكز المتخصصة، وقد نجح العلماء في تجميد الحيوانات المنوية المستخرجة من جسم الإنسان، ثم تواصلت الأبحاث إلى أن تمكن العلماء من تجميد البويضات واللقائح الآدمية، وهو ما يطلق عليه حديثا ببنوك الحيوانات المنوية، والتي انتشرت بصورة واسعة في المجتمعات الغربية بغرض مساعدة النساء اللواتي يعاني أزواجهن من ضعف في حيواناتهم المنوية، حيث يتبرع بعض الرجال بمنتجاتهم التناسلية مقابل مبلغ مالي، وذلك على أمل مساعدة وحصول بعض السيدات على نسل منهم، ولأن القضية تستلزم

دخول طرف ثالث في عمليات التلقيح الإصطناعي فهي محرمة في الشريعة الإسلامية، وذلك لأن فكرة وجود مثل هذه البنوك لا أساس لها في المجتمعات الإسلامية، لهذا ومن خلال هذا المطلب سأوضح فكرة إنشاء بنوك حفظ وتجميد المواد التناسلية البشرية في المجتمعات الغربية خاصة، وذلك لأنني أشرت مسبقا بأنه مادام الشريعة الإسلامية لا تجيز إنشاء مثل هذه البنوك فمنطقيا لا يوجد لها مثيل في المجتمعات العربية، ومن خلال الفروع الآتية سيتم تبيان ذلك.

الفرع الأول: مفهوم بنوك الأجنة البشرية

تسمى ببنوك الأجنة البشرية ويطلق عليها أيضا تسميات بنوك البويضات الملقحة أو بنوك الأجنة المجمدة، وكلمة بنوك جمع بنك كلمة ليست عربية بل إنها ترجع إلى الكلمة الفرنسية " banque "، وتعني الصندوق المتين الذي تحفظ فيه الأشياء الثمينة، وبمأن من أهم وظائف البنك هو إيداع الأموال وحفظها فيه، فقد أطلقت هذه الكلمة على مراكز حفظ البويضات والحيامن وصار استعمالها شائعا.

وبنوك الأجنة عبارة عن براد أو ثلاجة أو غرفة صغيرة تستخدم لغرض التبريد فيها النتروجين السائل، ويمكن تعريفها بأنها " المركز أو المؤسسة التي تقوم بحفظ الحيوانات المنوية أو البويضات على حدة أو البيضات المخصبة على حدة لحين طلبها إما لإجراء التجارب عليها أو لعمل إخصاب طبي مساعد سواء كان ذلك بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو بالتلقيح الإصطناعي الخارجي وهو يعرف باسم أطفال الأنابيب" فبنوك الأجنة البشرية عبارة عن أجهزة طبية متطورة أعدت بتقنيات عالية لحفظ الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الإصطناعي الخارجي كأجنة إحتياطية يمكن استخدامها مرة أخرى عند فشل عملية الزرع الأولى، أو يمكن القول أنها مخازن أو حاضنات تكون على شكل أجهزة أو غرف كميائية يتم فيها حفظ الأجنة باستعمال سائل النتروجين في ثلاجات وسوائل خاصة بتجميد وحفظ الأجنة، وتعمل على إيقاف انقسام الخلايا لحين استخدامها مرة

أخرى بعد التجميد، إذ يوضع الجنين في حاضنة خاصة لإستئناف عملية الإنقسام والنمو[229].

كما عرفها الدكتور حسينى هيكل بأنها " أجهزة طبية معدة سلفا بتقنية شديدة للإحتفاظ بالأجنة الزائدة عن الحاجة في عمليات الإخصاب الطبي المساعد، وذلك بغرض احتياجها بعد ذلك، من قبل واضعيها وأصحاب الحق فيها، ويجب أن تخضع هذه البنوك لرقابة صارمة من قبل المشرع القانوني ووزارة الصحة"[230].

وتتبع هذه البنوك نوعين من الأنظمة في علاقتها مع المتعاملين معها

-النظام الخاص: ويتم خلاله حفظ نطاف ذكر وبويضات أنثى تجمعها علاقة زواج يتم تنشيطها فيما بعد (بينها حصرا)

-النظام العام: ويتم خلاله حفظ نطاف ذكور وبويضات إناث لصالح جهة أو جهات ترغب باستخدامها لأغراض خاصة بها ومقابل أجر ويمكن أن يستمر التخزين في النظامين لسنين طوال وحتى بعد وفاة أحدهما أو كليهما في حال ترك وصية تتيح للغير تحريك هذا الحساب كليا أو جزئيا ونجد أغلب المشاكل المطروحة هي نظام الإستخدام العام[231]

الفرع الثاني: الأسباب الداعية لتجميد الأجنة

لعله من بين أبرز الأسباب التي دعت إلى إنشاء بنوك لتجميد الأجنة البشرية هو الإحتفاظ بها لأطول مدة ممكنة وهي المهمة المناطة ببنوك الأجنة، ومن ثم تحديد كيفية التصرف فيها إما بإعادتها إلى أصحابها وقت رغبتهم في ذلك

---

[229] أم كلثوم صبيح محمد، أساس المسؤولية المدنية المترتبة على بنوك حفظ الأجنة البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ص 8

[230] حسينى هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 404.

[231] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012، ص 55.

بشرط أن تدفع الرسوم المقررة لحفظ هذه الأجنة وذلك عند إيداعها في حسابهم الخاص، أو بيعها أو هبتها أو استئجار رحم لها حتى تستكمل نموها أو إتلافها وذلك عند إيداعها في حساب عام خاص بالبنك، وفيما يلي سأحاول عرض أهم الأسباب التي دعت لإنشاء هذه البنوك[232]

– حاجة الأطباء إلى إستغلال البويضات التي أفرزتها المرأة زيادة عن العدد المطلوب نتيجة العقاقير المنشطة التي تم حقن المرأة بها، وذلك بغية إعادة إجراء عملية التلقيح الإصطناعي في حالة فشلها مرة أخرى

– إرتفاع تكلفة عمليات سحب البويضات من داخل جسم المرأة، بحيث يسحب الطبيب المختص أكثر من بويضة من أجل نقص التكلفة، وكذا محافظة على صحة المرأة من إستعمال العقاقير المنشطة لعملية التبويض مرة أخرى

– التأكد من سلامة البويضات فقد تكون البويضة الوحيدة المسحوبة فاسدة مما يؤثر على استمرار عملية التلقيح الإصطناعي

– حاجة الأطباء لإدخال أكثر من بويضة ملقحة بحيث إذا فشلت إحداها نجحت الأخرى[233]

– إمكانية الزوجة التي تخشى عقما مستقبلا، بسبب إجراء عملية جراحية كاستئصال المبيض مثلا، أو بسبب بلوغها سن اليأس، أن تعمل على تلقيح أكثر من بيضة من زوجها، ويتم الإحتفاظ بالبيضات الملقحة، وهكذا يمكن للمرأة أن تطلب بعد ذلك زرع إحدى هذه البيضات في رحمها، بحيث يمكنها ذلك من البقاء على أمل الأمومة.

---

[232] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، المرجع السابق، ص 1435.

[233] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص ص 83 – 84.

– نشير أيضا إلى أن عملية التجميد تعطي مطلق الحرية للطبيب القائم بالتلقيح في تحديد الوقت المناسب الذي يتم فيه إجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى نسبة لنجاح العلوق، إذ كان الطبيب قبل إعتماده تقنية التجميد يجد نفسه مضطرا لإجراء عملية الزرع خلال مدة قصيرة جدا من تاريخ الإنتهاء من إجراء التلقيح في الأنبوب، بغض النظر عن كون التوقيت مناسبا أو غير مناسب مما كان يساهم في زيادة حالات الفشل

– تساهم تقنية التجميد أيضا في معرفة الكثير من الأمراض الوراثية، ودراسة هذه الأمراض وتحديد أسبابها وطرق العلاج لها[234]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من إنشاء بنوك الأجنة

لقد تباينت أراء ومواقف التشريعات المقارنة من قضية إنشاء بنوك لتجميد الأجنة البشرية وفيما يلي سنعرض لأهم هذه التشريعات

أولا: موقف التشريع والقضاء البريطاني

1– القانون البريطاني:

يتواجد في بريطانيا أكثر من أربعة وأربعين مركزا لبنوك الأجنة التي تدار جميعها بواسطة السلطات الطبية للمقاطعات المختلفة بها، وبالرغم من إستقلال كل مركز من هذه المراكز إلا أنه يوجد نوع من التجانس والتعاون وذلك على المستوى القومي، فيما بينها، إذ يعقد اجتماع لأخصائي أمراض النساء والتوليد يجمع كل القائمين على أمر هذه المراكز، ونظرا لكثرة عدد مراكز الأجنة في إنجلترا أدى ذلك لما يعرف بالسياحة الطبية من خلال تنقل بعض السيدات الراغبات في الإنجاب بهذه الطريقة إلى بريطانيا، لذا فقد أعلنت شركة السيدة كلير أوستين والمسماة بالأمل بأن لديها قائمة إنتظار تضم أكثر من 2000 سيدة لشراء

[234] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 202.

البويضات من شركتها.[235]، حيث أن القانون البريطاني المتعلق بالإخصاب وعلم الأجنة[236] قد ضبط قواعد وطرق الحفظ ومدة تخزين الخلايا، ويشير القانون إلى أن مدة الحفظ بالنسبة للغدد التناسلية هي 10 سنوات، و05 سنوات إذا أراد الشخص أن يحافظ على مواده التناسلية في إطار المشروع الأسري، وفتح القانون المجال على إمكانية استعمال المضغ بعد الوفاة شرط الموافقة الكتابية[237]

في حين كشفت صحيفة the guardian البريطانية، الإثنين 06 سبتمبر 2021، أن تغييرا شاملا في قواعد الإخصاب في بريطانيا سيسمح للأشخاص الذين يرغبون في تكوين أسرة من تجميد بويضاتهم وحيواناتهم المنوية وأجنتهم لمدة تصل إلى 55 عاما، حيث صرحت الحكومة البريطانية أنها ستلغي الحد الأقصى المعتمد حاليا وهو 10 سنوات، وذلك من أجل منح مدة أطول لمن يخططون للجوء إلى الإخصاب الإصطناعي وتخزين المواد الوراثية الخاصة بهم، كما عللت الحكومة موقفها بأن هذا التغيير ضروري بسبب الإقبال على الإنجاب في مرحلة متأخرة، حيث صرح وزير الصحة المسؤول عن هذا التعديل السيد جيمس بيثيل " لا يفترض أن يضطر الآباء المقبلون إلى تحمل القيود الزمنية لخياراتهم في الإنجاب، وهذا التغيير المهم في الحدود الزمنية للتخزين سيمنح الناس مزيدا من الحرية في تحديد مستقبلهم ويزيح عنهم الضغط الناتج عن ضرورة اتخاذ القرار في غضون 10 سنوات "

كما أشار الوزير أيضا إلى أن " لجوء الناس إلى تجميد بويضاتهم وحيواناتهم المنوية وأجنتهم للحفاظ على الخصوبة أصبح إتجاها أكثر شيوعا وأن

---

[235] حسينى هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 401.

[236] Loi de 1990 révisée en 2008 relative a la fécondation et a l'embryologie humaine. Loi de 2003 relative a la procréation médicalement assistée post mortem.

[237] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، 192.

أسباب لا تعد ولا تحصى لذلك مثل عدم الإستعداد أو عدم القدرة على تكوين أسرة أو وجود مشكلة طبية ".

كما صرحت أيضا رئيسة هيئة الإخصاب البشري وعلم الأجنة السيدة جوليا تشاين " نرحب بخطط الحكومة لتمديد حد تخزين البويضات والحيوانات المنوية والأجنة المجمدة، حتى يتماشى القانون مع التطورات العلمية والتغييرات في المجتمع الحديث وخيارات الأفراد الإنجابية، كما أنه سيسعد المرضى بهذه الأخبار كثيرا، حيث تمنحهم مزيدا من الوقت لإتخاذ قرارات مهمة بشأن التخطيط لتكوين أسرة " وفي إنتظار التمديد في حفظ الأجنة لمدة 55 سنة لغاية صدوره يبقى التجميد لمدة عشر سنوات ساري المفعول[238].

2- القضاء البريطاني:

بخصوص القضاء البريطاني نذكر على سبيل المثال قضية عرضت عليه وهي قضية Davis. V. avis حيث أنه قد وقع طلاق بين زوجين واتفقا على كل الأمور، ما عدا حالة الحق في الوصاية على الأجنة المجمدة في إحدى مراكز حفظ الأجنة والأمشاج، ولهذا رفعت الزوجة دعوى طالبت فيها بأحقيتها في إسترجاع الأجنة المجمدة وزرعها في رحمها وهو المكان الطبيعي لها حسب قولها، غير أن الزوج اعترض على ذلك واعتبر أن موضوع الإنجاب لا يخص الزوجة وحدها وإنما يخص الزوجين معا، ولهذا لا يمكن للزوجة تقرير الإنجاب بصفة منفردة، وطالب بإبقاء الأجنة في وضع التجميد، وأخيرا قضت محكمة الإستئناف بأحقية الطرفين في سيطرتهما على الأجنة ولهما أصوات متساوية في هذا الحق، فالملاحظ على القضاء الإنجليزي أنه يحاول إيجاد حلول مؤقتة لمثل هذه المشاكل المتعلقة بالأجنة المجمدة، وهذا راجع حسب علمنا إلى أن المشرع

[238] http //arabicpost.net موقع على شبكة الإنترنت أطلع عليه يوم 2022/02/08 على الساعة 21:00

الإنجليزي لم ينص صراحة على كيفية التعامل مع الأجنة المجمدة، مع أن الأمر أسهل لو أنه تم إسناد هذه الأمور إلى مراكز حفظ الأجنة التي تلزم الأزواج بالتفاهم المسبق حول كل هذه النزاعات التي ستطرح مستقبلا[239] .

كما قد عرضت قضية أخرى على محكمة إستئناف ويلز البريطانية سنة 1997، على خلفية دعوى قضائية بين أرملة السيد Blood والهيئة الوطنية للخصوبة وعلم الأجنة، حيث كان السيد بلود يتابع علاج العقم بإحدى المستشفيات، إلا أنه أصيب بحادث مفاجئ أدخله في غيبوبة داخل قسم الإنعاش إلى أن توفي قبل أن يترك وثيقة يعبر فيها صراحة عن رضاه في التصرف في نطفه المجمدة، بعدها طلبت زوجته من المستشفى إسترجاع العينة من أجل استعمالها في عملية التلقيح الإصطناعي، بعيادة بالمملكة المتحدة أو تصديرها إلى دولة أخرى يسمح قانونها الداخلي بالتلقيح بعد الوفاة، تحقيقا لأمنية زوجها في أن يكون له طفل منها، إلا أن الهيئة الوطنية للخصوبة اعترضت على عملية التسليم، وقدمت دفوع مفادها بأن تجميع مواد الجسم في هذه الحالة لا يتوافق والشروط القانونية المتعلقة بالموافقة المسبقة الحرة والمستنيرة للسيد بلود، كما استندت المدعية إلى إتفاقية روما ونظام تقديم الخدمات بين دول الإتحاد الأوروبي، الذي يشمل الخدمات الصحية بما فيها العلاج التكاثري، وكذا اجتهاد محكمة العدل الأوروبية بشأن سريان النظام على المستفيد من الخدمة أيضا، كما استندت المدعية إلى نظام حرية تنقل البضائع بين دول الإتحاد الأوروبي والسوابق القضائية لمحكمة العد الأوروبية في هذا الشأن، التي اعتبرت بموجبه النطف المستخرجة من الحيوانات بضاعة، تسري عليها أحكام المادة 28 من اتفاقية روما، فضلا على التعريف الذي وضعته للأشياء التي يمكن تقديرها بالمال، وفي أخر المطاف، تبنت محكمة

[239] النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2010 – 2011، ص ص 424 – 425.

الإستئناف البريطانية الطرح الذي استندت عليه المدعية، وأعطى الأولوية لمبدأ الحريات، معتبرة بأن السائل المنوي البشري من الأشياء الخاضعة لنظام النقل، ومنحت بالتالي الحق للمدعية في أن تقوم باسترجاع المني المجمد الخاص بزوجها، ونقله إلى بلجيكا أين تمت عملية التلقيح بنجاح، هذا القرار الذي نراه يعبر وينم عن توجه القضاء البريطاني نحو قبوله لتقنية تجميد الأجنة البشرية[240]

ثانيا: موقف التشريع والقضاء الفرنسي

1- القانون الفرنسي

تم تأسيس أول بنك للمني في فرنسا سنة 1973 بداخل مستشفى Keremlin Bicêtre بواسطة Georges David وكان الهدف المعلن من وراء إنشاء هذا البنك هو قيام البنك بتنمية وتطوير جمع الدراسات والأبحاث المتعلقة بالحيوانات المنوية للإنسان، والأمراض التي تصيبها، وتنظيم مراكز لحفظ المني لأغراض البحث والعلاج، وفي نفس الوقت من نفس السنة تم افتتاح مركز لدراسة الخصوبة C.E.F.R في مارسيليا، تم اتبع ذلك إنشاء ثلاثة مراكز أخرى، كان الأول في نيس Nice والثاني في برست Brest، والثالث في مونبيليه Montpellier ولتشجيع إنشاء أكبر عدد من المراكز، فلقد رأى البعض من الفقه أن إنشاء مثل هذه البنوك سيمح بمزيد من الإحتياطات، ومزيد من الأمن، ومن الواجب ترسيم الأشياء ووضعها في الشكل القانوني الصحيح، وبذلك إنتشرت بنوك الأجنة ومراكز حفظ السائل المنوي حتى وصلت إلى أكثر من عشرين مركزا تغطي فرنسا بالكامل[241]، وكانت نشاطات المراكز تتم حينها في ظروف شبه سرية في ظل غياب الإطار القانوني المنظم لعملها، والذي تم وضعه بموجب قوانين أخلاقيات البيولوجيا لسنة

[240] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ص 184 – 185.

[241] حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص ص 398 – 399.

1994[242]، حيث أجاز المشرع الفرنسي تقنية التجميد من خلال القانون رقم 94-654[243] بموجب المادة 2/151 وظل على نفس الموقف في قانون 2004- 800 المتعلق بأخلاقيات العلوم الإحيائية[244] من خلال المادة 2/2141 وأحاطها بجملة قواعد وشروط موضوعية وإجرائية تهدف إلى ضبط الممارسة وتوفير حماية الأجنة، وكل ذلك بفرض عقوبات جزائية وإدارية في حالة خرقها، هذه الشروط التي تمثلت في الرضا، والهدف من التجميد، أي اقتصار التجميد على غرض الإنجاب فقط، كذلك حضر إجراء تلقيح خارجي جديد حتى تنفذ الأجنة المحفوظة، ما لم تصاب هذه الأجنة بخلل، حدد أيضا مدة التجميد، كما وضع شروط إجرائية بموجب المادة 2/184 من المرسوم الفرنسي المحدد للضوابط المتعلقة بحفظ الأجنة البشرية بحيث يقع على عاتق هذه المراكز جملة من الإجراءات أهمها:

-حتمية وضع سجلات يقيد فيها كل المعلومات المتعلقة بهوية الأزواج، عدد الأجنة المحفوظة، زمان ومكان التلقيح والتجميد، تاريخ وقف التجميد، والتأكيد على صحة المعلومات حسب الفقرة الثالثة من المادة 184 من المرسوم

-ضرورة إبرام المركز لإتفاق مع مركز أخر تحسبا لأي طارئ كتوقف المركز عن نشاطه الذي يؤثر على الأجنة، وإعلام أصحابها بالمكان الجديد الذي نقلت إليه مع إرسال جميع الوثائق المتعلقة بالحفظ إلى المركز الجديد حسب الفقرة 14 من المادة 184[245]

---

[242] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 180.

[243] Loi n° = 94- 654 du 29/07/94 , relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain , procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal J.o.f n° 175 du 30/07/1994

[244] Loi n°= 800- 2004, du06- 08-2004 relative à la bioéthique, modifé par la loi n°=2011- 214 du 07- 07- 2011, J,o,f n°=157 du 08- 07- 2011.

[245] شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015 – 2016، ص ص 81 -83.

2- القضاء الفرنسي:

بخصوص القضاء الفرنسي نستشهد هنا بقضية السيدة كورين بربلي التي رفعت دعوى قضائية في فرنسا ضد بنك الحيوانات المنوية الذي كان يحفظ السائل المنوي لزوجها الذي توفي ، حيث أنها اتصلت بالمركز وطالبت بالسائل المنوي لزوجها من أجل التلقيح به غير أن البنك أجاب بالرفض على طلبها، وبعد أن دفع محامي البنك بأن السائل المنوي للمتوفى ليس من الأموال التي يجوز توريثها بمعنى أن حقها في ذلك السائل المنوي هو كحق أي إمرأة أخرى تتقدم إلى المركز لطلب مثل هذا الطلب، غير أنه في الأخير تم إنصاف السيدة Corinne parpalay وحكم لها بحقها في السائل المنوي لزوجها[246]، وهذه إشارة واضحة إلى القضاء الفرنسي هو الأخر يعترف ببنوك تجميد الأجنة البشرية.

المطلب الثاني: الأغراض العلاجية للمنتجات التناسلية المجمدة

يشهد العالم اليوم اهتماما بالغا بالتطورات الطبية وبالأخص في مجال الإستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية، وذلك نظرا لما تقدمه هذه المادة الحية في علاج الكثير من الأمراض المستعصية، وما تقدمه بصفة عامة من فائدة في ميدان الطب والصحة، حيث طرحت مسألة استغلال الجنين تساؤلات وجب الوقوف عندها، حيث اقترنت هذه التساؤلات بالأغراض العلاجية التي يتبعها هذا الإستغلال سواء كانت علاجية أو تجارية أو تجريبية وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا المطلب

[246] النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 416.

الفرع الأول: الفوائد الطبية العلاجية للخلايا الجذعية الجنينية المجمدة

نظرا للدور المهم الذي يتوقعه العلماء والباحثين حول إمكانية هذه الخلايا في علاج الكثير من الأمراض المستعصية سنحاول تسليط الضوء على بعض جوانب هذه التقنية الجديدة.

أولا: تعريف الخلايا الجذعية الجنينية

هي الخلايا الأولية التي ينشأ منها جسم أي كائن حي وهي خلايا غير متخصصة تمتلك القدرة على الإنقسام المستمر وإنتاج أنواع مختلفة من الخلايا الوظيفية المتخصصة، وتعرف أيضا بالخلايا متعددة القدرات، وهي تمتلك القدرة أو القابلية على التطور والنمو والإنقسام من دون حدود، وعلى إعطاء الخلايا المتخصصة كلها، ويمكنها أن تتحول إلى أي نوع من أنواع أعضاء أو أنسجة الجسم البشري تقريبا، وهذا ما يجعلها شيئا ثمينا بالنسبة إلى العلماء والباحثين في العلوم الحيوية والبيولوجية[247].

كما عرفت أيضا بأنها خلايا لها القدرة على الإنقسام غير المحدد المزارع الخلوية لتعطي طلائع الخلايا المتخصصة فيما بعد، فبعد تكوين البويضة الملقحة من البويضة الأنثوية والحيوان المنوي تتكون خلية كاملة الفعالية لها القدرة على تكوين إنسان كامل بمختلف أعضائه، وعندما تنقسم هذه الخلية إلى خليتين يصبح لكل منهما بإذن الله القدرة أيضا على تكوين جنين كامل عند زرعه في رحم المرأة، وهذا ما يحدث في التوائم المتطابقة، وبعد عدة انقسامات تصل هذه الخلايا إلى مرحلة تعرف بالبلاستولة وفيها تنقسم الخلايا إلى طبقتين طبقة خارجية تكون المشيمة والأنسجة الدعامية الأخرى التي يحتاج إليها الجنين أثناء تكونه في الرحم،

[247] مامون عبد الكريم، حق الطفل في الإستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء والأنسجة المتجددة والإستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 12، سنة 2011، ص 312.

وطبقة داخلية تتكون من كتلة من الخلايا يخلق الله منها أنسجة جسم الكائن البشري المختلفة، والأجنة المجمدة يتم قتلها للإستفادة من الخلايا الجذعية الموجودة في الطبقة الداخلية منها، وجدير بالذكر أن الخلايا الجذعية تتكون في البويضة الملقحة في اليوم الخامس إلى السابع من التلقيح، ولها القدرة للتحول إلى 220 نوعا من خلايا جسم الإنسان البالغ، ويتم الحصول عليها بعزل الخلايا الداخلية البشرية في مرحلة البلاستولا ثم تنميتها في مزارع خلوية[248].

ثانيا: أقسام الخلايا الجذعية الجنينية

تنقسم الخلايا الجذعية بصفة عامة إلى ثلاثة أنواع رئيسية، الخلايا الجذعية البالغة وخلايا الحبل السري والخلايا الجذعية الجنينية وما يهمنا في هذا الموضوع هو النوع الأخير من هذه الخلايا، أي الخلايا الجذعية الجنينية

1- الخلايا الجذعية الجنينية:

تعتبر أيضا النوع المهم، ويتم الحصول عليها من الخلية الجذعية بشكل مباشر، وتوجد في أنسجة الأطفال حديثي الولادة، ولهذه الخلايا قدرة كبيرة على التفاعل مع أي نوع من أنواع الخلايا البشرية الأخرى، حيث تعالج العديد من الأمراض والتي تصل إلى درجة عالية من الخطورة،ومن المعروف أن تكوين الإنسان يبدأ عندما يلقح الحيوان المنوي البويضة، وتتكون نتيجة ذلك خلية وحيدة Zygote لها القدرة على تكوين إنسان كامل بمختلف أعضائه، وتوصف بأنها خلية كاملة الفعالية، تنقسم بعد ذلك إلى خليتين كاملتي القدرة، مما يعني أن أي خلية من هاتين الخليتين لها القدرة على تكوين جنين كامل، وقد تمكن العلماء من فصل هاتين الخليتين وإحاطة كل واحدة منهما بغشاء خاص رقيق شفاف من مواد مستخرجة من أعشاب البحر وبالتالي أمكن لكل واحدة من هذه الخلايا التحول إلى

[248] ليلى بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، المرجع السابق، ص ص 1467 – 1468.

المتماثلة، أما إذا تركت خلية الزيجوت تنقسم كما يحدث في الوضع الطبيعي فإنها تنقسم انقسامات متتالية، فتتحول إلى كتل من الخلايا المتماثلة، وتشبه في هذه المرحلة الشوكة، ثم يزداد عددها، وتتجوف فتتحول إلى ما يشبه الكرة المفرغة من الداخل وتسمى أنذاك الكرة الجرثومية، أو الأريمة واسمها العلمي البلاستولا Blastula ، ويبلغ عمرها ثلاثة إلى أربعة أيام منذ التلقيح، وتستمر هكذا إلى اليوم السادس أو حتى السابع، ثم تعلق بجدار الرحم بخلايا خارجية ، وهنا تبدأ مرحلة العلقة، وتتكزن البلاستولا من:

1- خلايا خارجية تسمى كتلة الخلايا الخارجية، وهي مجموعة من الخلايا الأكلة والداعمة، والتي تلتصق بالرحم، وتكون فيما بعد المشيمة، وتقوم هذه الخلايا أيضا بتغذية الجنين في جميع مراحله عبر المشيمة والحبل السري

2- خلايا الكتلة الداخلية وهي الخلايا التي تتحول إلى خلايا الجنين المختلفة، والتي تبلغ أكثر من 220 نوع من أنواع الخلايا، ولهذا تسمى الخلايا الجذعية المتعددة القوى والفعالية، وإذا أخذت هذه الخلايا من جنين باكر، أي في مرحلة البلاستولا يمكن أن تتحول إلى أي نوع من الخلايا المطلوبة مثل خلايا عضلة القلب، الجهاز التنفسي، الكبد...[249]

2- الخلايا الجذعية البالغة:

لا تنتج هذا الإنزيم إلا بكميات قليلة أو على فترات متباعدة مما يجعلها محدودة العمر، لا تتمتع بهذه القدرة الكبيرة على التحول، وهذا ما يجعل الخلايا الجذعية الجنينية أفضل من الخلايا الجذعية البالغة، كما يجعل العلوم التطبيقية

[249] لشطر سارة، الخلايا الجذعية في ميزان الشرع والقانون، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس عشر، ص ص 227 – 228.

الأساسية بحاجة إليها في تقنياتها الجديدة المتعلقة بما يسمى بالإستنساخ العلاجي (Le clonage theraputique)[250]

3- خلايا الحبل السري:

والذي يعتبر الدم المتبقي منه ومن المشيمة للطفل بعد الولادة غني جدا بالخلايا الجنينية وهذه الخلايا تستطيع الدخول إلى أي نوع من أنواع الخلايا الموجودة في الجسم والدم[251].

ويرى العلماء أن استخدام هذه الخلايا من هذا المصدر أقل خطورة ومضاعفات من استخدام الخلايا الجذعية المستخرجة من النخاع، وقد ثبت أن هذه الخلايا المستمدة من دماء الحبل السري تختلف عن الخلايا المأخوذة من المشيمة أو من الأجنة المجهضة، كم ثبت أنها تتمتع بقابليتها على مقاومة ظروف التجميد لسنين طويلة، وتكلفة الحصول عليها منخفضة وهي مطابقة تماما للمولود ويستحيل رفضها مستقبلا إن إحتاج إليها هذا المولود[252]

الفرع الثاني: مصادر الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية

يمكن الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية في مرحلة الجنين الباكر، ولها القدرة على إعطاء العديد من أنواع الخلايا وليس كل أنواع الخلايا اللازمة للتكوين الجنيني لأن فعاليتها وقدرتها ليست كاملة، لذلك فهي لا تعتبر أجنة ولا تكون أجنة عند زراعتها في الرحم لأنها غير قادرة على تكوين المشيمة والأنسجة الدعامية الأخرى التي يحتاج إليها الجنين في الرحم أثناء عملية التكوين، ويتم الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من الجزء الداخلي للبلاستوسيت

---

[250] مامون عبد الكريم، حق الطفل في الإستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء والأنسجة المتجددة والإستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، المرجع السابق، ص 313.

[251] يخلف عبد القادر، خضراوي الهادي، مدى مشروعية الإستفادة من الخلايا الجذعية من منظور الفقه الإسلامي والقانون الطبي، المرجع السابق، ص 47.

[252] لشطر سارة، الخلايا الجذعية في ميزان الشرع والقانون، المرجع السابق،ص ص 229 – 230.

(Blastocyte)[253] ونجد من بين أهم المصادر التي يتم منها الحصول على الخلايا الجذعية منها:

أولا: اللقائح الفائضة عن عمليات التلقيح الإصطناعي

تعد الأجنة الفائضة عن الحاجة مصدرا مهما للتطبيب، فقد فتحت أفاقا جديدة للعلاج لم تكن موجودة من قبل، وقد أثبتت هذه الخلايا كفاءتها الفائقة في علاج الكثير من الأمراض المستعصية، حيث أن استخدام الخلايا الجذعية الجنينية التي مصدرها الأجنة الفائضة مصلحة للأحياء، وإنقاذ لهم من هلاك الأنفس[254].

وعلى إعتبار أن مسألة إنتزاع الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة عن عمليات التلقيح الإصطناعي هو من صميم موضوع بحثنا وجب التوسع في هذا النوع من مصادر الخلايا الجذعية، حيث يرى البعض أنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة من عمليات التلقيح الإصطناعي، بل يجب عند إجراء التلقيح الإقتصار على البيضات التي ينوي الطبيب نقلها إلى الرحم، حتى لا يكون الإنسان في أبكر أدواره حبيس المبرد إن لم يحتج إليه، أو مادة للتجربة العلمية كما هو الشأن في حيوانات التجارب[255] ، على إعتبار أن تنمية اللقائح إلى مرحلة الكرة الجرثومية للحصول على الخلايا الجذعية فيه مساس لكرامة الإنسان، لأن هذه اللقائح هي بداية الحياة الإنسانية، وهو في جميع أطوار تخلقه إلى تكونه جنينا مكرما محاطا بالحفظ والصون في الشريعة الإسلامية، فدرء المفاسد وفقا للشريعة الإسلامية مقدم على جلب المصالح، والقول بالجواز يؤدي إلى مفاسد، حيث سيؤدي إلى زيادة حالات التلقيح بقصد الحصول على الخلايا الجذعية وليس

---

[253] مامون عبد الكريم، حق الطفل في الإستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء والأنسجة المتجددة والإستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، المرجع السابق، ص 313.

[254] أحمد داود رقية، أخلاقيات أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، العدد 15، جانفي 2016، ص 118.

[255] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية، المرجع السابق، ص 220.

الحصول على الولد بالنسبة للزوجين العقيمين، وقد يتعدى ذلك إلى إجرائه بين غير الزوجين[256]

ويرى البعض الأخر من الباحثين جواز تنمية اللقائح الفائضة من عمليات الإخصاب الإصطناعي للحصول على الخلايا الجذعية ويستدلون بأن البويضة الملقحة التي لم تبلغ 15 يوما من عمرها لا تعرف بعد أي تمييز خلوي Cellulaire وهي ما زالت في هذه المرحلة تتكون من عدة خلايا لم تتميز عن بعضها بعض، حيث تبدأ منذ اللحظة الأولى، النطفة الأمشاج بالعمل الجاد، فتبدأ في الإنقسام الخلية الواحدة تصبح خليتين، والخليتان تنقسم إلى أربع وهكذا حتى تتكون مئات الخلايا، فتكون على هيئة ثمرة التوت Marilla (بيضة توتية) وخلال أسبوع تكون النطفة الأمشاج أي التوتة قد وصلت إلى الرحم، وهناك تتعلق بجدار الرحم الذي يكون قد استعد لإستقبالها، ومن ثم فلا يوجد لدى البويضة في هذه الفترة خلايا عصبية، أو حتى بداية لها يمكن أن تنقل الإحساس بالألم إلى البويضة، فالإحساس أو الشعور مفقود تماما لدى البويضة في هذه الفترة[257].

لذلك لا تعد أدميا، وليس في الإستفادة منها في الحصول على الخلايا الجذعية قتلا لها ولا إيذاء لأدمي في ذاته، ومن قواعد الشريعة الإسلامية أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف أو يختار أهون الشرين، وبالنظر إلى الإستفادة من اللقائح الفائضة من عمليات التلقيح الإصطناعي، يلاحظ أن الأطباء ذكروا مصالح كثيرة من الإستفادة من هذه اللقائح في الحصول على الخلايا

[256] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ص 245 – 246.

[257] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص ص 125 – 126.

الجذعية، لمعالجة الأمراض، وهذه المصالح تتفوق على مفسدة إتلاف هذه اللقائح[258]

كما قرر أيضا المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة سنة 2003 بأنه يمكن الحصول على الخلايا الجذعية من مصادر عديدة منها الجنين الباكر في مرحلة الكرة الجرثومية (البلاستولا)، وهي الكرة الخلوية الصانعة التي تنشأ منها مختلف خلايا الجسم، وتعتبر اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب هي المصدر الرئيس، كما يمكن أن يتم تلقيح متعمد لبيضة من متبرعة وحيوان منوي من متبرع للحصول على لقيحة، وتنميتها إلى مرحلة البلاستولا، ثم استخراج الخلايا الجذعية منها[259]

ثانيا: استنساخ الأجنة

يقصد بذلك استنساخ كائنات حية لأخذ خلايا جذعية (stem cells) ولا يسمح لها للوصول إلى تخليق كائن حي كامل، وأهمية هذه الخلايا تنبع من قدرة هذه الخلايا في إنتاج أي خلايا أو أعضاء كالكلية والكبد والخلايا الدموية والتي يرجى في استخدامها علاج الكثير من الأمراض التي لا يوجد لها علاج شاف، ولقد قامت إحدى الشركات العلمية في ولاية ماسيشيوستز بالولايات المتحدة الأمريكية (Technologies Advanced cell) في شهر نوفمبر من عام 2001 بالإعلان عن محاولة ناجحة لإستخلاص خلايا جذعية من أجنة مستنسخة وذلك بعد أن قامت باستخدام 8 بويضات بشرية تم تفريغها من نواتها ثم زرع بداخلها

[258] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 246.

[259] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

نوى خلايا من الجلد، ولقد نجحوا في إنتاج خلايا جذعية من بويضة واحدة بينما فشلت البويضات السبعة[260].

ثالثا: المشيمة والحبل السري

يحتوي كل من المشيمة والحبل السري على العديد من الخلايا الجذعية وبما أنه يتم التخلص منهما بعد الولادة، فالاستفادة منهما أحسن من إهدارهما.

رابعا: السائل الأمينوسي

يحتوي على نسبة واحد بالمائة من الخلايا الجذعية المتميزة بخاصية القدرة على التحول إلى أي نوع من الخلايا الوظيفية، وخاصية التجدد، ويمكن استخدام الخلايا الجذعية المأخوذة من السائل لتشكل خلايا جديدة لاستخدامها في أغراض علاجية[261].

الفرع الثالث: طرق الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية

يسعى العلماء والأطباء دائما في البحث عن طرق وأساليب جديدة تمكنهم من الحصول على هذه الخلايا السحرية التى وصفت بهذا الوصف لقدرتها الهائلة في علاج مختلف الأمراض والعلل وخاصة مرض ضعف الخصوبة الذي نحن بصدد دراسته.

أولا: طريقة Dr. James A.thomson من جامعة "ماديسون ويسكونسين" الأمريكية، وهو أول من استطاع في فيفري 1998 عزل الخلايا الجنينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية في مرحلة البلاستولة Plastocyte، وبعد ذلك تم عزل هذه الخلايا وتنميتها في مزارع خلوية منتجا خطوطا خلوية من

---

[260] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، المرجع السابق، ص ص 153 – 154.

[261] شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 102 – 103.

الخلايا الجذعية، وفعلا تحول بعض من هذه الخلايا إلى أنواع من الأنسجة المختلفة[262]

ثانيا: طريقة الدكتور(Gearhart) من جامعة Jhons Hopkins حيث عزل الخلايا من الأنسجة الجنينية التي حصل عليها من الأجنة المجهضة بعد أن حصل على موافقة المتبرعين وقام الدكتور جيرهارت بأخذ الخلايا من المنطقة التي تكون الخصي أو المبايض في الجنين لاحقا، وتعرف هذه الخلايا بالخلايا الجرثومية الأولية PGC وقد كونت هذه الخلايا خطوطا خلوية مستمرة من الخلايا الجنينية، وقد توصل إلى هذه الطريقة في نفس الشهر الذي توصل فيه تومسون لطريقته (نوفمبر 1998)[263].

ثالثا: طريقة الإستنساخ العلاجي تقوم على نقل أنوية الخلايا الجسدية لعزل الخلايا الجذعية متعددة الفعالية[264]، حيث قام العلماء بأخذ بويضة حيوان طبيعية وأزالوا النواة منها، وبعد ذلك وتحت ظروف معملية خاصة أخذت نواة من خلية جسدية غير البويضة والحيوان المنوي لنفس النوع ودمجت مع البويضة منزوعة النواة، فكونت خلية جديدة تتميز بأنها ذات قدرة كاملة على تكوين كائن حي كامل، وعليه فهي خلايا كاملة الفعالية، وهذه الخلايا تنمو إلى طور البلاستولا، وخلايا الكتلة الداخلية، ويمكن أن تكون مصدرا للخطوط الخلوية، وهذه الطريقة تتبع تقنية الإستنساخ المعروفة نفسها، إلا أن الهدف من هذه الطريقة ليس إنتاج كائن حي كامل، وإنما الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية لإستخدامها في العلاج، وتمتاز هذه الطريقة بأن الخلايا الجذعية الناتجة متطابقة جينيا مع الفرد الذي أخذت منه

---

[262] يخلف عبد القادر، خضراوي الهادي، مدى مشروعية الإستفادة من الخلايا الجذعية من منظور الفقه الإسلامي والقانون الطبي، مجلة بحوث، العدد 11، الجزء الثالث، جامعة الجزائر، ص 47.

[263] لشطر سارة، الخلايا الجذعية في ميزان الشرع والقانون، المرجع السابق، ص ص 230 – 231.

[264] لشطر سارة، الخلايا الجذعية في ميزان الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 115.

النواة وزرعت في البويضة مما يحل مشكلة رفض الأنسجة من قبل الجهاز المناعي، كما تعتبر البويضة المخصبة من الخلايا الجذعية الأكثر بدائية والأكثر قدرة، إذ لديها القدرة على تكوين أي نوع من الأنسجة داخل الجسم[265]

الفرع الرابع: موقف التشريعات المقارنة من العلاج بالخلايا الجذعية الجنينية

تعتبر بريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا، وكندا من المناصرين والمؤيدين للقيام بتجارب العلاج بالخلايا الجذعية الجنينية، وقد أجاز البرلمان البريطاني منذ سنة 1990 القيام بالبحوث على الأجنة البشرية، كم أن تقرير هيئة الإخصاب والأجنة البشرية في 1998/12/08، وتقرير مؤسسة روزلين في 2000/08/01، طالبا بالموافقة على الإستنساخ البشري للأغراض العلاجية، وذلك بإستخدام الخلايا الجذعية الجنينية، وهو ما تميل إليه الحكومة البريطانية، منذ سنة 2000 التي تنطلق من فكرة اللامحدودية في البحث العلمي ومجالات المعرفة.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، أجازت المعاهد الوطنية للصحة في تقريرها بتاريخ 2000/11/21 استخدام الخلايا الجذعية الجنينية البشرية لأغراض البحث في أمريكا وخاصة منها الخلايا الجذعية متعددة القدرات، وفي أستراليا وافقت الحكومة الإتحادية في سنة 2001 على إذن موحد يسمح بالإستنساخ العلاجي عن طريق استنساخ الخلايا الجذعية البشرية لأغراض البحوث الحيوية الطبية، علما بأن هناك الكثير من رجال العلم والدين والسياسة والأخلاق في هذه البلدان قد عارضت بشدة تجارب قتل الأجنة البشرية، واستنساخها لإستخدامها في البحوث الطبية والبيولوجية[266].

---

[265] لشطر سارة، الخلايا الجذعية في ميزان الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 231.

[266] مامون عبد الكريم، حق الطفل في الإستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء والأنسجة المتجددة والإستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، المرجع السابق، ص ص 315 – 316.

الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري من تقنية العلاج بالخلايا الجذعية

أمام تزايد الأخطار التي تهدد الكائن البشري نتيجة للإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية والممارسات الطبية التي باتت تخفي ورائها خصوصيات وأسرار الكائن البشري وبروز تقنية العلاج بالخلايا الجذعية الجنينية، هذا العلاج الذي قد يمس لا محالة بالحماية المقررة للجنين.

حاول المشرع الجزائري مواكبة تلك التطورات والتشريعات الحديثة في مجال الهندسة الوراثية والمساعدة الطبية على الإنجاب ووضع الضمانات الكفيلة بحماية الذات الإنسانية[267]، حيث تدخل بموجب قانون الصحة رقم 18- 11 ومن خلال الفصل الرابع منه تحت عنوان البيو أخلاقيات والتي يعني بها المشرع كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب وفي القسم الأول من هذا الفصل نجده قد نص في المادة 361 على الأحكام القانونية المتعلقة بنزع الخلايا الجذعية حيث نصت المادة على أنه " يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي.

يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل إستثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو

[267] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 256.

ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي."

يستشف من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري سمح بالعلاج بنوع واحد من أنواع الخلايا الجذعية وهي الخلايا الجذعية المكونة للدم مع تحديده الدقيق للأشخاص الذين يمكن لهم الإستفادة من هذا التبرع بهذا النوع من الخلايا، كما أن المشرع الجزائري قد أحاط هذه العملية بأحكام جزائية ردعية في حالة مخالفة أحكام المادة 361، حيث نص في الباب الثامن من قانون الصحة السالف الذكر على الأحكام الجزائية المتعلقة بمخالفة المادة ، بحيث نصت المادة 431 على أنه " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات."[268]

المطلب الثالث: الأهداف البحثية والعلمية للأجنة المجمدة

يرى بعض الباحثين أن الدراسات والتجارب على الأجنة الآدمية سوف تفيد في مجالات علاج ضعف الخصوبة، وفي معرفة بعض أسرار ما يصيب الأجنة من تشوهات، كما يقولون بإحتمال استعمال الأعضاء أو الأنسجة الجنينية بدلا من الأعضاء التالفة في الأطفال أو الكبار، ولهذا وجد بين العلماء من يؤيد فكرة التجارب على الأجنة البشرية، إذ يرون أن الأخلاقيات في نظرهم يجب أن تواكب التقدم والإنطلاق العلمي في كل مجال، ولهذا ومن خلال هذا المطلب سنحاول الوقوف على بعض الضوابط القانونية والشرعية التي تضبط إجراء التجارب العلمية على الجنين.

[268] أحكام قانونية مستمدة من مواد قانون الصحة رقم 18 – 11.

الفرع الأول: حماية الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي في ظل التجارب العلمية والبحثية

إن التجارب الطبية المطبقة على الأجنة البشرية تعتبر من أهم نتائج الثورة العلمية الهائلة التي تشهدها العلوم الطبية البيولوجية وعلم الإنجاب، لتصبح الأجنة البشرية محلا للعديد من الأبحاث والتجارب ذات الأغراض المختلفة، منها ما تهدف إلى علاج الجنين نفسه، ومنها ماهي ذات طابع تجريبي بهدف اكتشاف طرق علاج مستحدثة وأدوية جديدة[269]، ولعله من بين الآثار التي ترتبت على عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي هو وجود فائض من البيضات الملقحة، يحتفظ بها مجمدة، ومن المعلوم أن الأطباء يحرصون على إفراز أكبر عدد من البيضات بواسطة العقاقير، وقد ذكر أحد الباحثين أنه أمكن استخراج خمسين بيضة من إمرأة واحدة، وأن أحد مراكز أطفال الأنابيب كان لديه أكثر من ألف ومئتي جنين فائض أودعت الثلاجة وجمدت، لكن يبقى السؤال المطروح عن مصير هذه البيضات الملقحة الزائدة والمجمدة، هل بإمكان العلماء إستغلالها في التجارب العلمية والبحثية؟[270]

قبل الخوض في الإجابة عن هذا السؤال أردنا إبراز بعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بالتجارب العلمية، ومسألة ما إذا كان الغرض من التجربة علاج للجنين نفسه، أم أن الغرض من التجربة هو منفعة أناس آخرين؟

[269] سارة عيادي، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللقائح البشرية – القانون الفرنسي نموذجا – ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة عنابة، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 857.

[270] ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة بنوك الحيامن المنوية بنوك البيضات والجينات، المرجع السابق، ص 1376.

أولا: مفهوم التجربة الطبية:

التجربة الطبية هي جمع معطيات علمية، للكشف عن فرض من الفروض لأغراض علمية، أو للتحقق من صحتها، وهي جزء من المنهج البحثي التجريبي على الإنسان، وهي تختلف بحسب الغرض أو القصد العام من إجرائها علاجية أو علمية محضة، أو عمليات جراحية تجريبية غير مسبوقة مغايرة للعرف الطبي[271]

ثانيا: أنواع الأجنة الفائضة عن عمليات التلقيح الإصطناعي

1- الجنين المخصص للأبحاث:

يقصد بالأجنة المخصصة لإجراء الأبحاث تلك التي يتم تجميدها وإعدادها منذ البداية لتكون محلا للأبحاث المتخصصة بهدف الوصول إلى علاج بعض الأمراض أو إكتشاف أسبابها[272]، وما يلاحظ هنا هو أن التلقيح الإصطناعي قد خرج عن هدفه الذي وجد من أجله وهو التغلب على مشكل ضعف الخصوبة، وهو الهدف الذي يبرر مشروعيته[273]، ولذلك أدانت اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا الإخصاب الإصطناعي[274] بهدف إجراء التجارب والأبحاث، واعتبرته

---

[271] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

[272] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، المرجع السابق، ص 217.

[273] المادة 370 من قانون الصحة 18 – 11 " المساعدة الطبية الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الإصطناعي"

[274] نشير فقط إلى أن فرنسا كانت قد رفضت هذه التجارب على الجنين بمقتضى قوانين البيوتيك سنة 1994 لكنها عادت ترخيصه في يونيو 2002، بحيث طالبت العديد من الجمعيات الفرنسية بالسماح للمخابر بأن تمكن من إجراء التجارب العلمية على الأجنة، وأن يرخص أيضا بممارسة الإستنساخ العلاجي، كما أن أكاديمية الطب الفرنسية كانت قد أعادت نفس النداء الذي وجهته في سنة 1996 والذي ناشدت فيه النواب من أجل منح الحرية الواسعة للبحث العلمي في استخدام الأجنة الزائدة التي لا يطالب بها أحد وحذرت البرلمان من تقهقر البحث الفرنسي الذي يكون سببه السياج القانوني. نقلا عن عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2177.

عمل غير أخلاقي لأنه يتعارض مع كرامة الإنسان[275]، وحمايته من التدخلات الطبية غير المشروعة، والحق في احترام الكرامة الإنسانية هو أيضا مبدأ مطلق وغير قابل للتنازل عليه وهو حق مقدس وغير مقيد Principe inderogeable [276]، ومن ناحية أخرى، فإن الطبيب الذي يقوم بسحب بويضة من رحم امرأة لتلقيحها في أنبوب اختبار قد تعدى على سلامة مريضته الجسدية بدون هدف علاجي، ويعتبر بذلك قد خالف أصول وواجبات مهنة الطب، لأن ذلك سيحول تطور الحياة الإنسانية إلى مجرد مادة للبحث، وتحول الجنين ذاته إلى مجرد شئ قد يباع ويخترع[277]، فيجب إذن الإمتثال لحرمة الجنين حيا كان أو ميتا، وبالتالي تجنب النظر إليه كمادة مخبرية، فإذا كان الجنين ميتا وجب تقدير الحياة التي كانت بكيانه، أما إذا كان حيا فلأن أسباب وجود الإنسان كاملا هي حاضرة بمجمل تكوينه[278]، وإذا كان البعض الأخر يعارض هذا الرأي، ويرى أن كون البويضة الملقحة قد وجدت بطريقة عارضة، أي زائدة بعد نجاح عملية الزرع، أو تم تلقيحها بهدف إجراء التجارب عليها ليس لها أي أهمية في هذا الشأن فالبويضة الملقحة ليس لها في كلتا الحالتين أي فرصة للحياة، لكن القياس يبدو غير صحيح إذا نظرنا إلى كل من البويضتين قبل حدوث عملية التلقيح، فالبويضة الزائدة قد وجدت أصلا لزيادة فرص نجاح الحمل للزوجة صاحبة البويضة، فالتلقيح إذن قد تم لصالح الزوجين، وبهدف التغلب على أثار العقم، أو على الأقل الحد منه، ومن ثم يبدو التلقيح هنا مبررا تماما والعمل الطبي قد أجري في هذه الحالة لمصلحة

---

[275] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 121.

[276] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 15.

[277] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 122.

[278] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2149.

الجسم البشري الذي خضع له، أما التلقيح بهدف إجراء البحوث والتجارب فلا يهدف إلى تحقيق مصلحة المرأة صاحبة البويضة التي تعاني من العقم، وإنما لمصلحة العلم وبالتالي الخروج على مبدأ عدم القيام بأي عمل طبي على جسم الإنسان إلا إذا كان يقدم مصلحة مباشرة لجسم المريض، ولا يجوز أبدا التعلل بنبل الغاية من الأبحاث والتجارب، لأن الغاية لا تبرر دائما الوسيلة[279]

2- الجنين الإحتياطي:

هو ما دفعت لوجوده ضرورة عملية، تتمثل في زيادة فرص الحمل لدى المرأة في حال ما لو فشلت العملية الأولى تكون الأجنة الإحتياطية جاهزة لتكرار العملية، فإذا كان لابد من وجود فائض من الأجنة لضمان نجاح العملية فهنا يثور السؤال عن مدى جواز إجراء التجارب العلمية على الأجنة الفائضة في حال نجاح عملية الزرع الأولى[280]، وبالنظر إلى صعوبة وجود حل مرضي لإشكالية الأجنة الزائدة، وغياب الحل العلمي لتحضير البيضة الملقحة وزرعها بنجاح منذ الوهلة الأولى يبقى البحث في إيجاد المركز القانوني الحقيقي للجنين هو السبيل الوحيد في التعامل مع البويضة الملقحة فلا هم رقوا الجنين إلى درجة الإنسانية، ولا هم أخضعوه إلى القواعد التجارية ليمكن بيعها أو التصرف فيها، ومن هنا أصبحنا نتساءل إن كنا بصدد فصيلة جديدة لا هي بالأشخاص ولا هي بالأشياء؟ وطبيعي أن هذا الغموض في تكييف الطبيعة القانونية للجنين بين المادية والإنسانية يرجع إلى أن المقومات الوراثية ذاتها لا تصنع الإنسان، ثم إن الجنين ليس مستقلا بنفسه، فلا ينمو إلا داخل جسم أخر هو مرتبط به ارتباطا عضويا وحيويا يجعل الجنين وكأنه ملكية للأم وحدها، إضافة إلى ذلك لا يوجد أي نص على المستوى

---

[279] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 122 – 123.

[280] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية، المرجع السابق، ص 217.

الدولي يكرس إنسانية الجنين[281]، فالموضوع مرتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة البويضة الملقحة، وما إذا كانت شيئا أو شخصا كامنا أو على الأقل محتملا، والقول بأن البويضة الملقحة مجرد شئ أو مادة يؤدي بنا إلى القول بإجازة كافة أنواع الأبحاث والتجارب التي يمكن أن تجرى عليها، أما القول بأن البويضة تعتبر شخص كامن فإنه يؤدي بنا إلى منع كافة أنواع الأبحاث والتجارب العلمية، فالبويضة ليست مادة للبحث، وإنما هي مشروع إنسان يجب أن تحترم تماما كالأشخاص البشرية[282].

3- الجنين الدواء:

إنه من بين الممارسات والأساليب الطبية الحديثة على الجنين الآدمي هو اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي بغية زرع أجنة واستخدامها كوسيلة تجريبية لعلاج الأمراض المستعصية، حيث أطلق مؤخرا مصطلح جديد وهو الجنين الدواء أو الرضيع الدواء Bébé médicament وقد انتشرت تجربة الجنين الدواء في عدة دول من بينها اسبانيا التي أحدثت فيه ولادة javier الجنين الدواء في اسبانيا في مستشفى بإشبليا ضجة كبرى بين المعارضين والمؤيدين لهذه العملية، ذلك لأن ولادة javier لم تكن طبيعية، وإنما كانت مبرمجة عن طريق التلقيح الإصطناعي خصيصا لمحاولة علاج أخيه Andrés البالغ من العمر سبع سنوات والمصاب بأحد أخطر أمراض الأنيميا Anémie congénitale وقد تم إختيار من ضمن عدد من البويضات الملقحة واحدة لا تحمل جينات هذا المرض الوراثي وتتوافق مع الخريطة الوراثية لأندري، وبعد ذلك تم زراعتها في رحم الأم، وعند الولادة تم سحب دم الحبل الس إلى أشكال خلوية متخصصة الذي

[281] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص 2183.

[282] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 122.

يحتوي على خلايا قادرة على التميز وتم زرعه في نخاع Andrés وبعد العملية التي تمت في شهر جانفي 2009 صرح فريق أطباء أمراض الدم في مستشفى Virgen del Rocio de Séville بأن Andrés قد شفي من مرضه[283]

الفرع الثاني: الحدود الشرعية للحماية الواجبة للمضغ البشرية من إجراء التجارب الطبية عليها

تعتبر مسألة الإستفادة من إجراء التجارب الطبية على الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الإصطناعي من المسائل المستحدثة في الشريعة الإسلامية، حيث يعتبرها الفقهاء من النوازل الطبية ، ولذلك كانت أرائهم متباينة من المسألة، واختلفت أرائهم في هذا الصدد إلى اتجاهات مختلفة على حسب نظرة كل واحد منهم إلى بداية الحياة البشرية ، وما هو الحكم الشرعي المتوصل إليه حسب كل إتجاه من استخدام البويضات الملقحة خارج الرحم كمحل لإجراء التجارب الطبية عليها ؟

أولا: مسألة بداية الحياة الإنسانية:

مما لا شك فيه أن الإنسان يتمتع بشخصية قانونية فترة وجوده أي مدة حياته، تلك الفترة تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة فالولادة والوفاة واقعتان قانونيتان هامتان، وقبل ولادة الإنسان يكون جنينا في بطن أمه، وللجنين مركز قانوني خاص[284] وللبحث في الحماية الشرعية للمضغ البشرية يستلزم بالضرورة البحث عن البداية الحقيقية للحياة الجنينية لإقرار الحماية اللازمة لها، ومن أجل توضيح هذه المسألة وجب علينا عرض الآراء التي قيلت بشأن بداية الحياة البشرية.

---

[283] عبد الحفيظ أوسوكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، المرجع السابق، ص ص 2180 – 2181.

[284] أسحق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 216.

1- الرأي الأول:

يرى بأن الحياة البشرية تبدأ منذ لحظة الإخصاب، أي منذ لحظة إلتحام الجرثومة المنوية بالبويضة، لذلك نادى أصحاب هذا الرأي بحماية الجنين منذ لحظة الإخصاب، ويرون بأن الأجنة الفائضة عن الحاجة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى ومن ثم لا يجوز إجراء التجارب العلمية عليها، واستندوا في تبرير رأيهم إلى أن البويضات الملقحة الزائدة عن حاجة أصحابها في عمليات التلقيح الإصطناعي هي أجنة بالعرف العلمي والشرعي، وبما أنها أجنة فيجب أن يكون طريقها ما خلقت له وهو العلوق في رحم الأم إذا فشلت عملية الزرع الأولى، وإذا نجحت فليتم زرع جديد في الوقت المناسب، ولكن لا يجوز قتلها ولا الإستفادة منها في إجراء التجارب العلمية ما دامت أنها ستكون إنسانا كاملا ولو احتمالا، كما استندوا في رأيهم أيضا إلى مسألة قياس إتلاف البيضة الملقحة في عملية التلقيح الإصطناعي على جريمة الإجهاض التي لا تشترط لقيامها مضي وقت معين بل تعتبر الجريمة قائمة ولو تم الإجهاض في الساعات الأولى على البيضة الملقحة[285] كما يؤيد هذا الرأي أيضا ما جاء في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام سنة 1983 بأن الجنين حي منذ بداية الحمل، وأن حياته محترمة في كل أدواره، وأنه لا يجوز الإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى، كما اعتبرت منظمة العلوم الطبية الإسلامية في ندوتها الثانية حول موضوع الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها بأن الحياة تبدأ منذ التحام الحيوان المنوي بالبويضة هذا الإلتحام المكون للبويضة الملقحة التي تحتوي على الحقيقة الوراثية الكاملة للجنس البشري، وتشرع في الإنقسام لتعطي الجنين النامي المتطور من خلال مرحلة الحمل إلى مرحلة الميلاد[286].

[285] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية، المرجع السابق، ص 220.

[286] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص212.

2- الرأي الثاني:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الحياة الجنينية تبدأ بعد مرحلة معينة من مراحل تكوين الجنين واستندوا إلى فكرة نفخ الروح كأساس لموقفهم، لكنهم اختلفوا في هذا الأساس الذي بنوا عليه رأيهم فمنهم من يرى أن الحياة تبدأ بعد مرور مئة وعشرون يوما على الحمل وبالتالي تبدأ معها صفة الكائن البشري فلا يجوز التعدي عليه بأي ممارسة من الممارسات الغير مشروعة، في حين رأى جانب أخر أن نفخ الروح يكون بعد الأربعين يوما[287]، واستند الفريقين في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن زيد بن وهب قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: " حدثنا رسول الله صلى الله عليه وأله وسلم: وهو الصادق المصدوق قال: إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا[288] فيؤمر بأربع كلمات[289] ويقال له اكتب عمله ورزقه[290] وأجله[291] وشقي أو سعيد[292] ثم ينفخ فيه الروح[293] فإن الرجل منكم ليعمل حتى ما يكون بينه وبين الجنة إلا ذراع فيسبق عليه كتابه فيعمل بعمل أهل النار ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة"[294].

---

[287] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص214.

[288] إليه في الطور الرابع حين يتكامل بنيانه وتتشكل أعضاؤه.

[289] يكتبها.

[290] غذاءه حلالا أو حراما قليلا أو كثيرا وكل ما ساقه الله إليه لينتفع به كالعلم وغيره.

[291] طويلا أو قصيرا.

[292] حسب ما اقتضت حكمته وسبقت كلمته.

[293] خلقه الله أطوارا لتعتاد الأم وليظهر قدرته سبحانه وتعالى حيث قلبه من تلك الأطوار إلى كونه إنسانا حسن الصورة متحليا بالعقل ولينبه ويرشد على كمال قدرته على الحشر والنشر.

[294] مصطفى محمد عمارة، جواهر البخاري وشرح القسطلاني 700 حديث مشروحة، المكتبة التجارية الكبرى، د س ط، ص ص 336 – 337.

فالمقصود بالحياة هنا هو مصدرها وأساسها وهو الروح أما بالنسبة للمرحلة التي تسبق مرحلة نفخ الروح فقد اختلف الفقهاء في مسألة الوضع القانوني للجنين فلا خلاف بين الفقهاء بأن الإنسان يمر على مرحلتين المرحلة الأولى تكون منذ إلتحام الحيوان المنوي مع البويضة ويطلق عليها الحياة البيولوجية وتستمر إلى المرحلة الثانية وهي مرحلة نفخ الروح أو حياة الروح، بغض النظر على الإختلاف الواقع بينهم في توقيت نفخ الروح إما أربعين يوما أو مائة وعشرون يوما، وبالنسبة لعملية تجميد المضغ البشرية بالمختبر، فلا يمكن أن تكون إلا في مرحلة الحياة البيولوجية وأن المحرك الأساسي من هذه الحياة ليس الروح وإنما البيولوجيا الحية التي أودعها الله عز وجل في الخلايا المكونة لها وهذا النوع من الحياة يكون كمقدمة لبداية حياة الروح، وفي هذا الصدد يرى العلامة سعيد رمضان البوطي أن محصول الحمل في أيامه الأولى أي قبل مضي أربعين يوما شئ لا يتمتع بذلك النوع من الحياة التي تنبت فيه بعد مرور أربعة أشهر، والتي هي قوام الإحساس والشعور قصارى ما في الأمر أن هذا المحصول يتمتع بحياة بسيطة جدا هي تلك التي يسمونها بالحياة النباتية أو الجرثومية[295]

كما يرون بأن الأجنة الفائضة عن عمليات التلقيح الاصطناعي ليس لها حرمة شرعية من أي نوع ولا إحترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم، ومن ثم يجوز إجراء التجارب العلمية عليها واستندوا في تبرير هذا الإتجاه إلى أن الأجنة الزائدة عن عمليات التلقيح الإصطناعي ليست أجنة بالمعنى الدقيق، وذلك لأنها أبعد مدى عن زمن نفخ الروح، والجنين قبل نفخ الروح ليس أدميا ولا جزءا من أدمي، وإنما هو مخلوق في طور الإعداد لإستقبال الروح التي تصيره أدميا،

[295] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص ص 213 – 214.

كما أن إتلافها بإجراء التجارب العلمية عليه لا يستلزم كشف العورات، ولا يتسبب في معاناة جسدية للمرأة التي أخذت منها البيضة، فكل ما يتم من تخصيب في أنابيب الإختبار مقدمات مهدرة ما لم تصل إلى نتائجها داخل الرحم، كما استندوا أيضا إلى أن هذه الأجنة الفائضة لا يترتب عليها شئ من الأحكام الفقهية التي ترتبط بالجنين أو السقط، حيث ربط بعض الفقهاء الأحكام بنفخ الروح، وبعضهم بالتخلق واستبانة خلق الآدمي، ولم يأت مناط شرعي لربط الأحكام الفقهية بالبيضة المخصبة ومن النصوص التي توضح ذلك ما جاء في بدائع الصنائع " وإن لم يستبن من خلقه فلا شئ فيه لأنه ليس بجنين، وإنما هو مضغة"، كما جاء في المغني " فإن أسقطت – أي الأم– ماليس فيه صورة أدمي فلا شئ فيه لأنا لا نعلم أنه جنين، وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة، وإن شهدن أنه مبتدأ خلق أدمي لو بقي تصور ففيه وجهان: أصحهما: لا شئ فيه لأنه لم يتصور، فلم يجب فيه كالعلقة، ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، والثاني: فيه غرة لأنه إبتداء خلق أدمي فأشبه ما لو تصور... وهذا يبطل بالنطفة والعلقة"[296].

3- الرأي الثالث:

يرى أنه يجوز استخدام البويضات الملقحة خارج الرحم كمحل لإجراء التجارب الطبية ولكنه يقيده بشرط الغرض العلاجي، وهو ما أقره المؤتمر الدولي الأول، والذي نص على أن: " الأبحاث التي تجرى على البويضات المخصبة لا بد أن تقتصر على الأبحاث العلاجية وتكون بالموافقة السابقة الواعية للزوجين..."، كما جاء في توصيات ندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم بأنه: "يمكن عند الضرورة القصوى فقط الإستفادة بهذه

[296] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية، المرجع السابق، ص ص 222- 223.

البويضات المخصبة والبويضات المجمدة الزائدة في إجراء البحوث الطبية على طرق الحفظ وعلاج العقم بشرط الحصول على الموافقة الحرة الواعية المسبقة من الزوجين..."[297].

4- رأي الباحث:

أرى بعض الواجب علي كباحث في الموضوع أن أنبه إلى الفراغ التشريعي الواقع في مثل هذه المسألة والمتعلقة بعدم التنصيص عل جريمة الإعتداء على الجنين المخبري بجريمة مستقلة عن جريمة إجهاض الجنين في بطن أمه، لأن القياس على هذه الجريمة قياس غير صحيح لأنه يفتقد لأهم ركن في قيام جريمة الإجهاض وهو وجود حمل.

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الحماية القانونية المقررة للمساس بالأجنة الملقحة مخبريا

لقد أدركت مختلف دول العالم ضرورة بسط الحماية القانونية على الجنين الذي أصبح مجالا خصبا لإجراء التجارب الطبية عليه، بل وأكثر من ذلك أصبح سلعة بين تجار الدواء يباع ويشترى ولهذا أصبح من الضروري تقييد هذا التطور بمجموعة من الضوابط التشريعية التي تضفي حماية قانونية على هذا الكائن البشري، هذا ما سيتم التعرف عليه من خلال بعض التشريعات المقارنة التي نصت تشريعاتها على ذلك.

أولا: موقف القانون الفرنسي:

نستشف من خلال القانون الفرنسي أنه مر بموقفين الموقف الأول يظهر من خلال استقراء نص المادة 209-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي والمضافة

[297] سارة عيادي، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللقائح البشرية – القانون الفرنسي أنوذجا – ، المرجع السابق، ص 856.

بمقتضى المادة الأولى من القانون 88-1138[298] ، حيث نجدها قد أباحت إجراء الأبحاث على المرأة الحامل ولو لم يكن البحث المزمع القيام به منطويا على هدف علاجي مباشر، طالما لم يكن هناك خطرا متوقعا على الأم الحامل أو على اللقيحة المحمول بها، في حين نصت المادة 152 من قانون الصحة العامة صراحة على عدم جواز تخليق أجنة متى كان الهدف منها هو إجراء التجارب والأبحاث العلمية، كما أضافت المادة 152- 3 أنه لا يجوز تخليق جنين في أنبوبة إلا إذا إرتبط ذلك بغايات المساعدة الطبية على الإنجاب، ووفقا للمادة 152- 2 فإنه لا يجوز تخليقه إلا من خلال الخلايا الجرثومية الناضجة الخاصة بالزوجين لا غير، كما وضحت لنا المادة 152- 1 المقصود بالمساعدة الطبية على الإنجاب وذلك بنصها على " تكمن المساعدة الطبية على الإنجاب في الممارسات الإكلينيكية والبيولوجية التي تسمح بالحمل في الأنابيب، وزرع الأجنة، والتلقيح الإصطناعي، وكل تقنية أخرى ذات أثر معادل تسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي لعملية الإنجاب ".

أما عن الموقف الثاني للمشرع الفرنسي فكان بعد تعديل قانون الصحة العامة بموجب القانون 800- 2004 الصادر في 6 جوان 2004 المتعلق بالطب البيولوجي، حيث سمح المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون إجراء التجارب والأبحاث على البويضات الملقحة والخلايا الجذعية، وذلك بنص المادة 2151-5، كما سمح أيضا بإنشاء بويضات ملقحة من أجل البحث والدراسة، وذلك متى توفرت الشروط المتمثلة في الحصول على ترخيص من قبل وكالة الطب البيولوجي، والحصول على الموافقة المكتوبة للزوجين، بعد منحهم مهلة ثلاثة أشهر للتفكير واتخاذ القرار، وجوب أيضا إجراء هذه التجارب من قبل طبيب

[298] Loi n 88-1138 du 20 décembre 1988 relative a la protection des personnes qui se prêtent a des recherches biomédicales,1,J.O.22 décembre 1988,j.c.p.n2.11-1-1989,textes 62199.

مؤهل وداخل المؤسسات المرخص لها، كما بسط القانون المدني الفرنسي هو الأخر حماية قانونية للجنين المخبري، حيث نصت المادة 16-1 منه على أنه تمنع كل محاولة لتحسين النسل بطريق تنظيم عمليات الإنتقاء للأشخاص، كما أضافت المادة 16-4 منه أنه " لا يجوز اجراء أي تحويل للخصائص الجينية بغرض إجراء تعديل في ذرية الشخص، فيما خلا الأبحاث التي تتم بغية الوقاية والعلاج للأمراض الجنينية"، كما أجاز المشرع الفرنسي إجراء الأبحاث والتجارب على الأجنة المجهضة، سواء لأغراض تشخيصية أو علاجية أو علمية، وسواء كان الإجهاض ناتجا عن سبب طبي أو كان بطلب من الأم، واشترط إعلام الأم بهدف التجربة، والحصول على موافقة كتابية منها، وكذا إخضاع التجربة لرقابة وكالة الطب البيولوجي[299]

ثانيا: موقف القانون البريطاني

نص القانون البريطاني الصادر في 1990/11/01 والمعدل سنة 2001 وسنة 2008[300] من خلال المادة 15 الفقرة الرابعة على أنه: " يحظر حفظ واستخدام اللقيحة الآدمية المخصصة لأغراض البحث العلمي في أي غرض أخر خلاف هذا التخصيص" هذا النص يدل على أنه يجوز للعلماء تخصيص لقائح آدمية لأغراض البحث العلمي والتجارب بشرط استخدامها في أي غرض آخر خلاف ما خصصت له، واللقائح المعنية بأغراض البحث العلمي والتجارب هي اللقائح المخصبة بطريقة صناعية وليس عن طريق التلقيح البيولوجي المعتاد[301]

---

[299] سارة عيادي، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللقائح البشرية، المرجع السابق ص ص861- 862.

[300] القانون البرىطاني رقم37 – المؤرخ في 1990/11/01 المتعلق بالإخصاب البشري وعلم الأجنة المعدل سنة2001 والمعدل سنة2008

[301] شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 90.

وهذا ما يدل على أن القانون البريطاني يسمح بإجراء الأبحاث العلمية على الجنين ضمن مدة 14 يوما التالية للتلقيح، كما سمح بتخليق مضغ بشرية لأغراض البحث العلمي أو الإستنساخ العلاجي وإنتزاع الخلايا الجنينية، وهذا ما توصلت إليه لجنة Warnock التي تم تشكيلها في انجلترا لدراسة الموضوع سنة 1984، حيث أوصت بإجراء التجارب على الأجنة الزائدة من عمليات التلقيح الإصطناعي، على شرط الموافقة الصريحة للزوجين، وأن الأبحاث يجب أن تنصب على المضغ البشرية التي لا تتجاوز الأسبوعين، أي قبل ظهور الميزاب العصبي، وعلى الرغم من ذلك فإنها لا تزال هناك في بريطانيا معارضة كبيرة لإجراء التجارب على الأجنة الآدمية[302].

المبحث الثاني: زراعة ونقل الأعضاء التناسلية كأسلوب طبي لعلاج مشاكل الإنجاب

أدى التفكير المستمر في البحث عن الحلول العلاجية لمشاكل الإنجاب إلى التوصل إلى تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية التي قد تكون السبب الخفي وراء عدم تحقق الإنجاب ، هذه التقنية التي أثارت الكثير من الجدل حول مشروعيتها سواء من الناحية الشرعية أو القانونية في ظل غياب تشريع يضبط وينظم هذه المسألة، خاصة وأن زرع هذه الأعضاء التناسلية له علاقة وطيدة مع إحدى كليات الدين الخمس من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر إلى أهمية ما ينجر على الإعتراف بالنسب من صلة المصاهرة والميراث ووجوب النفقة وغيرها.

وما يزيد من خطورة الأمر هو ذهاب بعض الإتجاهات إلى القول بتأميم ويرون بأن الجثة ملك للدولة ويمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة، وأمام تطور تقنيات نقل وزراعة الأعضاء البشرية فقد

[302] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 224-225.

أصبح التدخل الطبي في هذا المجال يحتاج إلى سرعة التنفيذ عقب الإعلان عن وفاة الشخص[303].

ومن خلال هذا البحث سنحاول تسليط الضوء على مجمل الأحكام التي استنبطها الفقهاء بإعتبارها نازلة من النوازل الفقهية التي وجب على علماء الأمة تحكيم الإجتهاد فيها والخروج بأحكام شرعية تضبط هذا الأمر

المطلب الأول: الآثار المترتبة على زراعة الغدد والأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية

رغم ما حققته الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية من أثار إيجابية على الصحة العامة بمختلف جوانبها وخاصة ما تعلق بحياة الإنسان ووجوده وسعادته، إلا أنها لم تكن كذلك في بعض الممارسات الطبية المريبة التي أثارت الكثير من المشاكل الدينية والقانونية، مما جعلها تهدد مبدأ الإنسانية الطبية ومن خلال هذا المطلب سنحاول التعريج على إحدى هذه الممارسات الطبية التي استدعت من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون التصدي لها عن طريق رسم الحدود بغية تنظيم اللجوء لهذه الوسيلة المستحدثة، حتى لا يستغل الفراغ التشريعي لأغراض غير مشروعة.

الفرع الأول: ماهية الغدد والأعضاء التناسلية

قبل البدء في الحديث عن الأحكام التي استنبطها الفقهاء وجب علينا توضيح الفرق بين الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية لكي لا يلتبس الأمر علينا فيما بعد

[303] عبد الكريم مامون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى،المجلة النقدية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، ص316.

أولا: تعريف الغدد

1- تعريف الغدد لغة:

الغدَة جمع غدد وغدائد قطعة لحم صلبة تحدث عن داء بين الجلد واللحم، جهاز في جسم الإنسان يفرز مواد خاصة، فهناك غدد هضمية مثل الغدد اللعابية، وغدد معدة للتولد مثل المبيض، وغدد استفزازية كالغدد التي تفرز العرق، وغدد مغذية كالكبد، وغدد لها مهمة دفاعية مثل الغدد الدمعية، وجمع غدد طاعون الإبل وجمع غدائد السلعة[304].

2- تعريف الغدد إصطلاحا:

الغدة هي تجمع خلوي في جسم الإنسان أو الحيوان يقوم بإفراز مادة كيميائية لها وظيفة بيولوجية تدعى الهرمونات، ويلقيها في مجرى الدم أو داخل تجاويف الجسم أو خارجه

ثانيا: تعريف الأعضاء

1- في الإصطلاح الفقهي:

العضو هو " الجزء الذي يستقل بوظيفة معينة من البدن".

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي " أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء كان متصلا أم منفصلا عنه.

2- في الإصطلاح الطبي:

هو " كل جزء من جسم الإنسان يتميز عن غيره من الأجزاء وتكون له وظيفة محددة، ومثاله القلب واللسان، والأنف والعين.

[304] المنجد الأبجدي، دار المشرق، بيروت لبنان، ط 6، 1988، ص 731.

ثالثا: أنواع الغدد والأعضاء التناسلية عند المرأة والرجل

تختلف أنواع وصفات الغدد والأعضاء التناسلية عند المرأة والرجل وفيما يلي سنحاول تسليط الضوء عليها سواء بالنسبة للرجل والمرأة.

1- بالنسبة للرجل:

-**الخصيتان:** وهما عبارة عن غدة بيضوية الشكل تقع داخل كيس الصفن[305]، يحفظهما في درجة حرارة ملائمة، تنحدر الخصيتان إلى خارج الجسم قبل موعد الولادة بشهرين حيث إن بقاءهما داخل الجسم يسبب العقم لدى الرجل، فعملهما يتطلب درجة حرارة أقل من حرارة الجسم الداخلية، وتتكون كل خصية من أنابيب حلزونية تسمى الأنابيب المنوية، وظيفتها إنتاج الحيوانات المنوية، تكون هذه الأنابيب المنوية مبطنة بخلايا تسمى خلايا سرتولي تقوم بتغذية الحيوانات المنوية، بينما يملئ الحيز الفراغي لهذه الأنابيب خلايا بينية تسمى خلايا ليدغ cells Lydig ووظيفتها إنتاج الهرمونات الذكرية، كهرمون التستوستيرون hormone Testosterone، كما تحتوي الأنابيب المنوية على الخلايا المولدة للنطف وتسمى الخلايا الأم Spermatogonia وهي أصل تشكل النطف.

-**البربخ:** وهو عبارة عن قناة كثيرة الإلتواء، يحيط البربخ بالخصية من الجانبين والخلف يتصل بها عبر أنابيب صغيرة ناقلة للمني وظيفته تخزين المني.

-**الحبلان المنويان:** ويسميان الوعاء الناقل طول كل واحد منهما 6 سم وقطره 2 مم وظيفتهما نقل السائل المنوي من البربخ إلى مجرى البول مرورا بالحويصلات المنوية والبروستات.

- **الغدد الملحقة :** وهي ثلاث غدد تصب إفرازاتها في السائل المنوي.

---

[305] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا دراسة فقهية قانونية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، المجلد الثالث، العدد الخامس، جوان 2018، ص 272.

-**الغدة الأولى:** الحويصلات المنوية وهي عبارة عن كيسين صغيرين يقعان وراء البروستاتا خلف المثانة البولية، يبلغ طول كل واحدة 15 سم وظيفتها إفراز سائل لبني يعمل على تعديل حموضة الحيوانات المنوية كما تفرز سكر الفراكتوز لتغذيتها.

الغدة الثانية: البروستاتا وهي غدة كبيرة الحجم قد تصل إلى 4 سم تحيط بالمثانة بمحاذاة القناة البولية، تحتوي على أكثر من 30 غدة صغيرة تتصل برأس القضيب وظيفتها تنشيط وتغذية الحيوانات المنوية كما تقوم بإفراز سائل لزج يعمل على تعديل الحموضة التي يسببها البول عند مروره عبر القناة البولية.

الغدة الثالثة: غدد كوبر سميت كذلك نسبة إلى مكتشفها وهي زوج من الغدد الصفراء صغيرة الحجم توجد داخل أسفل الإحليل وظيفتها إفراز سائل لعابي منبه لرأس القضيب يكسبه رطوبة عند الانتصاب[306].

-**القضيب:** ويستعمل لإدخال الحيوانات المنوية إلى المهبل[307]، يتراوح طوله في المعتاد ما بين 6-10 سم في حالة الارتخاء، وما بين 13- 18 سم في حالة الإنتصاب والتهيج يتكون القضيب من نسيج يحيط بالقناة البولية يمتد ليكون رأس القضيب يسمى الجسم الإسفنجي غني بالنهايات العصبية الحساسة، ويتكون أيضا من نسيج الجسم الكهفي يحيط بالنسيج الإسفنجي غني بالأوعية الدموية يسبب الانتصاب عند تدفق الدم إليه[308].

---

[306] عباسي مجدوب محمد، أحكام وسائل منع الحمل دراسة طبية فقهية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2009، ص ص 22- 24.

[307] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 273.

[308] عباسي مجدوب محمد، أحكام وسائل منع الحمل دراسة طبية فقهية، المرجع السابق، ص ص 22- 24.

2- بالنسبة للمرأة

- **المبيضان:** وهما عضوان لوزيان شكلا، يتمركزان على جانبي الحوض عند المرأة يتوسطهما الرحم، يحافظان على تمركزهما بواسطة الرباط المبيضي، يقوم المبيض بوظيفة إنتاج الأعراس الأنثوية البويضات بمعدل بويضة في الشهر وذلك بالتناوب بين المبيضان كما يقوم المبيض بإفراز الهرمونات الأنثوية وبالأخص هرمون الأستروجين وهرمون البروجيسترون Progesterone

- **قناة فالوب:** سميت كذلك نسبة إلى مكتشفها العالم الإطالي فالوبيو Fallopiou وتسمى قناة الرحم وقناة المبيض، وهي عبارة عن أنبوبة طويلة مجوفة يصل طولها 15 سم تمتد من الرحم إلى حدود المبيض يتم عبرها انتقال البويضات، وهي مكان التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وحدوث الإخصاب، في القسم الوحشي منها تحتوي قناة فالوب على غشاء مبطن به أهداب من الداخل تساعد على دفع البويضة إلى الرحم، كما أن نهايتها من جهة المبيض أخطبوطية الشكل تسمى القمع أو النفير، تعمل على تلقف البويضة عند تحررها من المبيض.

- **الرحم:** عضو عضلي إجاصي الشكل، طوله عند المرأة في مرحلة البلوغ 5.7 سم وعرضه 5 سم جزئه العلوي أكثر اتساعا يسمى بطانة الرحم تتصل به قنات فالوب من الجانبين، أما جزئه السفلي يكون أضيق يمتد على شكل عنق ليتصل بالمهبل ولذلك يسمى عنق الرحم، يتهيأ الرحم مرة كل شهر لاستقبال البويضة، فإن حدث إلقاح كان الرحم موطن نمو الجنين طيلة تسعة أشهر، ويتمركز الرحم في وسط حوض المرأة تشده أنسجة عضلية تجعل منه قرارا مكينا، فيحتل الرحم موضعا هندسيا هاما في جسم المرأة كما يحميه تجويف عظمي من أقوى العظام عند المرأة وهي عظام الحوض مما يجعله قرارا مكينا

بحق كما وصفه القرآن الكريم، وسمي مكينا لأنه يفرز مادة لاصقة فإذا وصلت البويضة الملقحة إليه التصقت بجداره.

-**المهبل:** وهو عبارة عن أنبوبة عضلية طولها 7 سم تصل بين الرحم والفرج وهو عضو الجماع عند المرأة يتميز بمرونة كبيرة مما يسمح بمرور الجنين عبره أثناء الولادة.

-**الفرج:** وهو الجزء الخارجي من الأعضاء التناسلية للمرأة ويضم الأعضاء الظاهرة المتمثلة في الشفرين الكبيرين وهما عبارة عن زوائد جلدية تحدد معالم الفرج تقوم عادة بدور الحماية والشفرين الصغيرين ،وهما عبارة عن زوائد جلدية صغيرة تقع داخل الشفرين الكبيرين، غنية بالأوعية الدموية تتضخم أثناء الاتصال الجنسي والبظر وهو عضو انتصابي على شكل زائدة جلدية تقع في أعلى الفرج عند التقاء الشفرين الصغيرين ميزته الانتصاب عند الهيجان الجنسي فهو يقابل القضيب عند الرجل إضافة إلى الدهليز وهو الحيز الواقع بين الشفرين الصغيرين يحده من الخلف المهبل، ويضم الدهليز صمام البول وفتحة المهبل وغشاء البكارة وغدتي بارتولين التي تعمل على إفراز سائل مرطب للفرج أثناء اللقاء الجنسي[309].

الفرع الثاني: تمييز بعض الممارسات الطبية المشابهة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء التناسلية

في ظل الممارسات والإكتشافات الطبية الهائلة، وإختلاف كل نوع عن الأخر، سواء بالنظر إلى الهدف المتوخى منها، أو بالنظر إلى الآثار المترتبة على كل نوع من أنواع هذه الممارسات وجب علينا التطرق إلى عمليات تغيير الجنس،

[309] عباسي مجدوب محمد، أحكام وسائل منع الحمل دراسة طبية فقهية، المرجع السابق، ص 27 – 30.

وكذا عمليات تثبيت الجنس، وذلك بغية تمييز هذه الممارسات الطبية عن عمليات زرع الأعضاء التناسلية.

أولا: عمليات تغيير الجنس

يقصد بالتحول الجنسي le transsexualisme حالة الشخص الذي على الرغم من انتمائه إلى جنس معين يحمل صفاته الجينية والتشريحية، إلا أنه يميل إلى التحول للجنس الأخر ويتمنى أن يحمل خصائصه التكوينية والإجتماعية، ويشعر نتيجة لذلك بالنفور من جنسه والإشمئزاز من أعضائه التناسلية، لأنه يعتبر نفسه ضحية خطأ الطبيعة[310]، كما عرفه البعض الأخر بأنه عملية طبية يتم بمقتضاها تحويل مظهر العضو التناسلي إلى الجنس المعاكس لجنس الشخص دون مبرر شرعي لذلك[311] ويختلف التحول الجنسي بهذا المعنى عن التخنث، والذي هو شخص اشتبه في أمره ولم يدر أذكر هو أم أنثى، إما لأن له ذكرا وفرجا معا أو لأنه ليس له شئ منهما أصلا[312]

يتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى عدم مشروعية التحول الجنسي لأنه ليس لها أي غاية علاجية، ولا تستهدف سوى تلبية هواجس نفسية لا أساس لها من الواقع، وتبعا لذلك فإنها لا تتضمن أي غاية علاجية يمكن أن تبررها، ومع ذلك فإن المشكلة عندما أثيرت في فرنسا لم تثر من زاوية المشروعية المدنية أو الجنائية، ولكن من زاوية قابلية حالة الشخص للتغيير، ذلك أن الأشخاص الذين أجريت لهم عمليات تغيير الجنس، طالبوا بعد إجرائها بتعديل بيان الجنس في شهادة الحالة المدنية، بما يتلائم مع التغيير الذي أحدثته العملية الجراحية، ولكن هذه المطالبة قوبلت بالرفض استنادا إلى أن حالة الأشخاص تتعلق بالنظام العام،

---

[310] V.J.M. Auby, le transsexualisme, juris-classeur de droit médical et hospitalier, n 56.

[311] Abedelhafid Ossoukine,léthique biomédicale,Oran Algérie, dar gharb, éd.2000,p203.

[312] سيد سابق، فقه السنة، مؤسسة الرسالة، ط1، 2011، ص 350.

الأمر الذي يمتنع معه الإعتداد بالتغييرات الجسدية التي يراد بها التحول من جنس إلى أخر[313].

وبخصوص الاجتهاد القضائي، فقد ذهبت محكمة الدرجة الأولى ببني عروس بتونس في حكمها الصادر في 28 مارس 1990 إلى الاعتراف بتصحيح الجنس بالنسبة للخنثى، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن شخص تم تسجله يوم ولادته على أنه ذكر يدعى أمير، غير أنه في سن البلوغ تبين له أن له كل سمات الأنثى، وبعد إثبات هذا التحول التشريحي من قبل الطبيب الشرعي، تم تصحيح علامة ذكر بعلامة أنثى في أوراقه الرسمية، وكذا الشأن بالنسبة لإسمه حيث أصبح يدعى أميرة[314].

تم تأكيد هذا الموقف القضائي في قضية فطمة التي تتلخص وقائعها في شخص ولد بكل السمات التشريحية لطفل من جنس أنثى وسمي بذلك فطمة، إلا أنه عند بلوغها، لاحظت ظهور تباين واضح يميزها تدريجيا مع أخواتها وصديقاتها. أمام معاناتها لهذه الحالة، وبناء على خبرة التحاليل الوراثية من أجل تحديد جنسها الفعلي، التي أثبتت بأن المدعية خنثى طغت عليها سمات الذكورة، قضت محكمة الدرجة الأولى بتونس بالاعتراف لفطمة بتصحيح جنسها وكذا اسمها في حالتها المدنية[315].

كما أن اجتهاد محكمة الأحوال الشخصية بدمشق في حكمها الصادر في 07نوفمبر 2017 يتبنى قبول دعوى تصحيح جنس الخنثى مع تعديل جميع الوثائق والشهادات الخاصة به، وعلل قبوله نتيجة للتغير الطبيعي الذي طرأ على جسم

---

[313] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د س ط، ص ص 372 – 373.

[314] المحكمة الابتدائية ببن عروس، 28/03/1990، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 2، ص1 .

[315] المحكمة الابتدائية بتونس، 24/06/2013، نشرة الإعلام للجمعية التونسية للقانون والصحة، ديسمبر 2013، عدد 6.

الفتاة، البالغة من العمر 37 سنة، بشكل تدريجي مع خشونة الصوت من دون أي خضوع لعملية أو الحقن بالهرمون وذلك بناء على تقارير الأطباء المختصين الذين شخصوا حالتها أنها خنثوية حقيقية طبيعية يحتوي جسمها على الصبغيات الأنثوية والذكورية ومع تقدم العمر ظهرت الصفات الذكورية الضامرة بحيث أجمع المختصون على ضرورة التحول الجنسي من أنثى إلى ذكر ولاسيما بعد ظهور علامات الذكورة الواضحة على الشكل الخارجي لها وعليه قضت المحكمة بتصحيح جنس الجهة المدعية بحيث يصبح ذكرا بدلا من أنثى وتصحيح الاسم بحيث يصبح أحمد بدلا من بتول وإلزام أمين السجل المدني بدمشق تدوين هذا التصحيح أصولا على القيد وعلى كافة قيود الجهة المدنية "[316].

بعد هذا التوضيح يظهر الفرق الجوهري بين عمليات تغيير الجنس وعمليات زراعة الأعضاء التناسلية والتي تشترك معها في المحل وهو الأعضاء التناسلية، إلا أن الهدف من إجرائهما مختلف فيكون زرع الأعضاء التناسلية لغرض علاجي وليس لمجرد رغبة شخصية في حين تعد عمليات تغيير الجنس تغيير لوضع سليم إلى أخر غير طبيعي، وهذا خلافا لعمليات زرع الأعضاء التناسلية تماما[317]

ثانيا: عمليات تثبيت الجنس

يقصد بعملية تصحيح جنس الشخص أي إجراء عملية جراحية يقوم من خلالها الطبيب بعلاج حالة مرضية تخص الإنسان الخاضع للعملية، بحيث لا تتضح لديه صفات الذكورة والأنوثة، ويترتب على ذلك إعتبار عمليات تثبيت الجنس تصحيح لوضع خاطئ إلى أخر سليم، بسب وجود إنسان مشتبه بين الذكر

[316] محكمة الأحوال الشخصية، دمشق، 07/11/2017، قرار عدد 234.

[317] عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس وأثرها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة صدى الجامعة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 02، أكتوبر 2008، ص 12.

والأنثى، فهو تثبيت لجنس الشخص في جنسه الحقيقي والصحيح، كما أن مثل هذه العمليات لا يرفضها الشرع لأنه لا تعتبر تغير لخلق الله، بل هي هي تصحيح لبعض الإختلاط للوصول إلى الجنس الحقيقي سواء ذكرا أو أنثى نظرا لوجود بعض الخلل في الغدد الجنسية، على اعتبار أن هذه العملية تكون كاشفة عن الأعضاء الجنسية الغامضة بغية تثبيت جنس الشخص الحقيقي[318]

كما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة ما يلي:"...أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه الغالب من حالة فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا لما يزيل الإشتباه في ذكورته ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الإشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات لأن هذا المرض والعلاج يقصد به الشفاء وليس تغييرا لخلق الله عز وجل.

بعد هذا كله يظهر لنا الفرق بين عمليات تصحيح الجنس وعمليات زراعة الأعضاء التناسلية، حيث أن الشخص الخاضع لعملية تثبيت الجنس يصبح رجلا بعد أن كان ظاهره امرأة أو العكس، ولا يخفى على أحد الآثار القانونية الناجمة عن هذا التغيير سواء تعلق الأمر بحالته المدنية أو غيرها، بخلاف عمليات زراعة الأعضاء التناسلية التي يكون الغرض منها إما تحصيل النسل أو الإستمتاع نظرا لتلف الأعضاء التناسلية لأحد الزوجين أو إنسداد القنوات الناقلة للبويضات أو الحاملة للمني، كما قد يكون القصد منها التجميل[319].

---

[318] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا دراسة فقهية قانونية، المرجع السابق، ص 269.

[319] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 270.

الفرع الثالث: أثر نقل وزرع الغدد الحاملة للشفرة الوراثية على النسب

إنه لمن بين المقاصد والأهداف السامية للزواج هو المحافظة على الأنساب، ذلك أن مسألة النسب من المواضيع التي نالت اهتمام الشرع بإعتبارها إحدى كليات الدين الخمس، كما كان للقانون أيضا دوره في سن التشريعات التي تضبط نسب الأشخاص، وكما أن لكل عصر قضاياه ومستجداته التي تحتاج إلى تبيان حكم الشرع فيها حتى لا يعطل مبدأ ديمومة الشريعة الإسلامية وخاصية مرونتها، وأن الشريعة الإسلامية لا تقف في وجه العلم ولا الطب ما داما يخدمان أغراضا مشروعة ونبيلة تحقق منفعة أو تدرء مفسدة، وأن مسألة نقل وزراعة الأعضاء التناسلية كواحدة من تلك المستجدات التي تمكن الطب من توظيفها في إيجاد حلول لمشاكل الإنجاب [320].

أولا: حكم نقل وزراعة الغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية

مع تطور العلوم الطبية في العصر الحاضر والتقدم الكبير الذي أحرزه العلماء في مجال زراعة الأعضاء، توصل الأطباء المختصون في أواخر التسعينيات إلى إمكانية زراعة الأعضاء التناسلية المأخوذة من متبرع أو متوفى في رجل أو إمرأة عقيمة، غير أنه ورغم ما تحققه عمليات زرع الأعضاء التناسلية من منافع إجتماعية وفردية باعتباره الحل الأنسب لمشاكل عدم الإنجاب نتيجة تلف الأعضاء المسؤولة عن تحصيل النسل، إلا أن هذا النوع من الجراحة يثير الكثير من الإختلافات في الآراء، الأمر الذي جعل مشروعية هذه العمليات تدعو إلى البحث وذلك بسبب طبيعة الأعضاء التناسلية محل الزرع[321].

---

[320] زبيدة إقروفة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الخاص الثاني،ص 357.

[321] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 274.

1- نقل وزرع الخصيتين والمبيضين:

إذا كانت عملية زرع أو نقل الأعضاء من إنسان لأخر لا تثير أي مشاكل طبية أو شرعية إذا روعيت شروطها وأحكامها وضوابطها، فإنها مع الأعضاء التناسلية تثير الكثير من القضايا الأخلاقية والشرعية، ومن المعروف أن لكل عضو وظائفه الفسيولوجية، وأن وظائف المبيض والخصيتين مما يتعلق بإيجاد النسل، الذي يعود لصاحبة البويضة أو الحيوان المنوي فهل في نقل المبيض أو الخصية تعدي على حرمة النسب في إيجاد ولد ينتسب لصاحبة البويضة أو صاحب الخصية الذي أخذ منهما صفات التكوين الوراثي؟[322]

تعتبر نقل وزراعة الخصيتين والمبيض من الغدد التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية، ويتم خلال هذا النوع إنتاج الخلايا التناسلية ويكون عند الرجل والمرأة على حد سواء.

فالخصيتان عند الرجل هما المسؤولتان عن صناعة المني، هذا الأخير هو البذرة التي تنقل خصائص الرجل وأصوله إلى ذريته، إضافة إلى مسؤوليتهما عن إفراز الهرمونات اللازمة لتكوين باقي الأعضاء الخاصة بالجهاز التناسلي للذكر، وإفراز هرمون الرجولة منذ المراحل الأولى من الحمل.

المبيضان عند المرأة هما أيضا المسؤولان عن صناعة البويضة، وهي بذرة المرأة التي منها تنقل خصائصها وخصائص أصولها إلى ذريتها ويتموضع أحدهما على يمين قناة فالوب والأخر على يسارها ويتصل كلاهما بالرحم بوتر سميك على ناحية اليمين واليسار وهما عبارة عن أكياس تحتوي على عدد محدد

[322] أمانى على المتولى، ضوابط استخدام الهندسة الوراثية والتلقيح الصناعي في الفقه والقانون، دار الكتاب الحديث،2018، القاهرة، ص 180.

من البويضات عند الولادة، أي عدد البويضات داخل المبيض تكون قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى، فضلا عن مسؤوليتهما عن إفراز هرمونات الأنوثة[323]

ولهذا أعتبر زرع الخصيتين والمبيضين مما لا يجوز زرعه، فقد انتهت توصيات قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة مارس 1990 إلى حرمة زرع الخصيتين والمبيضين في الفقرة الأولى من هذا القرار:

-زرع الغدد التناسلية: بمأن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفرازات الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد فإن زرعها حرام.

- وممن ذهب مع تحريم زرع الخصيتين مطلقا الدكتور محمد الطيب النجار والدكتور عبد الجليل شلبي والشيخ احمد حسن مسلم والشيخ محمد أحمد جمال، وممن ذهب أيضا مع هذا الرأي الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي فقد قال: " الذي يترجح في نظري والعلم عند الله هو القول بحرمة نقل الخصية مطلقا".

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن نقل الخصيتين يعتبر تشويها لخلقة الإنسان المنقول منه، وهذا أمر محرم شرعا، كما أن نقل الخصيتين من الحي يؤدي إلى حرمانه من النسل وهو أمر محرم شرعا، كما أن هذا النقل لا توجد فيه الضرورة كما يعلل القائلون بجواز من يرى ذلك، وأن جواز هذا النقل يؤدي إلى إختلاط الأنساب وهو أمر محرم شرعا،كما أن القول بجواز نقل الخصيتين سيكون ذريعة لجواز نقل المبيضين لأنهما في حكم الخصيتين وذلك سيؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاط المحارم فوجب القول بالحرمة سدا للذريعة، كما أنهم استدلوا أيضا بأن المعتبر قوله في هذه المسائل من الناحية الطبية هم أهل الإختصاص والمعرفة من

[323] زبيري بن قويدر، أثر زرع الأعضاء التناسلية على مسألة النسب، ص 188.

الأطباء وقد شهدوا بأن نقل الخصيتين يوجب انتقال الصفات الوراثية الموجودة في الشخص المنقول منه إلى أبناء الشخص المنقول إليه الخصية وهذه شبهة موجبة للتحريم.

وما يلاحظ في تحريم زرع الخصيتين والمبيضين هو تأثيرهما المباشر على اختلاط الأنساب وهذا يهدم أحد مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ انتساب النسل إلى أصله[324]

وعمليات زرع المبايض من الأمور التي ظهرت في الغرب في محاولة لإيجاد طرق لمعالجة العقم عند النساء فاقدات المبايض، بسبب إجراء تعقيم جراحي، أو جفاف المبايض لكبر السن، أو لأي سبب أخر، ومن هنا يأتي الإغراء من قبل الأطباء المعالجين بنقل بويضة من إمرأة أخرى أو بعمل نقل مبايض بالكامل من امرأة أخرى بحجة أن المبايض سوف تحصل على الغذاء من صلب المرأة العقيم وهذا باطل شرعا لأن المبيض كما يوضح الطبيب محمد وصفي تنتشر فيه حويصلات صغيرة بأحجام مختلفة أصغرها يقع بجانب حافة المبيض، ويليها الأكبر في الحجم، ولكنها كلما كبرت اتجهت نحو الحافة، كما تعتبر الحويصلات الصغيرة هي حويصلات (جراف) ولكل منها غلاف خارجي غني بالأوعية الدموية، وتحتوي كل حويصلة على بويضة أو اثنين أو أكثر، كما أن مبيض المرأة عند ولادتها يحتوي على ما يقرب من 400000 حويصلة أولية يتحول منها إلى حويصلات جراف ناضجة ما يقرب من 400 فقط خلال فترة الخصوبة الجنسية عند المرأة، وبهذا فإن الأطباء يؤكدون أن البويضات في المبيض توجد مع ولادة المرأة، ويبقى أمر إخصابها متوقفا حتى يحين وقت البلوغ فالبويضات بويضات المرأة صاحبة المبيض، وهو الأمر نفسه في زرع الخصية

[324] عبد الحميد زلافي، أثر زرع الأعضاء التناسلية والبويضات الملقحة على حفظ النسل، مجلة الشهاب، عدد1، نوفمبر 2015، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، ص 70.

لرجل عقيم، فإن الحيوانات المنوية في الحقيقة ترجع للمتبرع، وهنا تظهر الحرمة بينة لا شك فيها بدخول طرف ثالث بين الزوجين، فالحكم نفسه سواء في التبرع ببويضة أو مبيض، أو تبرع بحيوان منوي أو بخصية، وخلاصة الأمر أن الإستفادة من زرع الخصية لا يتأتى منها إلا إستعادة الصفات الذكرية عن طريق إفراز الهرمونات الذكرية، ولا يكون لها أي دور يذكر في معالجة حالات العقم التي يسببها العجز عن إنتاج الحيوانات المنوية، وإن حدث ونجح العلماء في زرع خصية بحبالها المنوية فمن الأكيد أنها ستتلقى الأوامر من الغدة النخامية لأجل تنشيط النطاف المصنعة بها في السابق، بحيث تكون النطاف تابعة للمتبرع، الأمر الذي له تأثير في الأنساب والمورثات عموما[325].

المطلب الثاني: زراعة الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية وأثرها على نسب الطفل

تختلف زراعة الأعضاء التناسلية عن زراعة الغدد التناسلية بحكم أنها لا تنقل الصفات الوراثية إلى الشخص المنقولة إليه، وهي نوعان أعضاء داخلية كالرحم والبروستاتا، وأعضاء خارجية تعتبر من العورة المغلظة، وفيما يلي سنحاول تسليط الضوء على أحكام زراعة هذه الأعضاء.

الفرع الأول: أنواع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية

سبق وأن تطرقنا إلى أنواع الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرة الوراثية والتي لها علاقة مباشرة بالنسب والآن نحاول تسليط الضوء على أنواع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية والبحث فيما إذا كان لها تأثير في نسب الطفل الناتج عن هذا النقل.

[325] أمانى على المتولى، ضوابط استخدام الهندسة الوراثية والتلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص182 – 183.

أولا: زراعة الرحم

نشير في البداية إلى نجاح فريق من الأطباء السعوديين الذين قاموا بأول زرع رحم في العالم سنة ألفين لإمرأة تبلغ من العمر ستة وعشرون عاما، واعتبر الفريق الطبي أن الرحم المزروع كان لابد من استئصاله بعد 99 يوما بسبب تجلط للدم، ويؤكد البعض على أن هذا الأسلوب من الممكن أن يكون علاجا ناجحا في المستقبل لمشاكل الإنجاب من خلال عملية زرع الرحم، وأنه أصبح من الواجب على العلماء إجراء مزيد من التجارب المعملية، وتطوير الأساليب الجراحية لزرع الرحم، وخاصة وأنه قد أصبح له دور في علاج مشاكل الإنجاب وبخاصة في المجتمعات التي لا تقبل فيها فكرة إجارة الأرحام من وجهة النظر الدينية والأخلاقية والقانونية[326].

إن زراعة الرحم تعد ذات أهمية كبيرة في علاج الكثير من المشاكل المتعلقة بالإنجاب وهي لا تقل أهمية عن زراعة القلب والكبد والكلى وغيرها من أعضاء الجسم الضرورية للحياة فهي حسب قول العلماء لا تنقل الصفات الوراثية وهي تقع تحت حكم الجواز لتحقيق مصلحة ضرورية وهي مصلحة حفظ النسل واستمراره، ولهذا جاء قرار المجمع الفقهي بجدة سنة 1990 في الفقرة الثانية مصرحا بما يلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا زرع العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في قرار رقم 01 للدورة الرابعة لهذا المجمع.

وزراعة الرحم تختلف تماما عن استئجار الرحم بحيث إن عملية نقل وزرع كامل للرحجم تعطي للأم صفة ملكية الرحم والأمومة للطفل، وقد نقل الدكتور الكبيسي الجانب التعبدي في التبرع بالرحم وزرعه في أم ثانية أكبر من

[326] زبيري بن قويدر، أثر زرع الأعضاء التناسلية على مسألة النسب، المرجع السابق، ص ص191 – 192.

التبرع بالماء والطعام واللباس فقال إن عملية زرع الرحم بهذه الزاوية تكون عبادة من أعظم العبادات فإذا كان الإسلام يأمرمن عنده ماء بأن يتصدق على من لا ماء له بعد أن يكون قد أخذ كفايته منه، حتى قال فمن باب أولى وأعظم وأرقى أن تجود من لها رحم بحيث تمنح فرصة للآخرين بالإنجاب[327].

ثانيا: زراعة القضيب والفرج

تقرر في مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 –23 شعبان 1410 الموافق 14 –20 آذار (مارس) 1990م " ... زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية – **ماعدا العورات المغلظة** – جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع"[328]، فالقضيب والفرج يعتبران من العورات المغلظة ومن الأعضاء الفردية فلا يجوز التبرع بهما، حتى في حالة عقم صاحبهما، لأن لها وظائف أخرى أساسية ككونها مجاري للبول، ونزعهما من صاحبهما جب[329] وتشويه قد نهى الشارع عنه[330].

[327] عبد الحميد زلافي، أثر زرع الأعضاء التناسلية والبويضات الملقحة على حفظ النسل، المرجع السابق، ص 71.

[328] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 57 (6/8)

[329] المجبوب هو مقطوع الذكر والخصيتين.

[330] مروج، صالح بوبشيش، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي،مجلة الإحياء، المجلد 20، العدد25، جوان 2020، ص 211.

الفرع الثاني: الأحكام الشرعية لزراعة الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية

أولا: الحكم بعدم الجواز

وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين، بما في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وبه صدرت توصية ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية[331] حيث استدل هؤلاء على أن صاحب العضو المزال غير خلق الله بنقص جسمه، كذلك المتلقي قد غير من خلق الله بوصل جزء من جسمه بجسم غريب عنه وهو محرم شرعا وكتغيير خلق الله مثل خصاء الآدمي، والوسم، والوشم، والتنمص، والتفلج، ووصل شعر الرأس من أدمي بأخر والنصوص في هذا متظاهرة من الكتاب والسنة، قال الله تعالى عن عدوه إبليس: " ولأمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا " فهذه الآية تشمل ما ذكر، وتشمل نقل عضو من عين ونحوها، حتى ولو كان لا يضر المنقول منه مطلقا مثل نقل شعر من أدمي لوصله في رأس أخر وقد كان نزول هذه الآية في فقء عيون الأنعام، وشق أذانها والعبرة بعموم الألفاظ لا بخصوص الأسباب، ويشهد لهذا العموم، حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله تعالى مالي لا ألعن ما لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو في كتاب الله تعالى" وفي الصحيحين عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها، قالت: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن لي ابنة عريسا أصابها حصبة، فتمزق شعرها

[331] صديق مروج، صالح بوبشيش، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي،المرجع السابق، ص 208.

أفأصله ؟ فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة "[332] فهذا يدل على أمرين الأمر الأول هو أن العلاج بنقل عضو لا يجوز، للوعيد المذكور، فهو مثله، والأمر الثاني هو أن من أصيب بداء من ذلك لا يجوز التعالج بتعويضه من بدن إنسان أخر وهذا تغيير لخلق الله، ولهذا قال النووي رحمه الله تعالى في وجه الدلالة من هذه الأحاديث إن وصلت بشعر رجل أو امرأة، وسواء شعر المحرم والزوج، وغيرهما بلا خلاف، لعموم الأحاديث، ولأنه يحرم الإنتفاع بشعر الآدمي وسائر أجزائه، لكرامته، بل يدفن شعره وظفره، وسائر أجزائه، وفي تفسير هذه الآية تكلم القرطبي على حرمة خصاء الآدمي ونقل عن ابن عبد البر قوله: (لا يختلف فقهاء الحجاز، وفقهاء الكوفة، أن خصاء بني أدم لا يحل، ولا يجوز لأنه مثلة، وتغيير لخلق الله تعالى وكذلك قطع سائر أعضائهم في غير حد ولا قود) وقال النووي رحمه الله تعالى أيضا (ولا يجوز أن يقطع أي الآدمي لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف)[333].

كما يرى أنصار هذا الإتجاه بأن نقل الأعضاء التناسلية هو نقل من موضع من مواضع المقاتل فقد يؤدي إلى الهلاك فهو منهي عنه شرعا، لما فيه من الأضرار بالمأخوذ منه إذا كان حيا ولو أذن، بالإضافة إلى ذلك يعتقد أصحاب هذا القول بأنه في حال نقل الذكر أو الفرج، يكون الوطء اللاحق من قبيل الوطء

[332] الحديث أخرجه البخاري ومسلم والنسائي، أما البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب اللباس باب الوصل في الشعر، ومسلم في كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمتفلجات والمغيرات خلق الله، والنسائي في سننه، كتاب الزينة باب المستوصلة.

[333] بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2012.

المحرم[334] ففي حالة زرع الفرج للمرأة يكون الرجل قد وطء فرجا لا يحل له كونه فرج غير امرأته، وفي حالة زرع الذكر للرجل تكون المرأة قد وطئت بذكر غير زوجها، وحتى لو قلنا بأن العضو المزروع منسوب شرعا للمتلقي دون المصدر، فإن مجرد الإحساس بنسبته إلى مصدر مغاير قد يولد نفورا أو إحساس بالذنب، مما يتولد عنه أمراض نفسية أو خلافات زوجية[335].

كما يرى هؤلاء أنه في نقل الرحم من امرأة إلى أخرى يكون ذلك شبيها بالرحم المؤجر الذي أنكره الفقهاء، لأن جميع محاذير إجارة الرحم موجودة في نقل الرحم، وفيه زيادة محاذير استمتاع الرجل برحم غير امرأته والقذف فيه ومن ثم ينبغي القول بمنعه سدا لهذه الذريعة، ويرون أيضا بأن نقل هذه الأعضاء ليست من باب الضروريات بل هو من باب التحسينات فقط، كما أن نقل العورة المغلظة يعتبر امتهان ظاهر للمتبرع والمتلقي[336].

ثانيا: القول بالجواز

يرى أنصار هذا الرأي أن نقل هذه الأعضاء التناسلية يدخل في باب الضرورات أو الحاجيات، والحاجيات تنزل منزلة الضرورات، ولذلك فهو جائز، كما يرون أن زرع هذه الأعضاء لا يؤدي إلى خلط الأنساب، بل هو وسيلة للإخصاب وإيجاد النسل، وذلك مما دعا إليه الشرع وحث عليه[337].

---

[334] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 281.

[335] صديق مروج، صالح بوبشيش، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 208.

[336] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 281.

[337] صديق مروج، صالح بوبشيش، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 210.

ثالثا: الفريق القائل بجواز نقل هذه الأعضاء بإستثناء العورات المغلظة

يستثني أنصار هذا الإتجاه من عمليات النقل العورات المغلظة وذلك باعتبار أن الوطء اللاحق على نقل الفرج يكون من قبيل الوطء المحرم شبيها بالزنا المحرم، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأصل في الفروج الإحتياط والتورع والمنع، كما يضيف هؤلاء إلى أن العورة المغلظة لا يجوز لغير صاحبها أن يمسها أو أن ينظر إليها ولو كان ذلك بعد الموت، فهي ليست كسائر أعضاء جسم الإنسان، ومن ثم فإن القياس على جواز نقلها على سائر الأعضاء قياس خاطئ[338].

[338] خلافي ربيعة، تأثير الإكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، المرجع السابق، ص 282.

الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة عن الأساليب الحديثة للمساعدة الطبية على الإنجاب

يعتبر فن التعامل مع الجسم البشري، لتخفيف ألامه وإزالة ما يعتريه من علل وأمراض، هو نوع من أنواع التعامل مع سر من أسرار الحياة، فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية، وإذا كان إلتزام الطبيب بإحترام إرادة المريض قد تأكد في الوقت الحاضر، تعبيرا عن إحترام النظام القانوني للحرية الشخصية، وتأكيدا للمفهوم الشخصي لهذه الحرية، فيما يتعلق بعصمة الجسد وسلامته، وأمام التزايد المستمر للإكتشافات والأساليب الحديثة في العلاج ثارت مشكلة المسؤولية الطبية الناجمة عن التطبيق الفعلي لأساليب العلاج بتقنية التلقيح الإصطناعي، والتي لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع الجزائري يوضح التكييف القانوني لمسؤولية الأطباء المترتبة عن هذا العلاج، مما توجب على القضاء الفصل في مثل هذه المنازعات المعروضة عليه، وذلك عن طريق تطويع القواعد العامة للمسؤولية بهدف إيجاد توازن بين الإلتزامات والحقوق لكلا من المريض والطبيب، لهذا ومن خلال هذا الفصل سنحاول إسقاط القواعد العامة للمسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية على عمليات التلقيح الإصطناعي من خلال المبحث الأول من هذا الفصل، كما سنحاول تسليط الضوء على بعض الجرائم المتعلقة بعمليات التلقيح الإصطناعي والتي ترتب المسؤولية الجنائية في مبحث ثان.

المبحث الأول: التلقيح الإصطناعي في ظل قواعد المسؤولية المدنية

يعتبر الشخص مسؤولا في الحالة التي يرتكب فيها أمرا يستوجب المؤاخذة عليه، ويكون مسؤولا عن فعله إما مسؤولية جنائية أو مسؤولية مدنية هذه الأخيرة تثور حينما يكون هناك إخلال بأي إلتزام قانوني أي أن يكون الضرر الحاصل ناتج عن إخلال بإلتزام قانوني هادرا لحق الغير[339] وهو ما ينطبق أيضا على الطبيب عندما يخل بإلتزام معين ويترتب عليه ضرر للمريض، وعليه فإن مسؤولية الطبيب المدنية عن عمليات التلقيح الإصطناعي لكي تنهض لابد من توافر أركانها الثلاثة من خطأ صدر من الطبيب القائم بالتلقيح الإصطناعي وضرر لحق المريض الذي أجريت له مثل هذه العملية، وأن يكون هذا الضرر ناشئا مباشرة عن هذا الخطأ، كما أن المسؤولية في المجال الطبي من بين الموضوعات التي لازالت تعرف تطورا كبيرا في المعالجة للخصوصية التي تمتاز بها المهنة الطبية والعلم الطبي، لما يعرفه من تقنيات وتعقيدات في التعامل مع جسم الإنسان، ولما لها من حساسية بالغة فيما يترتب عن ذلك التعامل، ولما يعرفه العلم الطبي من تطور واكتشافات لازالت قائمة ومستمرة، لهذا ومن خلال هذا المبحث سيتم معالجة الأخطاء الطبية المرتكبة في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال المطلب الأول ، كما حاولنا أيضا تسليط الضوء عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرتكبة في عمليات التلقيح الإصطناعي في مطلب ثان، ومحاولة البحث أيضا عن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مطلب ثالث.

المطلب الأول: الأخطاء الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي

لعله من بين الأسباب التي أدت إلى ازدياد أهمية المسؤولية الطبية هو تطور العلم وتقدمه في ميدان الطب، وتبدو حساسية هذا الميدان من خلال إتصاله بالجسم الإنساني وما يقتضيه ذلك من إحترام وتقدير، ولما كان الخطأ الطبي

[339] Henri lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 3éme Ed,p 02.

الموجب للمسؤولية المدنية بصفة عامة هو أي خطأ يثبت في جانب الطبيب سواء تعلق بأداء مهنته كطبيب وهو ما يعرف بالخطأ الفني أو المهني والمتمثل في الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم والأصول الطبية المستقرة أو كان خطأ عادي غير متعلق بالمهنة ناتج عن إهمال الطبيب وتقصيره وعدم إحتياطه وإتخاذه الحيطة والحذر التي يمليها عليه واجب الحرص وحسن التبصر، ومن خلال هذا المطلب سأحاول التطرق إلى أنواع الخطأ الناجم عن عمليات التلقيح الإصطناعي

الفرع الأول: الخطأ في التشخيص والفحص السابق لعملية التلقيح الإصطناعي

إذا كان الهدف الأساسي للعمل الطبي هو علاج المريض أو على الأقل التخفيف من ألامه فلا شك أن ذلك لا يمكن تحقيقه إلا من خلال العمل أولا على معرفة حالة المريض ومدى الخطورة فيها وسوابقه المرضية وما يمكن أن تؤول إليه هذه الحالة، وهو ما لا يمكن التوصل إلى معرفته إلا من خلال التشخيص[340]، هذا الأخير الذي قد يترتب عليه خطأ يؤدي به إلى الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته[341]

أولا: مفهوم الخطأ الطبي في عمليات التلقيح الإصطناعي

يعرف الخطأ الطبي بأنه خروج الطبيب على أصول مهنته، وعدم بذل العناية المعتادة، التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته[342] هذا عن الخطأ الطبي بصفة عامة، أما عن الخطأ الطبي في التلقيح الإصطناعي فقد عرفه

[340] مولاي محمد لمين، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي بالنعامة، العدد الأول جانفي 2015، ص 166.

[341] René Savatier, Traité général de la responsabilité civile en droit francais,T1,1939, p 179.

[342] صحراء داودي، الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 16،2013، ص 71.

الدكتور عامر أحمد القيسي بأنه "خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الإصطناعي في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم الحديث أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه لهذه الأعمال أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على خطئه ضرر أصاب المريض الذي أجري له مثل هذا العمل"[343]

حيث ذهبت المحاكم الفرنسية أول الأمر إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا خالف تلك القواعد الأولية التي يمليها حسن التبصر وسلامة الذوق والتي تجب مراعاتها في كل مهنة ، ومؤدى ذلك أنها جعلت الطبيب لا يسأل إلا عن خطأه الجسيم بالمعنى الذي كان معروفا في القانون الروماني أي الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية وهو الذي يأخذ حكم الغش[344]، وأمام خطورة هذا القرار على حق المريض في الحماية اللازمة له أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار يصحح الوضع حيث جاء فيه ما يلي: " **أن هاتين المادتين قد قررتا قاعدة عامة هي قاعدة ضرورة إسناد الخطأ إلى المسؤول لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله بل حتى مجرد إهماله أو عدم تبصره، وإن هذه القاعدة تسري على جميع الناس مهما كانت صناعتهم دون إستثناء، إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة، وأنه لا يوجد أي إستثناء من هذا القبيل بالنسبة للأطباء، وأنه مما لا شك فيه أن المحكمة تتطلب من القاضي ألا يتوغل في فحص النظريات والأساليب الطبية، وأنه توجد قواعد عامة يمليها حسن التبصر وسلامة الذوق تجب مراعاتها في كل مهنة، وأن الأطباء فيما**

[343] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 62.

[344] قرار محكمة النقض الفرنسية، 1835/06/28، أشار إليه سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية، ط 5، مصر، 1988، ص 385.

يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس" [345] ، الأمر كذلك بالنسبة لقرار قوين guigne الذي تتمحور وقائع القضية في أن السيد قوين guigne رفع دعوى ضد الدكتور Thouret noroy بسبب بتر ذراعه الأيمن الذي كان نتيجة خطأ الطبيب الذي قطع الشريان العضدي artère humérale، حيث قضت المحكمة المدنية Evreux بمسؤولية الطبيب تقصيريا، وتم تأييد هذا الحكم من المحكمة الإستئنافية Rouen، وعلى إثر الطعن بالنقض في هذا القرار ارتكزت مرافعة محامي الطبيب Merieux على مبدأ اللاعقاب الطبي principe d'impunité médicale مصرحا بأن الطبيب: " إذا سألتموه سيترك المريض... كما لا يوجد أي قانون يضع مبدأ مسؤولية الطبيب عن وصفاته وعملياته الجراحية... كما أن الطبيب في ممارسة وظيفته، لا يخضع فيما يخص وصفاته وأوامره الطبية وعملياته الجراحية المتعلقة بفنه لأي مسؤولية "[346] كما ارتكزت مرافعة ومذكرات المحامي العام Dupin على ضرورة حماية صحة المجتمع بأكمله، مؤكدا أن بعض الأعمال الطبية تندرج أحيانا تحت طائلة سوء النية والطابع الجرمي أو الإهمال غير المغتفر مؤكدا بأنه: " لا يمكننا التصريح في أي حال بعدم مسؤولية رجل الفن، دون تعويض باقي المجتمع للخطر "[347]، وأخذا بتقرير المحامي العام أصدرت غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية قرار في 18 جوان 1835 الذي بقي المرجع في المسؤولية المدنية للطبيب ، والذي أكد لأول مرة نهاية اللاعقاب المدني للأطباء ومؤكدا الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء[348]

---

[345] قرار محكمة النقض الفرنسية،1862/07/21، أشار إليه محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 23.

[346] " Rendez le responsable, il laissera le malade…aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin pour ses prescription ou ses opération…le médecin dans l'exercice de sa profession, n'est soumis pour les prescription, ordonnances, opérations de son art a aucune responsabilité " Mr; MERIEUX, plaidoirie sous Cass.req.18 juin 1835.

[347] " qu'on ne pourrait proclamer, en pareil cas, irresponsabilité de l homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société " DUPIN Proc, Concl.Cass. req.18 juin 1835.

[348] Manaoul (Cécile), la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de lobtention du DEA en droit social, université du droit et de la santé- lille3, année 1999-2000,p 4.

وعلى نفس المنوال سار القضاء الجزائري في عدة قضايا عرضت عليه، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها " **حيث إجابة عن الوجه الثاني والثالث معا ينبغي القول أن القرار المطعون فيه بين العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية إعتمادا على تصريحات المتهم، الذي إعترف أنه أمر بتجريع دواء البينيسلين عن طريق الحقن، وإعتمادا أيضا على تقرير الخبير.**

حيث أن المدعى عليه لم يأخذ بعين الإعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل وأمر بتجريع دواء غير لا ئق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات"[349].

كما أكد قانون الصحة الجزائري رقم 18- 11 على مسؤولية الطبيب عن خطئه من خلال المادة 353 منه التي تنص على أنه " يؤدي كل خطأ أو غلط طبي مثبت بعد خبرة، من شأنه أن يقحم مسؤولية المؤسسة أو الممارس الطبي أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبتها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويسبب عجزا دائما ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، وكذا نص المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه " يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند إرتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه ويعين الفرع النظامي الوطني الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منصبة على عضو من أعضاء الفرع النظامي الجهوي وإذا كانت الشكوى منصبة على عضو

[349] قرار المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات، 1995/05/30، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1998، ص 179.

من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن، يبعد هذا العضو ولا يحضر جلسات لجنة التأديب.

ثانيا: الخطأ في التشخيص

عرف التشخيص على أنه تحديد المرض الذي يعاني منه المريض بحصر خصائصه وأسبابه وأعراضه، وبالتالي فهو أول عمل من أعمال العلاج الذي يظهر فيه الطبيب كل قدراته العلمية وعليه أن يبذل خلاله العناية المطلوبة والمهارة الكافية وأن يعطيه الوقت الكافي كما أن عليه أن يعتمد في تشخيصه للمرض على الوسائل الطبية الضرورية المساعدة في هذا الشأن والمعتمدة والمعمول بها من طرف كافة الأطباء[350].

كما عرف أيضا بأنه عبارة عن بحث وتحقق من المرض الذي يعاني منه المريض وذلك عن طريق معرفة أثر الظروف المحيطة به في مجال الأسرة والعمل والظروف النفسية والإجتماعية على حياة المريض حتى يمكن الوصول إلى معرفة حقيقة المرض فهو عمل يهدف إلى التعرف وتحديد الأمراض بعد معرفة أعراضها، ومن هنا تكمن أهمية التشخيص ذلك أن العلاج أو العمل الجراحي عموما يبدأ بالتشخيص، حيث يلزم الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم أن يقوم بتشخيص السبب الذي أدى إلى حالة العقم ولهذا كان للتشخيص أثره البالغ على نتائج العلاج أو العمل الجراحي، إذ أن أي خطأ فيه لابد وأن ينعكس على العلاج وقد يؤدي هذا الخطأ في التشخيص إلى خطأ في العلاج الذي يفترض أن يكون متوافقا مع حالة التشخيص، وفي هذا الشأن كان أستاذ الطب الشرعي برو واردیل يقول لتلاميذه (كثيرا ما وقعت في غلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أي لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في كشفنا ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء

[350] حادي شفيق، صور الخطأ الطبي في التشخيص، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد الثاني،جوان 2015،ص 384.

التشخيص فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الإحتياط لعدم الوقوع في الغلط فليس لأحد أن يحاسبنا ويجب أن لا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط) لكن هذا التوجه لم يعد يؤخذ به في ظل الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية التي ألزمت الأطباء بأن يكونوا محترفين في عملهم ابتداء من مرحلة التشخيص إلى غاية شفاء المريض فقد أصبح الطبيب مسؤولا حتى في مرحلة التشخيص، لأن الطب عملية متكاملة بل إن نجاح الطبيب في عمل يعتمد على دقة تشخيصه وبالتالي فإن أي خطأ من جانب الطبيب يعرض فيه حياة مريضه للخطر، بل إن إثبات أن الطبيب قد أخطأ في تشخيص المرض قد يغني عن البحث في أخطائه في العلاج، وبغية الوصول إل تشخيص سليم فإن ذلك يتوقف على الإستعانة بالوسائل العلمية الحديثة كالتحاليل والتصوير بالأشعة وغيرها من الأمور المساعدة في تشخيص المرض فالطبيب يكون مسؤولا إن هو أهمل الإستعانة بهذه الوسائل الكشفية المساعدة إن كان التشخيص الذي وصل إليه مخالفا للحقيقة المرض الذي يعاني منه المريض، وتطبيقا لذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية (إنه في حالة الشك في التشخيص يجب الإلتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية وإلا كان الطبيب مهملا إهمالا يحاسب عليه) هذا وقد سار الفقه والقضاء الفرنسي والبلجيكي إلى أن واقعة عدم مراقبة التشخيص وعدم التحقق منه بالتصوير أو التنظير قبل الحكم نهائيا على طبيعة المرض إنما يشكل إهمالا يلزم بالتعويض إلا إذا كانت هنالك ضرورة تستدعي إجراء عملية مستعجلة لم تسمح باتباع طريقة الفحص بالتصوير المسبق، وفي هذا الشأن فقد قضت محكمة باريس في حكم لها صادر سنة 1965 إلى أن (الغلط غير المغتفر للتشخيص والإهمال الواضح في استخدام الوسائل الطبية التي يفرضها الفن الطبي يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب)[351].

[351] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص 77- 79.

فالوصول إلى تشخيص المرض ومعرفة طبيعته وأسبابه هو من المهام المعقدة والصعبة للطبيب حسب درجة صعوبة وتعقيد الحالة المرضية المعروضة عليه، فقد يكون المرض خفيا أو متزامنا مع أمراض أخرى أو بدون أعراض معتادة له، كما يمكن أن يكون نادرا ومجهولا ولكن هذا كله لا يعفي الطبيب من المسؤولية إن هو أخطأ في تشخيص المرض نتيجة إهمال منه أو تقصير أو غلط علمي ناتج عن جهل أو عدم أخذ بأصول ونظريات الطب، أو إن أساء استعمال الوسائل والتجهيزات العلمية أو أحجم عمدا عن استعمالها أو إن هو لم يلجأ إلى من هو أكثر منه تخصصا في حالة استعصى عليه تشخيصها[352]

الفرع الثاني: الخطأ في مرحلة تنفيذ التلقيح الإصطناعي

بعد قيام الطبيب بعملية التشخيص وإختيار العلاج المناسب للمريض يبدأ الطبيب في تنفيذ العلاج[353] لاشك أن المرحلة التي تعاصر وتتبع إجراء التلقيح الاصطناعي مرحلة معقدة ومتداخلة، لا يمكن تناولها بالبحث كلها. لذلك سنقتصر على البحث عن الخطأ الأكثر صلة وأهمية في هذه المرحلة وهي خلط الأنابيب ببعضها البعض فقد يصدر من الطبيب المشرف على عملية التلقيح الاصطناعي أو مساعديه خطأ طبيا بليغا كأن يخلط الأنابيب بعضها ببعض، ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بخلط أنبوب يحتوي على حيوانات منوية لرجل ما مع أنبوب آخر يحتوي على بويضات أنثوية تعود لامرأة أخرى ليست زوجة له أو العكس، وهذا عند مباشرته إجراء مثل هذه العمليات، إن هذه المسألة المعقدة تثير إشكالا واضحا، ولاشك في أن أي خطأ من الطبيب مهما كان يسيرا وتافها إلا أنه يوجب مسؤوليته

[352] حادي شفيق، صور الخطأ الطبي في التشخيص، المرجع السابق، ص 394 – 395.

[353] مولاي محمد لمين، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 168.

المدنية كاملة متى كان ثابتا وواضحا، وهذا نظرا لطبيعة تعامله في مثل هذه العمليات المتعلقة بالأنساب[354].

وخاصة إذا اتفق الزوج مع الطبيب على أخذ نطفة ليست له لوجود عجز لديه في الحيوانات المنوية وتلقيح الزوجة بها للإنجاب، أو الزوجة التي تقوم بالإستعانة بالمراكز الطبية للإنجاب لوجود عجز لدى الزوج ويقوم الأطباء بتلقيحها بنطفة أخرى لغير الزوج أو قيام الطبيب بعد فشل محاولات أخذ بويضات أو حيوانات منوية من الزوج أو الزوجة بتلقيحهم بأجنة ملقحة ذات درجة عالية من الجودة[355]، فما مدى مشروعية هذا التصرف ؟ وما مدى مشروعية الطفل الذي سيولد ؟ وهل يعتبر هذا الخلط في هذه الحالة بمثابة جريمة زنا؟

إن ما يهمنا والحالة هذه أن نبين أنه من الأخطاء الطبية التي تقع في مثل هذه العمليات ما يتعلق بخلط الأنابيب، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط بين الأنساب. كما أنه يثير إشكالا آخر في غاية الأهمية يتمثل في ولادة الأطفال المشوهين. فما مدى مسؤولية الطبيب عن هذه التشوهات الحاصلة للطفل حديث العهد بالولادة ؟ لاشك أن أي تهاون أو تساهل يؤدي إلى خلط الأنابيب يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته متى ترتب عنه ولادة طفل، كونه يتصل اتصالا وثيقا بالأنساب ويكون ضرره مؤكد أكثر من نفعه وفائدته[356].

---

[354] بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، مجلد 9، العدد العدد2، ص ص 28 – 29

[355] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص ص 377 – 978.

[356] بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، المرجع السابق، ص ص 29 – 30.

الفرع الثالث: الخطأ في الرقابة

إن علاقة الطبيب بالمريض لا تنتهي بمباشرة الأول للعلاج أو التدخل الجراحي فعلى الطبيب واجب مراقبة مريضه للتأكد من أثار العلاج ومدى تأثيره على المريض، ولا شك أن واجب مراقبة المريض تظهر أهميته بصفة خاصة عقب إنتهاء العمليات الجراحية غير أن ذلك لا ينفي أهميته في حالات العلاج الغير جراحي سيما إذا كان العلاج عن طريق إستخدام أدوية يمكن أن تنتج عنها أثار ضارة أو خطيرة بالنسبة للمريض، كما أن أول من يقع عليه واجب مراقبة المريض بعد إنتهاء التدخل العلاجي خاصة الجراحي منه هو طبيب التخدير الذي كما يجب عليه أن يعرف كيفية تخدير المريض عليه واجب إخراجه من حالة التخدير وإعادة المريض لوعيه لتجنب كل ما يمكن أن يثور من مشاكل تنفسية أو قلبية، وقد إعترف القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر بإنعقاد عقد بين المريض وطبيب التخدير الذي يراه عشية إجراء العملية وإن كان إختيار طبيب التخدير تم من طرف الطبيب الجراح، غير أن واجب المراقبة لا يقتصر على طبيب التخدير فالجراح الذي أجرى العملية عليه كذلك واجب مراقبة المريض ومتابعته بعد إنتهاء العملية[357].

فالطبيب المختص ملزم بمتابعة الزوجة التي أجرى لها عملية تلقيح إصطناعي بمتابعة حالتها وذلك للتأكد من مدى نجاح ما قام به واتخاذ ما يراه مناسبا لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل يتعين عليه أن يعطي المريض كافة البيانات والنصائح الواجب اتباعها لتفادي النتائج السيئة خاصة إذا ما كان منها متوقعا أو على الأقل للتخفيف من حدة هذه النتائج، وبخصوص هذا الشأن فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكما قضى بإدانة

[357] مولاي محمد لمين، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 170.

أخصائي نساء وولادة لجأ إلى وسيلة تسمى "الولادة الموجهة" في محاولة منه لتعجيل عملية الولادة، بحيث تأتي مطابقة ليوم بداية إجازته، بأن وضع الأم تحت تأثير مخدر كلي، وجعلها تلد طفلها بمساعدة الجفت، وبعد إتمام الولادة، قام بحقن الأم بعدد من الحقن بغرض تسهيل استرداد وعيها، ثم تركها بعد ذلك تحت رعاية زوجها، بدون أن يحتاط لنفسه بإعطاء تعليمات خاصة لطبيبه المعاون، وعندما لاحظ الزوج أن زوجته تعاني من صعوبة في التنفس قام بإستدعائه، ولكنه لم يصل إلا بعد أن فارقت الحياة ووفقا لتقارير الخبراء، فإن الطبيب قد ضاعف من تسمم دم الوالدة، عندما باشر تحت تأثير مخدر عملية الولادة ليست موجهة بل مصطنعة، وبحيث أن الغيبوبة العميقة، وغير المألوفة لمريضه، كانت تحتم عليه متابعة خاصة واعية[358] ويقصد بالنتائج السيئة في مجال التلقيح الإصطناعي حالة التشوهات الجنينية التي من المحتمل حدوثها في الطفل المنتظر قدومه، وخاصة عندا نسمع تصريح أحد أكبر الأطباء المتخصصين لويفي ماستريوني من كلية الطب جامعة بنسلفانيا الأمريكية يقول فيه (أن التجارب التي تمت على الحيوانات حتى الأن لم تصل بعد إلى إثبات واضح احصائيا حول ما إذا كان النسل الناشئ عن مثل هذه العمليات نسلا سويا وأوصى بضرورة إجراء مزيد من التجارب على الحيوانات وعلى البويضات الإنسانية قبل تطبيقه علاجيا على الناس).

كما أن عملية التلقيح الإصطناعي قد تفشل برمتها وذلك بعدم تخلق الولد المنتظر قدومه كما لو حصلت عملية إجهاض للزوجة الحامل وعلينا أن نتبين سبب الإجهاض إذ قد يكون السبب هو أن الطبيب قد أعطى الزوجة بعض الأدوية والمستحضرات الطبية دون أن تستلزمها الضرورة مما أحدث مفعولا عكسيا على

[358] جدوي سيدي محمد أمين، الخطأ الطبي في عمليات التوليد، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد الثاني، جوان 2015، ص ص 342 –343.

المرأة نتيجة اصابتها بمرض معين لا ينسجم وطبيعة الدواء الذي وصفه لها الطبيب المختص[359].

فلا شك أن أي تقصير من الطبيب المعالج في بذل النصائح والتعليمات المناسبة للزوجة، وأن أي إهمال منه في متابعة حالة المريض ووصف الأدوية المناسبة يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته المدنية متى كان ثابتا[360].

المطلب الثاني: الأضرار الناجمة عن الخطأ في إجراء عملية التلقيح الإصطناعي

على إعتبار أن الضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه المشروعة، سواء تعلق ذلك الحق بسلامة جسمه أو حريته أو شرفه أو ماله أو غير ذلك، فإن هذا الضرر يمثل على العموم تلك الخسائر المادية والمعنوية التي تلحق بالشخص المضرور نتيجة الفعل الذي يقع عليه، مما يجعل من هذا الضرر عنصرا أوليا ورئيسيا لقيام المسؤولية المدنية، فإصابة الشخص الذي أجريت له عملية تلقيح إصطناعي بضرر أثناء هذه العملية أو من جرائها تعد اللبنة الأولى التي تنجر عنها المسؤولية الطبية سواء بالنسبة للطبيب القائم بهذه العملية أم بالنسبة لمركز زرع الأجنة، ومن خلال هذا المطلب سنحاول التطرق إلى أنواع الضرر المرتب للمسؤولية المدنية سواء بالنسبة للضرر المادي أو المعنوي هذا ما سنحاول التعريج عليه من خلال الفروع الآتية

الفرع الأول: الضرر المادي

الضرر المادي هو كل ما يصيب المريض المعالج من أذى في جسمه بإحداث جرح فيه أو إلحاق عاهة أو أي عجز حركي، أو أذى في روحه بالتسبب

---

[359] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص 144 – 145.

[360] بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، المرجع السابق، ص 31.

في إزهاقها، أو ما يلحق المريض من إضرار بأي مصلحة ذات صفة مالية واقتصادية[361].

فركن الضرر ركن هام من أركان المسؤولية ولا تنشأ المسؤولية بدون توافره ، ووفقا لقواعد القانون المدني فإنه إذا لم يثبت وقوع ضرر فلا مجال للبحث في وقوع المسؤولية، لكن وأمام خصوصية الضرر في حالة التلقيح الإصطناعي الذي غالبا ما يكون الضرر فيه مستقبليا، فيجوز والحالة هذه للمحكمة التعويض عن الضرر المستقبلي متى كان محقق الوقوع طبقا لنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري[362]، وعليه فإنه في مجال التلقيح الإصطناعي قد يتسبب نقل الأجنة بطريق الخطأ في ضرر متوقع وسريع وضرر مستقبلي أو العديد من الأضرار، فهنا يحق للمضرور وهو الزوج أو الزوجة المطالبة بإعادة التقدير خلال فترة من وقوع الفعل، فقد لا يحدث عن عملية التلقيح الإصطناعي التي تقع بطريق الخطأ أي ضرر جسيم يقع على الأبوين بأن يتوفى الجنين نتيجة عدم تكيفه مع رحم الأم، ومن ثم فالضرر هنا قد وقع ولكنه ضرر بسيط، وقد يحدث نتيجة عملية التلقيح السابق تناولها حمل الزوجة وإنجاب طفل أو أكثر بطريق الخطأ، أو يكون الطفل مشوه أو به عيوب خلقية وغيرها أو تتبين الزوجة عدم وجود أي صلة بين الأطفال التي أنجبتهم وبين زوجها، فهنا الضرر الواقع على الزوجين جسيم، وقد يظهر مستقبلا[363].

---

[361] حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة،دار هومه، الجزائر، 2008، ص 165.

[362] المادة 131 معدلة بالقانون رقم 05-10: يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

[363] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 372.

ونرى أن الأضرار المادية تتمثل هنا بشكل بارز في حالة التشوهات التي تحدث في الطفل المتكون بطريق التلقيح الإصطناعي، وتتمثل الأضرار المادية هنا بمصاريف الدواء والعلاج التي ينفقها المتضرر أو ذويه لأجل تحسين حالته الصحية أو للإسراع في شفائه أو لأجل إجراء عملية جراحة تجميلية لتحسين مظهره أمام الناس[364].

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

الضرر المعنوي أو الأدبي ضرر يخص العاطفة، ويمس الشعور، ويلحق الآلام، ويؤثر على النفس، ويصيب المريض بالأحزان، وهو كل ما يصيبه في جسمه من أضرار دون أن تنقص من قدرته في العمل، كالآلام والجروح والأوجاع، كما أن الإنتقاص من جمال الجسم والخلقة وما ينجر عن ذلك من تشويه يعد من قبيل الأضرار المعنوية التي لها أهمية بالغة في حياة بعض الأشخاص الممارسين لبعض المهن كالممثلين والمغنين، وعارضي الأزياء، والمضيفين، وكل الأشخاص الذين يهتمون بأناقتهم وجمالهم[365].

ويتصور الضرر المعنوي في عمليات التلقيح الإصطناعي بقيام الطبيب بإفشاء السر الطبي الذي يتعين عليه عدم إفشائه حتى بعد إنتهاء هذه العملية، كما لو أفشى أسماء الأشخاص الخاضعين للتلقيح الإصطناعي أو نوع المرض المسبب للعقم بل قد يتعرض مركز زرع الأجنة نفسه للمسؤولية المدنية عن إفشاء الأسرار الخاصة بالخاضعين للتلقيح الإصطناعي، فأساس العلاقة بين الطبيب ومريضه هي الثقة المطلقة والإحترام المتبادل فالمريض لا ينتظر من طبيبه أن يمنحه مقدرته الفنية فقط بل ينتظر منه أيضا أن يحرص على إحترام سرية ما يتحصل عليه من

---

[364] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 149.

[365] رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،دار هومه، الجزائر، 2010، ص ص 279 -280.

معلومات نتيجة لفحصه وعلاجه بوصفه مريضا والثقة المهنية تقتضي على الطبيب ألا يفشي وبدون موافقة المريض لأي طرف أخر أي معلومات يكون قد تحصل عليها أثناء علاقته المهنية بالمريض[366].

وبالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالمسؤولية في القانون المدني الجزائري نجدها تنص على إجازة التعويض عن الضرر المعنوي وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 182 منه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

الفرع الثالث: تفويت الفرصة

فوات الفرصة هي تلك الأضرار التي تصيب المريض من جراء خطأ الطبيب، فينجم عن هذا الخطأ حرمان هذا الشخص أو المريض من فرصة كان محتملا الفوز بها، فمثل هذه الفرصة، وإن كان تحققها أمرا محتملا، إلا أنه وبسبب الخطأ أصبح تحققها أمرا مستحيلا، وعليه فالتعويض عن فوات الفرصة وضياعها بالنسبة للمريض مسألة وجوبية، لأنه ما كانت ستخوله وتسمح بتحقيقه هذه الفرصة الضائعة، وإن كان أمرا محتملا، فإن تفويتها أمر محقق، وهذا هو أساس التعويض، أي تفويت استغلال والإستفادة من الفرصة المتاحة، فعدم الحصول على حق استغلال هذه الفرصة يمثل في ذاته ضررا يوجب التعويض، وعليه يكون تفويت فرصة الكسب، أو النجاح في الحياة العامة، أو الشفاء والتعافي من المرض، أو البقاء في الحياة، كلها تمثل أضرارا مؤكدة توجب التعويض[367]، حيث وضع القضاء الفرنسي مبدأ مفاده " كل خطإ طبي فني، إذا لم يكن السبب في

[366] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص ص 156 -157.

[367] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 278.

إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة "[368].

فالخطأ في حالة التلقيح الإصطناعي هو تفويت الفرصة عندما قام المركز الطبي بتضييع فرصة الإنجاب بقيامه بإرادته المنفردة بإعدام البويضات الملقحة أو تسبب في إتلافها بعدم مراعاة طرق الحفظ حتى ماتت الأجنة الملقحة[369] أو اتخاذ ما من شأنه التسبب في تفويت فرصة الإنجاب على الزوجين، والضرر الواقع هنا هو تفويت الفرصة ذاتها حيث تسبب المستشفى في تفويت الفرصة على الزوجين في أن يرزقا بطفل، فالمستشفى كان عليه التزام بتحقيق نتيجة وهي إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، وكان على المركز التزام بإتخاذ السبل، ويجب أن تتوافر علاقة السببية وهي العلاقة بين الخطأ والضرر، أي خطأ المستشفى والضرر الواقع على الزوجين من تفويت الفرصة وضياعها عليهم، والتعويض الذي يلتزم به الطبيب هو تعويض عن تفويت الفرصة (indemnisation de la perte de chance) والتعويض يكون بقدر الفرصة التي كانت سانحة للمريض وبالشكل الذي يعوضه عن الضرر الحادث ويكون التعويض في ذلك جزئيا وليس بالتعويض الكامل، لأنه وفقا لقواعد القانون المدني فإنه لا مانع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه إخلال المتعاقد معه بالتزامه، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا إحتماليا فإن تفويتها أمرا محققا يجب التعويض عنه والحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق، ولو كانت هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره، وعليه فإذا تحقق

---

[368] .Cass.1ére civ,14 déc.1965 أشارت إليه صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 13.

[369] حيث نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 376 من قانون الصحة 18-11 على أنه " تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم " هذا التنظيم الذي لم يصدر إلى حد الساعة.

القاضي من أن المسؤولية قد انعقدت وأن الطبيب أو المركز الطبي قاما بتفويت الفرصة، فإن الخطأ قد تحقق وتوافر والضرر محقق فعليه أن يحكم بالتعويض، ويضيف البعض أنه إذا فاتت الفرصة بسبب إهمال الطبيب أو رعونته أو عدم إلتزامه بالأصول العلمية فإن فوات الفرصة يصبح أكثر وضوحا، ويستطيع القاضي أن يقدر التعويض الملائم فيها رغما عن غياب اليقين في شأن رابطة السببية، بالرغم أنه ليس سهلا لصعوبة تقدير السببية الإحتمالية[370].

المطلب الثاني: الرابطة السببية بين الخطأ والضرر

إذا كان الخطأ والضرر هما الركنين الأساسيين لقيام المسؤولية المدنية فإن وجود ما يربطهما برباط السبب مع النتيجة ركن ثالث لا قيام للركنين الأوليين بدونه، ذلك أن قيام الخطأ والضرر دون وجود علاقة السبب بالنتيجة بينهما لا يكفيان لوحدهما لإسنادهما إلى مصدرهما، فالرابطة السببية هي الركن الأساسي في قيام المسؤولية، وهي ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر، فلا مسؤولية عن ضرر لا تربطه بالخطأ علاقة السبب بالنتيجة، لهذا ومن خلال هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء على هذا الركن من أركان قيام المسؤولية المدنية

الفرع الأول: ماهية العلاقة السببية

إن رابطة السببية هي مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر، وقد عالج المشرع الجزائري موضوع العلاقة السببية في نصوص القانون المدني، وخاصة المادة 124 منه التي تنص على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "فكلمة يسبب تدل على العلاقة السببية بين الخطأ والضرر،وتمارس المحكمة العليا حق الرقابة على الأحكام والقرارات التي

[370] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 388 – 389.

تصدرها الجهات القضائية الدنيا من أجل أن تتأكد من مدى إلتزام قضاة الموضوع بتوضيح وجود رابطة السببية أو عدم وجودها[371] وإلى هذا أشارت محكمة النقض الفرنسية عندما قضت في حكم لها بتاريخ 1975/10/27 أن المسؤولية القائمة على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تتطلب وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر[372].

وتحديد العلاقة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقيد الجسم الإنساني، وتغير حالاته وخصائصه، وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة، فقد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة، أو خفية تعود لطبيعة تركيب جسم المريض ومدى إستعداده لتقبل العلاج، فكثيرا ما تختلف تطورات المرض الواحد لغير سبب معروف حتى ليقف أكثر الأطباء إلماما بفنه حائرا أمام هذه التطورات وما صاحبها من المضاعفات دون أن يستطيع بيان العوامل التي أثرت في سير المرض أو نتيجة العلاج، لذلك فإن تحديد رابطة السببية يكون أمرا دقيقا بوجه خاص عند تعدد الأسباب التي اجتمعت على إحداث ضرر واحد وكذلك عند تعدد النتائج المتسلسلة عن سبب أصلي واحد، ففي عملية طبية كالتلقيح الإصطناعي تتعدد الأسباب المفضية إلى إحداث ضرر معين مما يصعب معه القول بدقة أيها كانت السبب في إحداث الضرر وكذا الحال بالنسبة لعموم المسؤولية الطبية[373].

---

[371] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 292.

[372] " La responsabilité prévu par l'article 1382 suppose un rapport de causalité certain entre la faute et le dommage"

[373] به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ص 157 – 158.

الفرع الثاني: المباشر والمتسبب في التلقيح الإصطناعي

إن الطبيب المختص بالتلقيح الإصطناعي يكون مباشرا إذا ما أحدث ضررا بأحد المرضى الذي أجريت له عملية تلقيح اصطناعي سواء أحدث هذا الضرر بنفسه أي الطبيب كما لو خلط الأنابيب المحتوية على حيامن تعود لرجل غير الزوج مع بويضة امرأة ليست زوجته نتج عنها طفل لا ينتسب لأبويه صدقا وحقا، أو حدث هذا الضرر بواسطة آلة طبية كان يستخدمها في إجراء التلقيح الإصطناعي[374].

أما المتسبب فهو الذي يفعل ما يؤدي إلى حادثة ولا يباشرها مباشرة، فيحدث التسبب عند حصول الضرر نتيجة تدخل فعل أخر وليس من فعل الشخص مباشرة، بحيث لا يوجد فعل الضرر مباشرة، إنما يوجد ما يقتضي وجوده، فالطبيب القائم بعملية التلقيح الإصطناعي يكون متسببا عندما يهمل في إختيار الدواء المناسب لإمرأة خاضعة لهذه العملية، فتتضرر نتيجة ذلك، فالتسبب هو ما يوجد الضرر ليس بذاته بل بواسطته وكان علة للضرر المتحقق، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الضرر حصل بسبب سوء إختيار الدواء، إذ أنه لولا ذلك ما حصل الضرر، غير أن سوء اختيار الدواء ما كان ليحصل لولا إجراء التلقيح الإصطناعي، فالضرر الحاصل هنا يضاف مباشرة إلى سوء إختيار الدواء والأخير يضاف إلى عملية التلقيح، فالعلاقة بين عملية التلقيح الإصطناعي والضرر هي علاقة غير مباشرة، فقد يقوم المتسبب بالضرر بإتيان فعل يحدث ضررا بشكل مباشر، لكن هذا الفعل يؤدي إلى إحداث فعل ثان، والفعل الثاني يؤدي إلى ضرر ثان أيضا، فيكون الفعل الثاني نتيجة حتمية للفعل الأول، فسواء كان الفعل مباشرة أو تسببا فإن السببية تشترط فيهما، وهي القاسم المشترك بينهما،

[374] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 188.

ومعيار التفرقة بين المباشرة والتسبب يكمن في طريقة إحداث الضرر أو في درجة علاقة السببية بين كل منهما وبين الضرر، فإذا كانت هذه العلاقة مباشرة لعدم وجود واسطة بين الفعل والضرر كنا بصدد المباشرة، أما إذا كانت علاقة غير مباشرة بمعنى أن يتخللها فعل أخر بين حدوث الضرر كنا بصدد التسبب[375].

الفرع الثالث: موقف التشريع والقضاء الجزائري من علاقة السببية

المشرع الجزائري لم يعط تعريف خاص بعلاقة السببية بل ترك تلك المهمة إلى الفقه والقضاء، حيث يرى فقهاء القانون أن المشرع الجزائري ساير كل من التشريع الفرنسي والتشريع المصري، وأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال مادام أن المشرع قد اعتد بوجود الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام، وهذا ما يستشف من نص المادة 182 من القانون المدني التي تقضي بأن التعويض عن الأضرار يكون نتيجة عدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به، وليس من السهل معالجة الأحكام القضائية في الجزائر في مجال الرابطة السببية، ومرد ذلك إلى أن الأحكام التي تصدر لا تعلن صراحة عن الرأي الفقهي الذي أخذت به، ولذلك يرى كثير من الفقهاء أن القضاء الجزائري يأخذ بنظرية تعادل الأسباب[376] أحيانا، في حين يرى البعض الأخر أن القضاء يأخذ بنظرية السبب الفعال، ولكن لا يمكن مع ذلك معرفة موقف القاضي الجزائري حتى اليوم بدقة، فالحلول ليست دائما نفسها وإنما هي تتغير حسب ظروف كل حالة على حدة، فعندما يشترك أكثر من شخص واحد في إحداث الضرر، فإن الحل الذي يلجأ إليه القاضي غالبا ما يكون متفقا مع مبادئ نظرية تعادل الأسباب وتكافئها، إذ يحكم

---

[375] روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ص 161 – 162.

[376] قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/04/19 ، مسؤولية المستشفى عن الخطأ الطبي في قضية مدير القطاع الصحي بأدرار ضد زعاف رقية ومن معها، أشار إليه عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومه، ج 1، الجزائر، 2014، ص 64.

على كل واحد من المسؤولين بالتعويض الكامل، فيكون للمضرور أن يرجع على أي منهم بهذا التعويض، لأنه بحسب هذه النظرية يكون الضرر قد وقع نتيجة اجتماع هذه الأسباب، وأنه لولا واحد منها لما كان هناك ضرر، غير أن تطبيق مقتضيات نظرية السبب المنتج يؤدي بدون شك إلى حل مختلف، حيث يلزم البحث وسط هذه الأسباب عن السبب الحقيقي الذي أدى إلى وقوع الضرر، غير أنه بخصوص المسؤولية الطبية التي تدخل في نطاقها عملية التلقيح الإصطناعي على اعتبارها عمل طبي يقول الدكتور محمد رايس نرجح في مجال المسؤولية الطبية نظرية تعادل الأسباب لأننا نميل إلى وجوب مساءلة الأطباء، حتى مع وجود أسباب أخرى تكون قد ساهمت مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض، وذلك لأن القول بالنظريات الأخرى يفتح الباب أمام إعفاء الأطباء من المسؤولية في حالات كثيرة، فمادام أن خطأ الطبيب ساهم في إحداث النتيجة الضارة التي لحقت بالمريض، فإنه من الضروري مساءلة الطبيب عن خطئه، ولاشك أن مثل هذا الموقف سيدفع الأطباء إلى توخي الحيطة والحذر والحرص التام خلال ممارسة العمل الطبي، والمحافظة على جسم الإنسان الذي يعتبر المساس به بغير وجه حق مساسا بالأمن الصحي للفرد وبالتالي مساسا بالأمن الصحي للمجتمع[377]

المبحث الثاني: أخطاء الأطباء المرتبة للمسؤولية الطبية الجنائية عن استخدام الأساليب الحديثة

المسؤولية الجنائية هي المسؤولية التي تقوم عند مخالفة الشخص لقاعدة قانونية أمرة أو ناهية، يرتب عليها القانون عقوبة في حالة مخالفتها، وهذا يعني قيامه بفعل يشكل جريمة هي أصلا منصوص عليها في القانون تعريفا وعقوبة،

[377] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص 310 – 312.

وبناء على هذا فالمسؤولية الطبية الجزائية هي التي تقوم فيها مساءلة الطبيب عن الأفعال التي يرتكبها، والتي تشكل جريمة في القانون، بحيث يعامل الطبيب فيها مثل عامة الناس في المجتمع، وقد تكون صفة الطبيب فيها عاملا مسهلا في ارتكابها[378]، وذلك للثقة التي يضعها المريض في الطبيب إلى كونه مهني، خاصة وأن هذه الثقة ترجع إما إلى مؤهلاته العلمية أو إلى خبرته المهنية، وهو الأمر الذي دفع ببعض رجال الفقه إلى القول بعدم مساءلة الطبيب حتى لا تعرقل مسيرة التقدم العلمي، إذ أن مساءلة الطبيب عن كل خطأ يقع منه سوف لا يحث الأطباء على البحث والقيام بتجارب علمية جديدة، وسيكون المريض هو الضحية لتوقف البحث العلمي، ومع ذلك فإن أغلبية رجال الفقه يرون ضرورة مساءلة الطبيب عن إهماله فيما تستلزمه أصول المهنة من العناية بمرضاه، فالتقدم العلمي يستلزم معاقبة الطبيب أو الجراح الذي ثبت إهماله في أصول المهنة أو جهله بها، وهذا لأن مسؤوليته تتحدد بإتباعه أصول المهنة، فهو لا يسأل إلا عن إهماله فيما استقر عليه الطب وتعارف عليه الأطباء، بمعنى أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإن تهاون في إتباع هذه الأصول أو خالفها وجبت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده الفعل أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله[379]، ومن خلال هذا المبحث سنحاول الوقوف على بعض الجرائم التي لها علاقة وطيدة بعمليات التلقيح الإصطناعي بإعتبارها تقنية حديثة في علاج مشاكل الإخصاب.

---

[378] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الأكاديميون للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2014، ص 39.

[379] أبو اليزيد على المتيت، جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، ط 3، الإسكندرية، 1965، ص ص 218 – 219.

المطلب الأول: نماذج عن سوء إستخدام الأساليب الحديثة في علاج مشاكل الإنجاب

من خلال هذا المطلب سنحاول الوقوف على بعض أنواع السلوك الإجرامي في إستخدام الأساليب الطبية الحديثة للإنجاب بطريقة التلقيح الإصطناعي، والمتمثلة في عدم الأخذ برضا الزوجين بالتلقيح الإصطناعي، وكذا إفشاء سر العملية دون تصريح الزوجين، أو استغلال البويضات الملقحة لإجراب التجارب العلمية والبحثية عليها دون الموافقة المسبقة للزوجين، وكذا اللجوء إلى عملية الإستنساخ البشري.

الفرع الأول: عدم الحصول على رضا الزوجين بالتلقيح الإصطناعي

إن التلقيح الإصطناعي بين الزوجين، إنما وجد لتحقيق هدف واحد وهو التغلب على مشكلة ضعف الخصوبة عند أحد الزوجين أو كليهما معا، وذلك عندما يستعصي العلاج بالطرق الطبية التقليدية، غير أن هذا العلاج لا يمكن الإقدام عليه إلا إذا إنصبت إرادة الزوجين عليه، ولما كانت الإرادة تصرفا إلزاميا فلا يتصور إجبار أحد الزوجين للموافقة عليه، ولهذا أقرت كل التشريعات على ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي ينبغي أن يحظى بأحكام قانونية واضحة، وأمام هذه الأهمية البالغة التي يكتسيها رضا الزوجين، فإنه يشترط إفراغه في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح[380]، حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 371[381] من قانون الصحة على ذلك، كما أنه أدرج في المادة 434 من

[380] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، المرجع السابق، ص 56.

[381] المادة 371 " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا، للإستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الإصطناعي ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما،مع استبعاد كل شخص أخر. يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق

نفس القانون الأحكام الجزائية المتعلقة بمخالفة أحكام المادة 371 السالفة الذكر، والتي نصت صراحة على وجوب الأخذ برضا الزوجين في عملية التلقيح الإصطناعي والتي تنص على أنه " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ".

وكما أن رضا الزوجين لا يكون من الناحية القانونية معتبرا إلا إذا تم تبصيرهما بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الإصطناعي، ونسبة النجاح المتوقعة، وصحة الطفل وما يمكن أن يهدد الزوجة من مخاطر وتعدد الأجنة، وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بتنفيذ العملية[382].

فإذا قام الطبيب بإجراء عملية التلقيح دون رضاء الزوج سواء بالحصول على مني الزوج بأي صورة وتلقيح الزوجة به أو تلقيح الزوجة بمني متبرع، ولأن الإنجاب علاقة مباشرة بين الزوج والزوجة، ويلزم رضائهما المسبق معا، فإن عدم موافقة أحدهما ترتب المسؤولية الجزائية في مواجهة كل من شارك في ذلك، ومن بينهم الطبيب، وقد يقوم الطبيب بإجراء عملية تلقيح الزوجة، بعد أن تبين له أنها لا تحمل، وبالرغم من رفض الزوجين فكرة التلقيح الإصطناعي فيقوم بإجراء التجربة عليهما دون رضاهما[383].

لأنه قد يتم التلقيح الإصطناعي للزوجة عن طريق الغش والخداع، من جانب الطبيب الذي يحصل على سائل منوي من رجل غير زوجها ويقدمه لتلقيحها موهما إياها بأنه سائل زوجها، فبعض التشريعات ترتب على ذلك مسؤولية جزائية

بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر(1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية "

[382] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، المرجع السابق، ص ص 62 – 63.

[383] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 280.

في جانب كل من استعمل هذه الطرق الإحتيالية[384]، وهنا يجب مساءلة الطبيب الذي يقوم بتلقيح الزوجة إصطناعيا بعد إيهامها بأن السائل المنوي مستخلص من زوجها، وهو في الحقيقة لشخ أخر، بإعتباره فاعلا للجريمة، حتى ولو تم ذلك بعلم الزوج ورضاه، لأن رضا هذا الأخير لا يمحي عيوب الإرادة التي شابت رضا الزوجة، ويسأل الطبيب هنا عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 /1 من قانون العقوبات لكون التلقيح أجري على الزوجة بدون رضاها، وكذلك يندرج في باب الغش، أن الطبيب بعد مزاولة عملية التلقيح الإصطناعي يبقى لديه مجموعة من البيضات الملقحة مجمدة تحسبا لفشل العملية للقيام بإعادتها مرة أخرى، كما سيتجرأ الطبيب لنقل هذه البيضات الملقحة إلى أجنبي عنها وهو محرم شرعا وقانونا[385].

الفرع الثاني: إفشاء سر العملية

يلتزم الطبيب المعالج بعدم إعطاء أي معلومات عن حالة الزوجين وعن قيامهما بعملية تلقيح إصطناعي، فإذا أفشى للغير بالعملية دون موافقة مسبقة من الزوجين فقد عرض نفسه لجريمة إفشاء السر، وتتمثل تلك الجريمة في إعلام الغير بمعلومات طبية ذات طبيعة سرية[386].

حيث تنص المادة 417 من قانون الصحة الجزائري على أنه في حالة " عدم التقيد بالتزام السر الطبي والمهني، يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات" فعدم إلتزام الطبيب القائم بعمليات التلقيح الإصطناعي يعرضه إلى العقوبات الواردة في المادة 301 التي نصت على

---

[384] العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الإصطناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2000، ص 141.

[385] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، المرجع السابق، ص 69.

[386] مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 281.

أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك. ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم إلتزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني"، كما عالجت الفقرة الثانية من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري السر المهني حيث نصت المادة 36 منها على أنه " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ".

وإلتزام الطبيب بحفظ أسرار مرضاه يتميز عن غيره من الإلتزامات الأخرى المتولدة عن عقد العلاج الطبي بأنه إلتزام مستمر يمتد تنفيذه إلى المرحلة اللاحقة على العقد، أي إلى مرحلة ما بعد إنتهاء العقد، ويستمر حتى بعد وفاة المريض أيضا، لما قد يلحق من ضرر بعائلة المريض وسمعة ذويه إذا ما تم إفشاؤه، حيث نصت المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب على ذلك " ل يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق "، فقدسية أسرار المهنة الطبية قديمة قدم التاريخ، فمنذ قسم أبقراط (470 – 360 ق.م) كان الأستاذ يأخذ على طالب الطب موثقا ويمينا مفاده: "...ألا أفشي سرا بالنسبة لما أرى وأسمع من الناس، سواء ذلك ما يتصل بمهنتي وما يخرج..." وكذلك جاء في إعلان جنيف للقسم الطبي لسنة 1948 مايلي: " إنني سوف أحترم الأسرار التي أؤتمن عليها، وحتى بعد وفاة المريض"، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول: " بأن السر الطبي يشمل جميع الوثائق المتعلقة بالحالة الصحية للشخص، من أي نوع كانت، وهي

تشمل أيضا الوثائق الطبية التي تتضمن نتيجة سلبية أي التي لا تدل على أية حالة مرضية "[387]

أما فيما يخص إفشاء الأسرار الجينية، فقد أضفى القانون الفرنسي عليها حماية خاصة لاسيما عندما يتعلق الأمر بالمعلومات المتعلقة بتحديد هوية الأشخاص عن طريق البصمة الوراثية، أي البيانات المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، بحيث تعاقب المادة226- 4 فقرة 2 من قانون العقوبات بالحبس لمدة سنة وبغرامة تقدر ب 15.000 أورو، على إفشاء المعلومات المتعلقة بتعريف الشخص عن طريق بصمته الوراثية[388].

الفرع الثالث: استغلال البويضات الملقحة والمجمدة

بحيث يقوم الأطباء بخصوص هذا الشأن باستغلال البويضات المجمدة والمتروكة من الزوجين وإجراء التجارب الطبية عليها، دون موافقة الزوجين أو تقديمها للغير، وقد تكون تلك البويضات محفوظة بصفة مؤقتة للمرضى الذين لا يرغبون في الإستفادة منها في الوقت الحاضر، وإجراء التجارب الطبية عليها بهدف الحصول على سبق طبي أو نتائج حديثة في العمل الطبي[389].

لأنه يحظر على بنوك المني، وبنوك الأجنة المجمدة، بعد نجاح عمليات التلقيح الإصطناعي، استغلال البويضات الملقحة دون علم الزوجين في عمليات غير مشروعة، كالإتجار بها مثلا، هذا ونظرا لخطورة الأعمال الطبية على حياة الإنسان من ناحية ولضمان الممارسة العلاجية السليمة القانونية، من ناحية أخرى، فإن القانون الطبي الجزائري وضع شروطا قانونية لإباحة الممارسة الطبية،

---

[387] غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، المرجع السابق، ص ص 370 – 376.

[388] Houssin Didier, le secret médical dans les nouvelles pratiques et les nouveaux champs de la médecine, recueil Dalloz, 2009, p 2619.

[389] مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 281.

لتحقيق الموازنة بين حقوق وواجبات كل من الطبيب والمريض أثناء إجراء الأعمال الطبية على الإنسان، وقد اشترط المشرع الجزائري لإباحة الأعما الطبية أربعة شروط قانونية أساسية وهي الترخيص القانوني لممارسة مهنة الطب، ورضا المريض الصريح والمتبصر، وضرورة اتباع الأصول العلمية في الطب، وأن يكون الغرض من عمل الطبيب هو علاج المريض، فإذا خرج الطبيب بفعله عن هذه الشروط الشرعية والقانونية، أو خالف الأحكام التي تقررها التشريعات الطبية أو الجزائية، نتيجة إتيانه فعلا أو امتناعه عن فعل ألق الضرر بالمريض المعالج، فإنه يسأل مدنيا وجنائيا وتأديبا عن نتائج فعله، لما قد يلحق ذلك من أضرار ومضاعفات على حالة المريض، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء في الجزائر[390].

كما نص القانون الفرنسي للبيو أخلاقيات رقم 804/11 المؤرخ في 2011/07/07 على أنه يجب أثناء إجراء عملية التلقيح الإصطناعي أيا كانت صورتها ضرورة الإقتصار على العدد المطلوب للعملية limiter la production d'embryons en surnombre ، وعدم اختلاط النطف والبويضات أو اللقائح، وعدم استغلال اللقائح الزائدة في صورة غير مشروعة، وعدم إجراء الأبحاث والتجارب الطبية والعلمية على الأجنة الآدمية، حال وجودها داخل الرحم، إلا إذا كانت مرخصة، وكانت الغاية منها الحفاظ على حياة الجنين وصحته وكرامته، وعدم إهانته أو الإعتداء عليه[391].

[390] بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2014، الجزائر، ص ص 114 – 115.

[391] Cf.vigneau,les disposition de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives a l'embryon et au fœtus humains, recueil Dalloz, 22/09/2011 n° 2224 et smadja, bioéthique aux sources des controverses sur l'embryon, Dalloz, paris, 2009,p 33.

الفرع الرابع: استنساخ خلايا بشرية بغرض تكوين إنسان

لا شك أن العلم الحديث أغرى الأطباء نحو البحث عن المستحيل، فكل ما هو واقع الآن كان فيما مضى من الأمور المستحيل توقعها، لكن العلم تمكن منه، ومن المستحيل حاليا هو تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والفسيولوجية والشكلية لكائن أخر، أو تكوين نسخة متطابقة مع نسخة ولادة طبيعية، على أن تكون هذه نسخة وراثية مطابقة تماما لأحد الجزئيات أو لخلية أو نبات أو حيوان أو إنسان، أو القيام بعملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثيا، وهذا محظور شرعا وقانونا ويعرض فاعله للمسؤولية إذا حدث للإنسان، لأن التجربة الجائز إجرائها على الحيوان يجب حظر إجرائها على الإنسان مهما كانت المغريات[392]، حيث نصت على ذلك المادة 436 من قانون الصحة على أنه " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون، المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ".

فالإستنساخ الحيوي معناه محاولات العلماء للتوصل لإيجاد نسل للكائنات الحية من دون الحاجة لوجود الحيوان المنوي المذكر، أي أن يتم الإنجاب عن طريق بعض الكائنات الحية " التكاثر العذري"، أو " التكاثر اللاجنسي "، حيث يتم إلغاء دور الحيوان المذكر، لكن هذه التجربة لن تبقى مجرد إنجاز علمي، بل تتعدى ذلك إلى النذير بوجود خطر قادم يحوم حول الهندسة التناسلية في إلغاء دور الحيوان المذكر، ومن ثم إلغاء دور الرجل في المستقبل القريب في حال نجاح التجربة على الإنسان، فهي نذير شؤم على البناء الأسري، وتهديد مؤسسة الزواج

[392] مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 281.

بسقوطها، وإنهيار مفاهيم الزوج والزوجة والأسرة والأبوة والأمومة إلى غيره من المفاهيم الحيوية التي تعد اللبنات الأساسية في بناء المجتمع، فبإلغاء دور الرجل في إيجاد النسل، سوف يلغى دوره وتنعدم فائدة وجوده إلى جنب المرأة القادرة وحدها على إيجاد الأولاد، فلا فائدة من إقامة مؤسسة الزواج بعدما أمكن فصل مفهوم الجنس عن مفهوم الإنجاب، وخاصة في ظل الإباحية وإباحة الشذوذ الجنسي، والزواج المثلي، الذي سيكون أتباعه من أشهر مناصري فكرة الإستنساخ البشري، ناهيك عن إمكانية إنشاء مصانع خاصة لتوليد أطفال حسب الطلب وبمميزات خارقة للعادة، مما يؤدي إلى تكوين جيل يفتقد في الحقيقة كل معاني الإنسانية[393].

المطلب الثاني: الجرائم المرتبطة بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب

قد ينتج عن ممارسة الأعمال الطبية بصفة عامة المساس بسلامة الجسد، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع إلى وضع وترتيب جزاء قانوني على كل طبيب يخالف القواعد المتبعة في ممارسة الطب، كما أنه لا يتصور أن يترك تنفيذ القواعد القانونية لإرادة الأفراد ورغبتهم، إذ قد ينجم عن قيام الطبيب بعمليات التلقيح الإصطناعي جرائم جنائية يعاقب عليها القانون إذا توافرت الشروط المقررة قانونا لها، كما أن ضمان إحترام الأفراد للقواعد القانونية يكمن في الجزاء الذي يرتبط بها لأنه وسيلة الجماعة في احترام القواعد التي تنظم بها سلوك الأفراد لهذا ومن خلال هذا المطلب سنحاول الوقوف عند بعض الجرائم المتصور حدوثها في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب وذلك من خلال الفروع الآتية

[393] أمانى على المتولى، ضوابط استخدام الهندسة الوراثية والتلقيح الصناعي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 205 – 206.

الفرع الأول: علاقة التلقيح الصناعي بجريمة نسب الطفل زورا لغير أهله

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحا وأمكن الإتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية المطلوبة في الشرع والقانون في ولادة الولد، بين أدنى وأقصى مدة الحمل، ثبت نسب المولود من قبل الأبوين معا، ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق الشرعية والقانونية، ولما كانت العلاقة الزوجية ليست في مأمن من سوء الظن من قبل الزوج في زوجته من زوجها والحال كذلك، تصبح غير ممكنة[394].

ولما كانت عملية التلقيح الإصطناعي يتم بموجبها نقل اللقاح من عضو التذكير عند الرجل إلى عضو التأنيث عند المرأة بطريقة صناعية سواء تم هذا الإخصاب داخليا أو خارجيا، ويهدف إلى الحد من أثار العقم بوصفه يقف حجر عثرة في سبيل تحقيق أحد مظاهر زينة الحياة الدنيا التي منحها الله لعباده باعتبار أن المال والبنون زينة الحياة الدنيا، وتثير عملية التلقيح الإصطناعي مشاكل عديدة بخصوص النسب خاصة وأن البويضة والحيوان المنوي يتم التلقيح بينهما خارج الرحم، وقد يؤدي ذلك لنسب طفل على غير الحقيقة لغير أبويه.

كما أن المشكلة في تطبيق الفعل السابق يظهر في الأم البديلة لوجود اختلاف بين الأم الحقيقية وهي صاحبة البويضة الحقيقية والأم التي حملت ووضعت، حيث تثار المشكلة في نسبة المولود لغير الأم فيما يسمى بالحمل لحساب الغير[395].

---

[394] أمال علال، الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان العدد 16، 2013، ص 140.

[395] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 364.

الفرع الثاني: إثارة التلقيح الإصطناعي لجريمة هتك العرض

يتصور لقيام جريمة هتك العرض في حالة التلقيح الإصطناعي قيام الطبيب بدون رضاء المجني عليها بالعبث بجسدها، وإتيان أفعال تدخل فيها تلك الجريمة، وذلك بملامسة مواطن العفة فيها وخدش حيائها دون إرادتها، وعلى الرغم من أن عمل الطبيب يسمح له بالمساس بجسد المريض إلا أن هذا مشروط برضائه، وفي حدود العمل الطبي الموكول به، ودون الخروج على الأصول العلمية وآداب المهنة.

حيث قضت محكمة النقض بأنه أي مساس بجسم المجني عليه يجرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب، ويبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التي نظمتها القوانين واللوائح، وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تتطلب القوانين الخاصة بالمهن الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا، وينبني على القول بأن أساس عدم مسؤولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون، ومن لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه بالغير من الجروح وما إليها باعتباره معتديا، أي على أساس العمد، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية.

وأضافت المحكمة أن المتهم وقد أدخل في روع المجني عليهما مقدرته على معالجتهما من مرضهما فقام.....، فما أورده الحكم فيما تقدم، كاف وسائغ لقيام جريمة هتك العرض بالقوة، ولتوافر القصد الجنائي فيها، إذ أن كل ما يتطلبه القانون لتحقيق هذا القصد، هو أن تتجه إرادة الجاني إلى إرتكاب الفعل الذي تكون منه الجريمة، وهو عالم بأنه يخل بالحياء العرضي لمن وقع عليه، مهما كان الباعث الذي حمله إلى ذلك[396].

[396] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 355 – 356.

الفرع الثالث: العلاقة بين جريمة الزنا وعملية التلقيح الإصطناعي

جوهر جريمة الزنا هو وطء المرأة عن طريق رجل أجنبي عنها بالطريق الطبيعي، ولكن يثار التساؤل في حالة التلقيح الإصطناعي يقوم الطبيب بإدخال السائل أو البويضة الملقحة في فرج الزوجة دون حدوث وطء أو إيلاج، كما أن الطبيب يكون عنصرا مساعدا لأن البويضة والحيوان المنوي منفصلان عنه، ويقول البعض أنه لولا قصور هذه الجريمة جريمة الزنا لكان حكم التلقيح الإصطناعي في تلك الحالة هو حكم الزنا التي نصت عليه الشرائع السماوية.

يذهب البعض إلى أن التلقيح الإصطناعي لا يأخذ حكم الزنا لأنه لا يتم فيه اتصال جنسي وهو الأمر المفترض في تلك الجريمة والذي هو ركن أساسي للجريمة، ومادامت تلك الحالة خالية من الوطء فهذا يعني عدم وجود جريمة الزنا لإنتفاء ركنها المادي، بينما يذهب البعض إلى أن حالة التلقيح الإصطناعي الذي لا يكون الزوج عنصر أساسي فيها تعتبر حالة زنا بيولوجي، ويؤدي لنسب غير شرعي، وإعتداء على الشريعة ومبادئ الدين والأخلاق، ونرى أن ذلك يستلزم إحداث تشريع يقضي بعقاب كل من الطبيب والزوج أو الزوجة أو كلاهما والمعطي حال معرفته لأن هذا الفعل سوف يتسبب في اختلاط الأنساب الذي يحرمه المشرع[397].

ويرى البعض الأخر أنه لما كان التلقيح الإصطناعي لإمرأة بنطفة مذكرة لرجل ليس زوجها يجتمع مع الزنا في إطار واحد، من حيث إن كليهما يؤدي إلى وضع ماء رجل أجنبي في حرث لا يربطه به عقد زواج، فإن رضاء الزوج بالتلقيح لا يرفع عن الفعل صفة الإثم، ولا يبرر بأي حال وقوعه وهو نوع من

[397] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 345.

نكاح الإستبضاع الذي كان موجودا عند العرب في الجاهلية[398] حيث " كان الرجل يقول لإمرأته إذا طهرت من طمثها إرسلي إلى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد..."

لكن الإشكال يطرح من زاوية إمكانية تطبيق النصوص العقابية التقليدية التي تحمي الأعراض وكيان الأسرة في حال الإخلال بالشروط القانونية ، كجريمة الزنا المنصوص عليها في 339 من قانون العقوبات في ظل عدم استحداث المشرع لنصوص عقابية أخرى، ومن خلال استقراء النصوص العقابية، يتبين بأن الركن المادي لجريمتي الزنا يستلزم أولا حصول فعل الوطء الجنسي بالطريق الطبيعي، أي إيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى وفضلا على ذلك تتطلب الجريمة الأولى قيام رابطة الزوجية، وبالرجوع إلى عمليات التلقيح الإصطناعي التي قد تتم خارج إطار العلاقة الزوجية أو عن طريق التبرع ، فإنها من الناحية التقنية تجرى بواسطة الحقن المجهري بالمختبر، ولا تتطلب إذن وطأ جنسيا طبيعيا كما أن العملية لا تسعى في الحقيقة إلى إشباع الرغبة الجنسية، مما يطرح عدة صعوبات حول التكييف القانوني الملائم للأفعال المخالفة للشروط الواردة في قانون الأسرة لاسيما ضرورة إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بين الزوجين فقط، وتكييف المسؤولية التي تقع على عاتق المتبرع والمستفيد أو الطبيب الذي يشرف على العملية، ويبدو أن بعض الفقه حاول التوسع في تفسير النص العقابي، وغض الطرف على شرط الإتصال الجنسي الطبيعي، معتبرا أن الإتصال البيولوجي عن طريق نقل الأمشاج يعد بمثابة الوطء الحكمي. في حين يرى جانب أخر من الفقه بأن إستعمال مني الغير في عملية التلقيح الإصطناعي يكتسي من الناحية

[398] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 300.

السيكولوجية والأخلاقية مظهرا من مظاهر الزنا أو الخيانة الزوجية، التي تهدد سلامة النسل وأصالته والواقع أن المشرع لم يواكب في الجانب الجزائي المستجدات الحاصلة في مجال الطب والبيولوجيا وأغفل وضع نصوص عقابية تتلائم مع التطورات العلمية يحمي بموجبها المجتمع والأسرة من اختلاط الأنساب، في ظل عدم إثبات فاعلية النصوص التقليدية في ترتيب المسؤولية الجزائية، سواء بالنسبة للفاعلين الأصليين أو الشركاء، رغم منعه صراحة اللجوء إلى عملية التبرع بالمنتجات التناسلية البشرية من خلال نص المادة

374 [399] من قانون الصحة كما تفطن المشرع لهذا الأمر من خلال قانون الصحة 18 – 11 ووضع المادة 434 التي تعاقب على مخالفة الشروط الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ومنها الشروط المتعلقة بمنع التبرع بالخلايا التناسلية للغير[400]

الفرع الرابع: العلاقة بين جريمة الإغتصاب وعملية التلقيح الإصطناعي

يتصور إرتباط التلقيح الإصطناعي بجريمة الإغتصاب حال قيام الطبيب بزرع النطفة داخل رحم المرأة دون إرادتها، سواء من خلال الإكراه المادي أو الإكراه المعنوي، وذلك حال قيامه بسلب حريتها والمساس بجسدها، ولو كان التلقيح الإصطناعي لا يشكل جريمة إغتصاب في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له، وذلك لأن جريمة الإغتصاب تتطلب حدوث اتصال أو التقاء طبيعي بين الرجل والمرأة، ولكن القانون الفرنسي قد عدل من قانون العقوبات وأدخل

[399] المادة 374 من قانون الصحة الجزائري " يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل أخر من المعاملة المتعلقة: – بالحيوانات المنوية

-بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات

- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لأم بديلة أو إمرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا

-بالسيتوبلازم "

[400] برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 204–205.

مفهوم جديد وصور أخرى لفعل الوقاع، ووفقا لهذه الصور فقد اعتبر تلقيح المرأة اصطناعيا دون إرادتها يشكل جريمة اغتصاب باعتباره يمثل امتهانا للجسد والحرية الجنسية للمرأة، حتى ولو وافق زوجها على إجراء الجراحة لما في ذلك من امتهان للمرأة وحقها وحريتها في الإنجاب[401]

الفرع الخامس: جريمة الإجهاض الجنائي وعلاقتها بالتلقيح الإصطناعي

الإجهاض هو إنزال الحمل ناقصا قبل إكتمال نموه أو قبل الأسبوع الثامن والعشرين بعد إنقطاع الطمث، ولا يشترط أن يكون الجنين قد تشكل أو دبت فيه الحركة، وقد يكون الإجهاض تلقائيا أو إراديا، وينقسم الإجهاض الإرادي إلى إجهاض علاجي لأسباب تتعلق بصحة الأم وإجهاض جنائي وهو الذي يشكل المسؤولية الجنائية للأطباء في حالة إرتكابه من قبل الطبيب، إن الإجهاض الجنائي كما عرفه بعض فقهاء العرب بأنه "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة"[402]، كما عرفه الفقه الإنجليزي بأنه" تدمير متعمد للجنين في الرحم أو أي ولادة سابقة لأوانها بقصد إماتة الجنين"[403].

فالإجهاض الجنائي يتم بمحض الإرادة سواء من طرف الأم للتخلص من حمل غير مشروع أو لأسباب أخرى، أو من طرف الغير كأن يكون طبيب أو صيدلي أو قابلة أو غيرهم، وهذا النوع تمنعه أغلب الشرائع والتشريعات وتعاقب عليه، فهو يشكل خطر على صحة الأم لأنه في الغالب الأعم يتم في أماكن غير معقمة، مما ينتج عنه وفاة الأم أو إصابتها ببعض الأمراض الخطيرة أهمها العقم،

[401] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 332.

[402] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية فبي الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 93.

[403] Glanville Williams, textbook of criminal law, london,1978, p 252.

فبالرغم من منعه إلا أن أرقام حدوثه مرعبة جدا، وهذا النوع هو الذي يهمنا في هذه الدراسة لأنه هو الذي يمس بحق الحياة[404]

وقد تطرقنا سابقا عند الحديث عن كيفية عملية التلقيح الإصطناعي على أنه يتم تلقيح أكثر من بويضة لإعتبارات عملية، وقد يبقى بعد نجاح عملية التلقيح الإصطناعي في المرة الأولى بعض البويضات الملقحة والزائدة عن الحاجة، فقد يلجأ الأفراد، بحكم الواقع إلى إتلاف هذه البويضات الملقحة لإنعدام الحاجة إليها، وهنا يقع التساؤل حول مدى إعتبار هذا الإتلاف إجهاض للمرأة قياسا على عملية الإجهاض المنصوص عليها قانونا؟

بداية نتطرق لحكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية، إذ يبدو من أقوال الفقهاء أنهم يفرقون بين الإسقاط قبل التخلق والإسقاط بعد التخلق، ولا شك أن ما يهمنا في هذا الصدد هو حكم الإسقاط قبل التخلق، إذ أننا نهدف من وراء هذا العرض الموجز لحكم الإجهاض إلى بيان حكم إتلاف البويضة الملقحة الزائدة عن الحاجة في أنبوب الإختبار، ومدى إعتبار الإتلاف إجهاضا والبويضة الملقحة وهي في أنبوب الإختبار، ووقت إتلافها لم تتخلق بعد، حيث ذهب الفقهاء في الإسقاط قبل التخلق إلى رأيين الرأي الأول يرى المنع وهم الإمام مالك والإمام الغزالي، وبعض الحنفية ودليلهم في ذلك أن العلقة والمضغة هي منذ اليوم الأول للحمل خلق أدمي له حرمته ابتداء، ومن ثم لا يجوز الإعتداء عليه، والرأي الثاني يقول بالإباحة وهم جمهور الشافعية والحنفية والحنابلة، ودليلهم في ذلك أن محتوى أو محصول الحمل قبل التخلق عبارة عن قطعة لحم قد لا تكون جنينا، وصيرورتها البشرية في حكم المجهول[405].

---

[404] شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية ، المرجع السابق، ص 114.

[405] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 303.

كما أنه جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة، بشأن مصير البيضات الملقحة حيث جاء فيه:

1- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الإقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة

2- إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي

3- يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الإحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع[406]

أما من الناحية القانونية فقد نصت المادة 376 من قانون الصحة على أنه " تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم " ونظرا لعدم صدور هذا التنظيم الذي ينظم، ويحدد الفرق بين ما يدخل في جريمة الإجهاض المعاقب عليه وغيره من الأفعال المرتبطة بالتلقيح الإصطناعي وجب الإستعانة بأراء الفقهاء في ذلك، إذ يرى الدكتور خالد مصطفى فهمى أنه يجب على الطبيب إذا أراد التصرف في البويضات سواء كانت ملقحة أم غير ملقحة الحصول على موافقة الطرفين، ولا يقوم بذلك من تلقاء نفسه، وأيضا في حالة وجود بويضات ملقحة فلا يجوز للزوج أو الزوجة منفردان طلب إعدام تلك البويضات الملقحة، ويسأل أيضا المركز المختص حال قيامه بالتصرف في البويضات دون موافقة الطرفين، ويجب على المركز إعدام البويضات حال وفاة الزوجين أو بناء على حكم قضائي يلزمه

[406] قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 – 23 شعبان 1410ه، الموافق 14 –20 آذار (مارس) 1990م.

بإعدامها، ونرى أن الحالات السابقة لا تعتبر جريمة إجهاض، وإن كانت تدخل في مخالفات قانونية أخرى[407].

المطلب الثالث: الفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي في المجال الطبي

هناك اختلافات جوهرية بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي في المجال الطبي سواء من حيث المبادئ التي يؤسس عليها الخطأ في كلا فرعي القانون (فرع أول)، أم من حيث طرق إثباتهما(فرع ثاني).

الفرع الأول: أوجه المقارنة بين المبادئ التي تحكم الخطأ المدني والخطأ الجنائي

يؤسس الخطأ في كلا فرعي القانون في المجال الطبي على فكرة الإعتداء على حق يحميه القانون، وهو الحق في السلامة البدنية، حيث أوجب القانون على عمال الصحة تجنب أي تدخل طبي يعرض صحة أو حياة الشخص إلى الهلاك، ومن ثم إذا نتج عن التدخل الطبي ضرر وجب التعويض عنه، فالفكر المدني من خلال إعتماده نظام المسؤولية المدنية، يهدف إلى ضمان تعويض المريض وبكل الطرق عند تحقق الضرر وليس التركيز على الخطأ في حد ذاته، في حين أن الغرض من تجريم الفعل في الفكر الجنائي واعتماد نظام المسؤولية الجنائية هو توفير حماية أكبر للحق المعتدى عليه من خلال معاقبة الفاعل وزجره من جهة، وتحقيق فكرة الردع العام والخاص من جهة أخرى[408]، حيث أخذت المحكمة العليا بهذا التمييز بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني، وعلى سبيل المثال قضت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 17 مارس 1982 بأنه " يتبين من القرار المطعون فيه، أن قضاة الإستئناف أسسوا قضائهم من أجل الحكم بالتعويض المدني على

---

[407] خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص 325.

[408] عبد الكريم مامون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، ص 53.

الخطأ الجزائي المنصوص عليه في المادة 288 من قانون العقوبات، والحال أن الغرفة الجزائية في قرارها المؤرخ في 15 مايو 1970 أبرأت ساحة المتهم لعدم ثبوت الخطأ الجزائي لديها، مما يجعل القرار المطعون فيه متناقضا فعلا وغير مؤسس"[409] ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يقضي بتبرئة الطبيب الذي وجهت له إحدى التهم المنصوص عليها في المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، على أساس أنه لم يثبت للقاضي إرتكابه خطأ طبيا جزائيا، فإن القاضي لا يمكنه الفصل في الدعوى المدنية التبعية التي يرفعها الطرف المدني أو المضرور طبقا لنص المادة 2 و3 من قانون الإجراءات الجزائية، ويتعين عليه أن يحكم في الدعوى المدنية بعدم التأسيس[410]، وفيما يخص الحجية فإن المحاكم المدنية تتقيد بما حكمت به المحاكم الجزائية أما العكس فهو غير صحيح إذ أن الأحكام المدنية لا تقيد المحاكم الجزائية[411] ذلك أن المسؤولية المدنية للطبيب وفقا للتشريع الجزائري لا تزال خاضعة إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني[412] والتي ترتكز على الخطأ كركن أساسي في تحقيقها، وهذا على خلافا للتشريع الفرنسي الذي أصبح التعويض عن الأخطاء المرتكبة من قبل الأطباء منذ صدور القانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى[413] على أساس التكافل الإجتماعي وفرض إلزامية التأمين على الأخطار الطبية وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الذي يحكم بالبراءة لإنعدام الخطأ الجزائي أن

---

[409] قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1989/03/17، م. ق 1989، عدد 2، ص 20.

[410] عبد الكريم مامون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، ص 53.

[411] Nour Eddine terki, les obligations (Responsabilité et régime général) office des publication universitaires, Alger, 1982, p23.

[412] المادة 124 مكرر من القانون المدني " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "

[413] - Loi n° 2002-303 du 05/03/2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JORF 05/03/2002, p.4118

يفصل في طلبات الطرف المدني الرامية إلى التعويض[414]، وعليه فإن الفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي من حيث التأسيس يستند إلى نوع وطبيعة الحق المراد حمايته من جهة، وطبيعة وخطورة السلوك المسبب للضرر من جهة أخرى، فالمشرع في قانون العقوبات لم يجرم ضرب الجدران لأنها بطبيعتها لا تتأثر بالضرر، على عكس الجسم البشري الذي هو شديد التأثر بمثل هذا الإعتداء، ويتفرع عن هذا المبدأ مبادئ أخرى أهمها أن فكرة ضمان التعويض للمضرور التي تسيطر على الفكر المدني تعتمد نظرية الخطأ المفترض كما هو الحال في تأسيس مسؤولية حارس الشئ وحارس الحيوان، بينما يحكم التجريم والعقاب القاعدة الأساسية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وما يترتب على الأخذ بها كاعتماد فكرة "لا اجتهاد مع النص الواضح" واعتماد فكرة التفسير الضيق للنصوص الغامضة والبحث عن إرادة المشرع، ومن المبادئ الأساسية الأخرى التي تميز الفكر الجنائي أيضا عن نظيره المدني قرينة البراءة التي من خلالها يعتبر الفرد بريئا إلى حين إثبات جهة قضائية إدانته، وهو ما يجعل فكرة الخطأ المفترض مرفوضة أصلا في القانون الجنائي، فلا إدانة إلا بثبوت الخطأ في حق الشخص، ويستتبع ذلك أن الشك يفسر دائما لمصلحة المتهم، مع العلم أنه ليس هناك تناقض بين صدور حكم جنائي بالبراءة وصدور أخر بالإدانة عن المحكمة المدنية لأن الخطأ في مثل هذه الحالات، وإن وقع إلا أنه لم يرقى إلى مرتبة الأخطاء الجنائية، بمعنى أخر الأخطاء درجات سواء في القانون المدني أو في القانون الجنائي، كما أن الحكم الجنائي يتميز بمبدأ أخر وهو حجية الأمر المقضي به في الجنائي على المدني، والذي جعل القضاء في فرنسا في وقت سابق يلجأ إلى إدانة الطبيب جزائيا وذلك بالحكم عليه بعقوبة خفيفة أو موقوفة التنفيذ بالرغم من

[414] برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص 65.

عدم ثبوت الخطأ وذلك لضمان تعويض المريض المتضرر من التدخل الطبي، لأن الحكم ببراءة الطبيب يعني تقليص حضوظ المريض في الحصول على التعويض عملا بمبدأ حجية الأمر المقضي به في الجنائي على المدني، مع العلم أن موقف القضاء هذا تعرض للكثير من النقد، حيث يرى الفقه أنه من غير المعقول أن يتم الربط بين عقوبة الخطأ غير العمد والضرر الواقع وتحديد العقوبة بالنظر إلى أهمية وخطورة الضرر، ذلك أن الضرر الناتج ليس دائما دليلا على وقوع الخطأ، إذ قد تساهم في حدوثه عوامل أخرى ليس لها علاقة بالخطأ المرتكب، ومن ثم وجوب محاسبة الفاعل على خطئه مصدر الضرر، وليس بناء على الضرر الناتج، فقد تحدث وفاة المريض نتيجة خطأ فني صادر عن الطبيب كالخطأ في وصف أدوية غير مناسبة، وقد يرتكب نفس الخطأ مع مريض أخر ويتضرر لكن دون وفاته، فهل ستكون العقوبة واحدة[415].

الفرع الثاني: من حيث الإثبات

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، بإحدى الطرق التي حددها القانون على صحة واقعة قانونية، يدعيها أحد طرفي الخصومة، وينكرها الطرف الأخر، نظرا لما يترتب على ثبوتها من أثار قانونية[416] إذ أن هناك معيار للتفريق بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني، وهو من حيث طرق إثبات الخطأ ووسائله، حيث يترتب على الأخذ بقاعدتي وجوب إثبات الخطأ الجنائي وتفسير الشك لمصلحة المتهم وجوب تزويد القاضي بالوسائل التي تسمح له بالتأكد من إسناد الفعل إلى صاحبه، وهي من المميزات التي ينفرد بها القضاء الجنائي والتي تجعل لأحكامه حجية أقوى مقارنة بالقضاء المدني، ومرد ذلك أن القاضي الجنائي يمتلك من

[415] عبد الكريم مامون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزاريين، المرجع السابق، ص ص 53 – 55.

[416] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 196.

الوسائل ما يجعله قادر على الوصول إلى الحقيقة من خلال التحريات والتحقيق عن طريق الضبطية القضائية ومخابر علم الإجرام وغيره من الوسائل والتي يباشرها قبل الفصل في الدعوى، بينما القاضي المدني، قد لا يحتاج إلى إثبات الخطأ أصلا كالحالات التي يأخذ فيه بالخطأ المفترض والفرق بينهما واضح[417].

خلاصة الباب الثاني:

أمام تطور طرق العلاج الطبي، وفي سبيل الحصول على نوعية حياة أفضل نجح الطب في الوصول إلى طرق علاج مشاكل ضعف الخصوبة سواء عند الرجل أو المرأة كالعلاج بطريقة نقل وزراعة الأعضاء التناسلية والعلاج بالخلايا الجذعية الجنينية وتجميد المواد التناسلية متجاوزا بذلك القدرات العادية للكائن البشري، الأمر الذي جعل من الجسم تجربة جديدة غير معهودة بالنسبة للكائن البشري، إلا أن تلك الممارسات الطبية والأساليب المستحدثة أصبحت في كثير من الأحيان تخرج عن الضرورة العلاجية، وهو الأمر الذي أثار إنشغال المهتمين بالأخلاقيات الطبية والذين طرحوا عدة تساؤلات حول دور الطب في العصر الحديث وعلاقته بالجسم البشري، وأمام التضارب في الأراء حول من يرى بأن الحالة البيولوجية للفرد مقدسة ولا يمكن تغيرها، وممن يرى بضرورة تشجيع تطبيقات التقدم العلمي في مجال الطب وعلم الأحياء، وإن أدت هذه التطبيقات إلى تعديل الحياة البيولوجية للفرد من أجل غاية الحصول على نوعية حياة أفضل، فهل يجب أن تقتصر هذه الصور المستحدثة في العلاج على علاج المرضى والعناية بصحتهم، أم يمكن للطب أن يتحرر من القيود والأخلاقيات التقليدية ويضحي بقدسية الحياة لإفساح المجال إلى الممارسات الطبية الماسة بالمقاصد الضرورية للإنجاب، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، قد تبين لنا بأنه

[417] عبد الكريم مامون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، المرجع السابق، ص 56.

قد حسم موقفه بخصوص هذا التضارب في الأراء فنجد على سبيل المثال المادة السابعة من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الإجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب أخر في السلم أو الحرب " كما نصت أيضا المادة الواحد والعشرون من قانون الصحة على أنه " ...ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

خاتمة

إنه لمن بين أهم المقاصد من الزواج بين الرجل والمرأة هو النسل، أي حفظ النوع البشري بطريقة شريفة، وقد جاءت العديد من الأيات القرأنية والأحاديث النبوية الشريفة في هذا الشأن، كما قد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة التي نصت على أنه من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وهو ما يتماشى والفطرة الإنسانية وقصد الشارع في خلق البشر، إلا أنه توجد أسباب صحية يمكن أن تحول دون ذلك من بينها ضعف الخصوبة، سواء عند الرجل أو المرأة على حد سواء، إذ تعتبر من بين المشاكل التي عانى منها الكثير قديما وحديثا، وكنتيجة للتطور الطبي الحاصل في هذا المجال إهتدى الطب مؤخرا إلى علاج هذا المشكل عن طريق تقنية التلقيح الإصطناعي الذي يعد رمز للتقدم العلمي بوجه عام والطبي بوجه خاص، إذ يعد وسيلة لحفظ النوع البشري، وهو ما تصبو إليه الشرائع السماوية وجل التشريعات الوضعية، غير أن التقدم العلمي هو سلاح ذو أكثر من حد، لذلك أصبح واجبا إحاطة عملية التلقيح الإصطناعي بنظام قانوني فعال لخدمة أهداف التطور العلمي من جهة وحماية الإنسان من جنوح هذا التطور من جهة أخرى، لهذا ومن خلال تسليط الضوء عن جل الإشكاليات المطروحة بخصوص هذه التقنية المستحدثة في التشريع الجزائري توصلنا في أخر المطاف إلى جملة من النتائج والتوصيات المقترحة والتي كان من أهمها:

نوصي بداية بضرورة ضبط المصطلحات، لأنه تبين من خلال هذه الدراسة أن أغلب المراجع المعتمد عليها كانت تستعمل مصطلح التلقيح الإصطناعي كعلاج للعقم في حين أن الفرق شاسع بين العقم وضعف الخصوبة، فالعقم مرض عجز الأطباء عن إيجاد علاج ناجح له حتى اليوم، أما ضعف الخصوبة فهو تعبير يشمل كل الحالات المرضية التي يمكن معالجتها عن طريق

التلقيح الإصطناعي، هذا وقد أشرنا من خلال الأطروحة إلى أن المشرع الجزائري هو الأخر قد وقع في هذا الخلط من خلال نصه في المادة 370 من قانون الصحة على "...**حالة العقم المؤكد طبيا**"، فالأطباء يفرقون بين العقم وضعف الخصوبة، فالعقم هو عدم القدرة على الإنجاب نهائيا، ولا تصلح له وسائل الإنجاب الإصطناعي بإستثناء عمليات زرع الأعضاء التناسلية كزرع المبيض أو الخصية والتي هي محرمة شرعا في ديننا الحنيف، لأنها ناقلة للشفرة الوراثية للشخص المنقولة منه حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي.

الأمر كذلك بالنسبة لمصطلح التلقيح الصناعي والتلقيح الإصطناعي، خصوصا وأن بعض الدارسين لهذا الموضوع قد استعملوا مصطلح التلقيح الصناعي بدلا من الاصطناعي لإعتقادهم أنه لا فرق بين المصطلحين وذلك لإعتمادهم على بعض المراجع المشرقية التي وقعت في نفس الخلط بينما لو ترجمنا المصطلحين إلى اللغة الفرنسية لوجدنا الفرق واضحا بين Industriel وArtificiel، إن التلقيح **الاصطناعي** معناه بكل بساطة ذلك الإخصاب الذي يتدخل فيه الإنسان آليا لتحقيقه مخبريا أو داخل الرحم بينما لو إعتمدنا مفهوم التلقيح **الصناعي** فإننا سنكون أمام شيء رهيب لم تتصوره إلا السينما الخيالية، كما لو أنتج الانسان في سلسلات إنتاجية داخل مصانع معدة لهذا الغرض، وقد يكون التلقيح الصناعي بهذا المعنى أخطر من الاستنساخ، الأمر كذلك بالنسبة للفرق بين العقم والعيوب العضوية عند الزوج كالعنين والمجبوب والخصي.

نوصي أيضا بضرورة تفعيل دور المجلس الإسلامي الأعلى في بلدنا الجزائر للنظر في مثل هكذا القضايا المطروحة على المجتمع الجزائري لسد الباب مطلقا على الفتاوى المستوردة، والتي ترد إلينا عبر القنوات التلفزيونية، ووسائل التواصل الإجتماعي والتي لا ندري من ورائها ولا عن مصدرها الرسمي.

نوصي كذلك بعدم تعميم الحكم بالجواز في عمليات التلقيح الإصطناعي، وإنما الواجب النظر في كل قضية بين زوجين على حدى، لأنه تبين من خلال البحث أنه يمكن استخدام تقنية التلقيح الإصطناعي حتى خارج الحالات المرضية للزوجين كإستعمالها مثلا بهدف تحديد الجنس البشري أو إثراء صفاته، ولأن التلقيح الإصطناعي أبيح أصلا لحالة مرضية، وهي عدم قدرة الزوجين على الإنجاب.

نوصي أيضا بضرورة تكوين لجنة في كل عيادة أو مستشفى تجرى فيه عمليات التلقيح الإصطناعي متكونة من أطباء اختصاصين ودكاترة مختصين في الشريعة الإسلامية وفقهاء في القانون لإبداء رأيهم في الحالات التي تعرض على العيادة أو المستشفى والخروج بقرار مدروس من الناحية الشرعية والطبية والقانونية، مع إقتراح تقديم تقرير سنوي يقدم لكل من السلطة التشريعية في البلاد لإعادة النظر في تنقيح الأحكام الواردة في القوانين التي تنظم عمليات التلقيح الإصطناعي، وتقديم تقرير أخر إلى المجلس الإسلامي الأعلى لتزويده بالمعلومات الموثقة لتسهيل المهمة عليه في اصدار الفتاوى المتعلقة بهذا الشأن.

كما أننا نرى أنه لا يمكن الأخذ في مجال التلقيح الإصطناعي إلا بالطرق التي تعود فعلا بالمنفعة على الكائن البشري وعلى المجتمع، وهذا بإتباع الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال المادة 371 من قانون الصحة الجزائري 18-11 والمادة 45 مكرر من قانون الأسرة 84-11 المعدل والمتمم، والتي تقيد الحرية المطلقة للأشخاص في الإنجاب بالتلقيح الإصطناعي، كما يبدو هذا الحرص جليا في الأخذ بالشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية في الدفع بالمحافظة على الكيان الأسري بأكمله، لأنه إذا أباح المشرع الجزائري ما أباحته الدول الغربية في هذا المجال سيترتب دون شك إنحلال وتفكك الأسرة المسلمة،

علما أن مطلب الأسرة المتماسكة بالثقة بين أطرافها مقصد شرعي وهذا في ظل عجلة البحث والتجارب المستمرة في كل مكان والتنافس على إستعراض المقدرة العلمية بطرق لا يردعها وازع ديني أو منهج أخلاقي، وما تلك المجادلات والأمثلة المضروبة إلا لتبرير الإستمرار في هذه التجارب بدون قيود ودون حدود.

كما أنه استنادا إلى حق الإنسان في ضمان سلامته البدنية الذي يترجم في المجال المدني بمبدأ معصومية جسم الإنسان، أي عدم جواز المساس به إلا لضرورة علاجية، وبعد الحصول على رضائه، إذ أن ضرورة احترام الإرادة تملي أن يكون باستطاعة المريض أن يعبر عن قبوله العلاج قبولا حرا ومستنيرا، وهو ما يفرض أن يكون الطبيب قد قام بتبصير مريضه بالمخاطر المحتملة لعملية التلقيح الإصطناعي وكذا مخاطر العلاج، وهذا كله راجع إلى أن العقد الطبي يبرم بين من يعلم، ومن لا يعلم، أي بين شخص سليم وأخر مريض، ولأن عدم التوازن بين طرفي العقد الطبي سمة بل وميزة واضحة، إذ أن أحد طرفيه طبيب يسمو على الأخر الذي هو المريض، وذلك من خلال ميزة المعرفة الطبية، وكمال العافية، مقابل ضعف المريض بسبب جهله بالعلوم الطبية، فضلا عن ضعفه العضوي بسبب ما يعانيه من أمراض.

كما أننا توصلنا إلى أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم الأخطاء الطبية المعاصرة، الناشئة عن استخدام الأساليب الجديدة والأجهزة العلمية الحديثة في عمليات التلقيح الإصطناعي.

كما أننا نرى بأن فعالية الحماية القانونية التي يرغب المشرع في توفيرها للمريض ضمانا لحريته الفردية من خلال أحكام قانون الصحة، ومدونة أخلاقيات الطب متوقفة على مدى التزام الطبيب بمهمته وعلى الحكمة التي يتمتع بها، إذ أن هناك ثلاث عوامل رئيسية تؤثر سلبا على رضا المريض وهي جهله للعلوم الطبية

الشيء الذي يمنعه من تدارك حالته الصحية وما تقتضيه من علاج وأعمال طبية، كذلك حالته النفسية والتي غالبا ما تكون مضطربة، ضف إلى ذلك أن خطورة المرض الذي قد لا يوفر للطبيب الوقت الكافي لتبصير المريض بكل شيء، ويبقى الطبيب في ضوء هذه العوامل هو سيد الموقف خاصة وأن القانون يخوله في كل مرة سلطة واسعة.

كما توصلنا أيضا إلى أنه لا يجوز تلقيح المرأة بمني زوجها المتوفى، أو إعادة البيضة الملقحة بعد وفاة زوجها سواء كان ذلك في أثناء العدة أو بعدها، وذلك لأن التلقيح الإصطناعي ينتفي القصد منه بعد إنتهاء العلاقة الزوجية، لأنه أبيح أصلا لحالة مرضية، وهي عدم قدرة الزوجين على الإنجاب وتحقيق أملهما في ولد ولم يعد له وجود بعد إنتهاء العلاقة الزوجية أي أن باعث الدافع إلى التعاقد بين الزوجين ومركز الحفظ قد إنتهى، كما أن اللجوء إلى هذه الحالة لا تترتب عليه أي مصلحة تستحق النظر ومفاسده تمتد فتلحق الطفل، حيث إنه يولد بدون أب، إضافة إلى ذلك فإن السماح بهذه الصورة قد تؤدي إلى إنتشار الفساد، وذلك بأن تدعي أرملة تكون قد حملت من سفاح بأن الحمل من مني زوجها السابق، وإذا حدث ذلك وتم تلقيح الزوجة فإن الولد الناتج عن هذه الوسيلة يعد في حكم ولد الزنا، لا ينسب إلى الزوج المتوفي ولا يرثه، وإنما ينسب إلى أمه فقط لأن العلاقة الزوجية قد إنقطعت بالوفاة

كما أنه لا يسمح بل يحرم الإستعانة بحيوان منوي لرجل أجنبي غير الزوج أو بيضة إمرأة أجنبية غير الزوجة من أجل حصول على الإنجاب ومهما كانت الأسباب والدواعي.

كما أنه لا يجوز نقل اللقيحة التي تكونت من ماء الرجل وبويضة الزوجة إلى رحم إمرأة أخرى بعوض أو بدون عوض، سواء كانت صاحبة الرحم أجنبية

عن الزوج أم زوجة ثانية له، لأنه لا يعلم على وجه اليقين علميا حتى الآن مدى تأثير الأم الحامل على الصفات الوراثية للجنين، وللحفاظ على نسب الطفل من جهة الأم.

كما أنه لا يجوز إنشاء مراكز أو بنوك للنطف، والأجنة، أو التلقيح إحتياطا للدين من وقوع الخلط في هذه الأنابيب والتي تؤدي إلى حالة كارثية.

كما أنه واستنادا إلى قرار المجمع الفقهي الإسلامي يجب إعدام البويضات الأمشاج الزائدة عن الحاجة في حالة الإنجاب الإصطناعي الخارجي إذا أنجبت الزوجة من المرة الأولى، وضرورة الإسراع في إصدار المرسوم التنظيمي الخاص بحفظ وإتلاف الأمشاج الذي نصت عليه المادة 376 من قانون الصحة.

توصلنا أيضا إلى أن قياس الرحم على الثدي بدعوى أن كل منهما مصدرا للغذاء وفقط لهو قياس باطل للفارق بينهما، لأن الجنين في الرحم الظئر يتأثر بالصفات الوراثية للحاملة، فالرحم ليس مجرد وعاء للحفظ أو التغذية

كما نوصي أيضا بأنه يجب على الأطباء البحث عن وسائل أخرى لعلاج ضعف الخصوبة أقل مفسدة من وسائل التلقيح الإصطناعي، فيبذلون كل ما في وسعهم لتطوير وسائل العلاج الجراحية والدوائية، بحيث تتجه الأبحاث إلى معرفة أسباب هذه العلة وايجاد العلاجات المناسبة لها.

كما نقترح ضرورة التنصيص على ابعاد واخراج الممارسات على اللقائح الآدمية من حقل التجارب العلمية والطبية المطبقة على الأجنة واللقائح، لأننا لم نعد نتكلم عن نطفة أو بويضة، بل أصبحنا أمام بويضة مخصبة ونواة أولية للإنسان وجب احترامها.

كما أننا نوصي وبشدة ضرورة الإحتكام إلى الشريعة الإسلامية الغراء للخروج بنظام قانوني جديد للجنين وإعطاء التكييف القانوني الصحيح للأجنة

الزائدة،لأنه من أكبر المسائل الطبية المستجدة تأثيرا في الجنين هي تقنيات الإخصاب الطبي المساعد التي أفرزت نوع آخر له وهو الجنين المخبري، فحماية الجنين المخبري تتوقف على النظرة التي ينظر منها إلى مركزه القانوني أهو جنين بشري جدير بالحماية أو هو مجرد شيء لا يستحق ذلك، ولأن التشكيك في المركز القانوني للجنين المخبري من قبل التشريعات المقارنة كان من أجل إباحة استخدامه في الأبحاث العلمية والصناعات البيوتقنية، وهو ما عرف بقضية الطفل الدواء، واستعمال الأجنة البشرية كدواء.

نقترح أيضا بأنه يمكن للمشرع الجزائري إدراج نصوص قانونية تتعلق بالإنجاب عن بعد كوسيلة قانونية للمحكوم عليهم بعقوبة طويلة الأمد، لأن العقوبة المحكوم بها على السجناء لا يمكن أن تتعدى إلى حقهم في منعهم من الإنجاب، وتتلخص الفكرة في توفير عينات من حيوانات منوية من السجين ليتم إخصاب بيضة زوجة المسجون بها بهدف الإنجاب، وهي نفس فكرة أطفال الأنابيب، وقد تعطي هذه الطريقة الأمل لدى بعض السجناء الذين تزوجوا ولم ينجبوا أو ترغب زوجاتهم في الإنجاب والإنشغال بتربية المولود بانتظار أن يمن الله تعالى على أزواجهن بالحرية والعودة إلى أحضان الأسرة.

نوصي أيضا بضرورة النص على النسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي أو إضافته إلى نص المادة 41 التي تنص على النسب.

لاحظنا أيضا من خلال البحث في هذا الموضوع أن هناك تناقض بين قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي القائل: " ...كما يمكن أن يتم تلقيح متعمد لبيضة من متبرعة وحيوان منوي من متبرع للحصول على لقيحة، وتنميتها إلى مرحلة البلاستولا، ثم استخراج الخلايا الجذعية منها " والمشرع الجزائري اشترط

أن تتم عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب ينص من خلال المادة 371 "...يعانيان من عقم مؤكد طبيا..."

توصلنا أيضا إلى أن الجدل القائم بين الفقهاء حول إعتبار النطفة الأمشاج (البويضة الملقحة) داخل أو خارج الرحم جنينا من عدمه غير منطقي لأنه في هذه المرحلة لا يمكن الحديث عن عملية التلقيح لأن هذه العملية والتي في الحالتين لا تكون داخل أو خارج الرحم، سواء كان التلقيح طبيعي أو مخبري لأنه في التلقيح الطبيعي، وبعد ازدواج المني والبويضة وتشكل نطفة الأمشاج، أو مرحلة النطفة والتي يتم فيها بدأ التكوين الجنيني، لا تكون على مستوى الرحم، بل تتطلب مدة ثمانية(8) أيام حتى تستقر في الرحم بالعلوق وهي المدة نفسها التي تستغرقها عملية التلقيح خارج الرحم قبل حقن البويضة الملقحة داخل الرحم، لذلك لا يمكن الكلام عن التلقيح داخل أو خارج الرحم، لأن الإنتقال إلى مرحلة الرحم في الحالتين لم تتم بعد، وعليه وجب هنا الحديث عن أمرين وهما طريقة التلقيح التي اختلفت في هذه الحالة، أي أين تم حدوث التلقيح بمساعدة طبية أم بالتلقيح الطبيعي، وليس الإختلاف داخل أو خارج الرحم، والذي في الحالتين ليس هو محل التلقيح، والأمر الثاني هو الحديث عن كيفية حدوث علوق البويضة الملقحة مخبريا بالرحم، هل أنه بمجرد حقن البويضة يتم العلوق، لنكون أمام نفس المدة في التلقيح الطبيعي لحدوث العلوق وهي ثمانية (8) أيام.

لاحظنا أيضا أنه بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يمنع عمليات زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية بنص صريح في قانون الصحة 18 – 11 ولا في قانون الأسرة، غير أن استنطاق المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05- : 02لاسيما الفقرة الثالثة منها، التي اشترطت أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون سواهما، وبما أن كلا من الخصية والمبيض تحمل

بويضة المرأة ومني الرجل حتى بعد زرعهما في شخص أخر، لذا يمكن القول أن المادة 45 مكرر تمنع ضمنيا التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة لصفات الوراثية، كما أن المادة الرابعة منه التي جاء نصها كالآتي: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " وبعد استقراء هذه المادة نستنتج أن من بين أهداف الزواج المحافظة على نقاء الأنساب، مما يعني أن المشرع الجزائري يمنع أي عملية من شأنها المساس بنقاء النسب والمحافظة عليه، فأي فعل من شأنه تشويه النسب ممنوع، وبما أن المبيض والخصية هما مصدر الصفات الوراثية لدى كل شخص، وأن زراعتهما في شخص أخر من شأنه التأثير على النسب، لهذا فإن هذا الفعل يستوجب المنع والتحريم ،كما أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص، علما أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين قد حرموا زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية المتمثلة في الخصيتين والمبيضين وبالنسبة للأسرة فإن الشخص المتلقي للمبيض أو الخصية يكون في شعور دائم بالنقص لأنه يعلم في يقينا أن هذا العضو لشخص أخر، وأن الأطفال الذين سيولدون على فراشه سيحملون الصفات الوراثية للمتبرع، وربما أشعره هذا الإحساس بالذنب والندم، وقد ينغصٌ عليه حياته، ويجعله في صراع دائم مع ضميره، وقد يؤثر على السكينة والاستقرار بين الزوجين من جهة، ويشعر الطرف الثاني بأنه كان ضحية غش وتدليس شريكه من جهة ثانية، مما قد يدفعه لطلب فك الرابطة الزوجية أما بالنسبة للطفل الذي جاء إلى الحياة نتيجة زرع هذه الأعضاء، فإنه قد يشعر دائما بأنه ليس الابن البيولوجي لأحد أبويه، الأمر الذي قد يولد في نفسه الكره الدائم لهذا الوالد أو الأم، وربما

يدخل في دوامة مع الصراعات النفسية التي ستؤثر حتما على حياته الاجتماعية ،وعليه فإن زراعة الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية فيه اعتداء صارخ على حق الطفل في النسب النقي الذي يضمن له الحياة الكريمة، وهذا ما يجعلنا نلح وبشدة على المشرع الجزائري التدخل لوضع نص صريح يحدد فيه موقفه من وسيلة نقل وزرع الأعضاء التناسلية، مبينا الأعضاء التي يمكن زرعها والأعضاء التي لا يمكن زرعها.

كما أننا نقترح نظرا لصعوبة إثبات المريض الذي وقع نتيجة خطأ طبي ناتج عن عمليات التلقيح الإصطناعي، وفي ظل صعوبة مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، اللجوء إلى استعمال نظرية فوات الفرصة، والتي سبق تطبيقها من طرف القضاء الفرنسي، وذلك بغية أن يجد المريض ملجأ لتيسير مهمة اثبات الخطأ في عملية التلقيح الإصطناعي ، والتي تمت ملاءمتها مع موضوع المسؤولية الطبية، لتصبح فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو فوات فرصة تجنب الخطر، لأنها تسمح بإفتراض توافر رابطة السببية سواء تعلق الأمر بإرتكاب الطبيب لخطأ فني أو بإخلاله بالإلتزام بتبصير المريض.

إن ماهو مقرر شرعا وقانونا أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو بالوفاة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة " ومقتضى هذا أن الزوج بمجرد وفاته يصبح في حكم الأجنبي بالنسبة لزوجته لإنحلال الرابطة التي كانت تجمع بينهما، فبعد وفاة الزوج تنتهي العلاقة الزوجية فلا يجوز إكمال عملية التلقيح، لأن إتمام العملية تعد كالتلقيح من غير الزوج، ولا يسوغ القول بجواز ذلك تأسيسا على أن الفراش قائم بقيام العدة، إذ العدة وإن كانت حكما تعبديا إلا أنها وجبت لإستبراء الرحم

بالتحقق من خلوه مما هو متوهم من إمكانية شغله، فلا يصح أن يعمد فيها إلى شغله بالفعل وقد وجبت للإستبراء من ذلك.

كما نوصي أيضا بضرورة تدريس مقياس القانون الطبي في كليات الطب ليكون الطبيب المتخرج من كلية الطب على دراية تامة بالواجبات القانونية الملقاة على عاتقه اتجاه مريضه، لأننا لاحظنا بأن جل الأطباء يجهلون أدنى حد من الثقافة القانونية المتعلقة بالعمل الطبي.

وفي الأخير نقول بأن القانون الطبي الجزائري بوصفه الحالي ورغم تعديلاته لا يزال بعيدا عن وضع تنظيم قانوني شامل ينظم عمليات التلقيح الإصطناعي.

في الأخير يبقى أملنا في أن يتدارك المشرع هذه النقائص في تعديلاته المستقبلية لقانون الصحة رقم 18-11 ويعزز العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض على أساس قانوني واضح المعالم والرؤى، وأن يسارع في إصدار النصوص التنظيمية التي جاء بها قانون الصحة.

الملاحق

الملحق الأول

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4(86/07/3)

بشأن :

أطفال الأنابيب

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان، عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية، من 8 إلى 13 صفر 1406 ه الموافق ل 11 أكتوبر 1986م.

وبعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب)، وبع الإطلاع على البحوث المقدمة والإستماع لشرح الخبراء والأطباء، وبعد التداول تبين للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة هذه الأيام هي سبع :

الطريقة الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجة، ثم تزرع اللقيحة غير رحم زوجته.

الطريقة الثانية: أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في إمرأة متطوعة بحملها.

الطريقة الرابعة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة الخامسة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

الطريقة السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحا داخليا.

وقرر المجلس ما يلي:

إن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا، وممنوعة منعا باتا لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

أما الطريقتان السادسة والسابعة، فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما، عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الإحتياطات اللازمة.

والله أعلم

الملحق الثاني

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 56 (6/7)

بشأن

إستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 ه الموافق ل 14 – 20 آذار (مارس) 1990 م .

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 – 26 ربيع الأول 1410 ه الموافق ل 23 – 1990/10/26 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولا: لا يجوز إستخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لابد من توافرها :

أ–لا يجوز إحداث إجهاض من أجل إستخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المعتمد والإجهاض للعذر الشرعي ، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لإستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم .

ب– إذا كان الجنين قابلا لإستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى إستبقاء حياته والمحافظة عليها ، لا إلى إستثماره لزراعة الأعضاء ، وإذا كان غير قابل لإستمرار الحياة فلا يجوز الإستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

ثانيا: لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

ثالثا: لابد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة .

و الله أعلم ،،

الملحق الثالث

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 57 (6/8)

بشأن

زراعة الأعضاء التناسلية

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 ه الموافق ل 14 – 20 آذار (مارس) 1990 م.

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 – 26 ربيع الأول 1410 ه الموافق ل 23 – 1990/10/26 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولا: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا .

ثانيا: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية – ماعدا العورات المغلظة – جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

الملحق الرابع

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 55(6/6)

بشأن

البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 – 23 شعبان 1410 الموافق 14 –20 أذار (مارس) 1990م

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23–26 ربيع الأول 1410ه الموافق 23 –1990/10/26م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

وبعد الإطلاع على الوصيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت 20–23 شعبان 1407ه، الموافق 18–1987/4/21 بشأن مصير البيضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت 11–14 شعبان 1403ه الموافق 24–51982/27م في الموضوع نفسه،

قرر ما يلي:

أولا: في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الإقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة.

ثانيا: إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ثالثا: يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

والله أعلم

الملحق الخامس

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 57 (6/8)

بشأن زراعة الأعضاء التناسلية

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 ه الموافق ل 14 – 20 آذار (مارس) 1990 م .

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 – 26 ربيع الأول 1410 ه الموافق ل 23 – 1990/10/26 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولا: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا .

ثانيا: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية – ماعدا العورات المغلظة – جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

الملحق السادس

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 26 (4/1)

بشأن

إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 18 إلى 23 جمادى الآخرة 1408 ه الموافق ل 6 – 11 (فبراير) 1988 م .

بعد إطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا ،

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي ، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة ، والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والإجتماعية الناجمة عن ممارسته من دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبة للفرد والجماعة والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار، وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعا لها ،

قرر مايلي :

من حيث التعرف والتقسيم:

أولا: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلا به، أم منفصل عنه.

ثانيا: الإنتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه. على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعا.

ثالثا: تنقسم صورة الإنتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

1. نقل العضو من حي.
2. نقل العضو من ميت.
3. النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

أ- نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان أخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب- نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان أخر. وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ماتتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فرديا، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكف والثاني كالكلية والرئتين، وأما مالا تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها. ومنه ما يتجدد تلقائيا كالدم، ومنه ما لا يتجدد، ومنه ما له تأثير على الأنساب والمورثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه ما لا تأثير له على شئ من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه طبيا.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الإستفادة منها في ثلاث حالات:

حالة الأجنة التي تسقط تلقائيا.

حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

حالة " اللقائح المستنبتة خارج الرحم "

من حيث الأحكام الشرعية:

أولا: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان أخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسيا أو عضويا.

ثانيا: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان أخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثا: تجوز الإستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص أخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعا: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان أخر.

خامسا: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادسا: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعا: وينبغي ملاحظة: أن الإتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامنا: كل ماعدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

الملحق السابع

فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية، تحت رقم 20913 والمتعلقة بحكم العلاج

العلاج مشروع، ويجب على الطبيب الموظف لعلاج المرضى الذي عنده القدرة لمعالجة الناس، بذل ما في وسعه لعلاجهم رجاء شفائهم، أو التخفيف من ألامهم. ويدل على ذلك النصوص العامة في الشريعة التي تفيد التعاون، وإعانة المحتاج، وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل. ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه، فلا يجوز له ردهم، أو التساهل في علاجهم.

والله أعلم.

الملحق الثامن

توصيات الندوة الطبية الفقهية حول:

" الهندسة الوراثية " والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي

عقدت بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 10 – 13 أكتوبر 1988م، بدولة الكويت وبحثت المحاور التالية:

- زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي.
- زراعة الأعضاء التناسلية.
- استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء.
- البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.
- عدد البحوث المقدمة: 10 أبحاث.

وقد توصلت الندوة إلى التوصيات الأتية:

1- زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي:

المصدر الأول للحصول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه.

وترى الندوة أنه ليس في ذلك من بأس شرعا، وفيه ميزة القبول المناعي.

لأن الخلايا من الجسم نفسه والمصدر الثاني هو الحصول على الأنسجة من خلايا حية من مخ جنين باكر في الأسبوع العاشر أو الحادي عشر، وهناك طرق للحصول على هذه الخلايا:

الطريقة الأولى:

أخذها من جنين حيواني، وقد نجحت هذه الطريقة بين فصائل مختلفة من الحيوان ومن المأمول نجاحها باتخاذ الإحتياطات الطبية اللازمة لتفادي الرفض المناعي، وترى الندوة أنه لامانع شرعا من هذه الطريقة إن أمكن نجاحها.

الطريقة الثانية:

أخذها مباشرة من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرحم جراحيا وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخه، وترى الندوة حرمة ذلك شرعا إلا إذا كان بعد إجهاض تلقائي أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم، واتفق الرأي على تأكيد التوصية الخامسة في (ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام من تحريم إستخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ترى الندوة أنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان أخر إلا بضوابط لابد من توافرها.

2- زرع الأعضاء التناسلية:

أولا: الغدد التناسلية: انتهت الندوة إلى أن الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنفقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى إختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج.

ثانيا: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية: رأت الندوة بالأكثرية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي – ما عدا العورات المغلظة – التي لا تنقل الصفات الوراثية، جائز استجابة لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية التي جاءت في القرار رقم (1) من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المشار إليه سابقا.

ثالثا: تدعو الندوة جميع الحكومات الإسلامية إلى أن تسعى لوضع التشريعات اللازمة لضمان تنفيذ هذه التوصيات.

الملحق التاسع

تشريعات الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي الخاصة بالبحوث التي تجرى على الأجنة (مستخرج من وثيقة العمل حول الآثار الإجتماعية والقانونية والأخلاقية ، لهذه البحوث ، مقدم من طرف فرانسيسكو فيورى (Francesco Fiori) للبرلمان الأوروبي .

خصائصها / البلد	تاريخ القانون	شروط وأهداف البحوث	اللجان الأخلاقية التي تبدي الرأي في إجراء البحوث
ألمانيا	1992	– البحوث مسموح لها بشروط – يمنع الإستنساخ – البحوث يجب أن تكون مفيدة للجنين وعلى الأجنة المستوردة قبل 2002 – تجميد الأجنة ممنوع	اللجنة المركزية للأخلاقيات للمجلس الفدرالي للطب
النمسا	1992	– يمنع أي بحث على الأجنة – منح اللقائح ممنوع – تجميد الأجنة لمرخص لمدة سنة واحدة فقط	
بلجيكا	2003	– البحوث مسموح بها بشروط – إنتاج اللقائح لغرض البحث ممنوع	توجد لجنة في كل مؤسسة مؤهلة للبحث لإبداء الرأي
الدنمارك	1997	– البحوث مسموح بها بشروط – البويضات التي تخضع للبحوث	اللجنة الوطنية للأخلاقيات

		لا تستعمل في التلقيح الإصطناعي – التجميد مرخص لمدة سنة بشرط موافقة الزوجين	الصحة والبحث
اسبانيا	1988	– البحوث مسموح لها بشروط، خلال 14 يوم وبموافقة الزوجين – البحوث لأهداف غير علاجية، مرخص فقط في الأجنة غير القابلة للحياة	
فيلاندا	1999	– البحوث مسموح بها بشروط – إنتاج اللقائح لغرض البحث ممنوع – البحوث يجب أن ترخص بها المرأة الحامل. – التجميد يمكن لمدة 15 سنة ثم تتلف	ترخص السلطة الوطنية للشؤون الطبية والقانونية للمؤسسات المتخصصة فقط
فرنسا	1994	– البحوث مسموح بها بشروط ، وتكون خلال 7 أيام وبموافقة الزوجين – يمنع كل أنواع الإستنساخ وكل إنشاء للقائح من أجل البحوث	اللجنة الإستشارية الوطنية لأخلاقيات العلوم البيولوجية والصحية
اليونان	لا يوجد أي قانون	– البحوث مسموح بها لمدة 14 يوما من وقت الإخصاب فقط – يمنع الإستنساخ	اللجنة الأخلاقية
إيرلندا	1983	– البحوث ممنوعة	
إيطاليا	2004	– التجارب والبحوث على الأجنة	اللجنة الوطنية

		ممنوعة	لأخلاقيات الأحياء
لكسابورج	لا يوجد		
هولندا	2000	– البحوث مسموح بها تمنع البحوث على الأجنة لأهداف علاجية	يشترط موافقة اللجنة المركزية للبحث
البرتغال	لا يوجد		
بريطانيا	1990	– البحوث مسموح بها لفترة لا تتجاوز 14 يوما . – التجميد مرخص لمدة 5 سنوات بترخيص	الهيئة العمومية المستقلة مكلفة بمراقبة البحوث على الأجنة والتلقيح الإصطناعي
السويد	1988 و 1991	– البحوث مسموح بها لمدة 14 يوما من وقت الإخصاب	

قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولا: المراجع باللغة العربية

- المراجع الفقهية:

1. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، 2011.
2. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.
3. سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، سوريا، 2011.
4. عصام موسى هادي، مجمع البحرين فيما صححه الألباني من الأحاديث على شرط الشيخين، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، الأردن.
5. محمد بن عمر بن سالم بازمول، أخلاق الطبيب المسلم، دار الميراث النبوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر،2011.
6. محمد مصطفى عمارة، جواهر البخاري وشرح القسطلاني 700 حديث مشروحة، المكتبة التجارية الكبرى، دون سنة طبع.
7. محمد ناصر الدين الألباني، أحكام الجنائز وبدعها، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، بيروت، 1986.
8. يوسف عبد الرحمن الفرت، قضايا فقهية معاصرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 2004.
9. يوسف القرضاوي، فتاوى في شؤون المرأة والأسرة معاصرة، دار البعث، الجزائر،1987.

- المراجع العامة

1. أبو اليزيد علي المتيت، جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، الطبعة الثالثة، الإسكندرية،1975.
2. أسحق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992.
3. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر،2005.
4. حسام الأحمد، حقوق السجين وضماناته في ضوء القانون والمقررات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
5. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الرابع الجزائر،1994.
6. عبد الرحمن ابن خلدون، المقدمة، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1983.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان – دون سنة طبع.
8. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري, ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر ،1993.
9. عمار بوضياف، مدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر،2007.
10. لحسين بن شيخ آيث ميلود، دروس في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر،2007.

11.مامون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات وفقا لآخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر،2011.

- المراجع المتخصصة

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2007.
2. أسعد عبد المجيد، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان،2009.
3. إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب " دراسة فقهية قانونية "، الأمل، الجزائر، 2012 .
4. أماني علي المتولي، ضوابط إستخدام الهندسة الوراثية والتلقيح الصناعي في الفقه والقانون، دار الكتاب الحديث، مصر،2018.
5. أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الإصطناعي طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية،دار الكتاب الحديث، مصر، 2012.
6. أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008.
7. باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
8. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

9. بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية، وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2016.

10.بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، 2015.

11. به روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2016.

12. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.

13. جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000.

14. جابر محجوب علي، دور الارادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

15. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،2008.

16.حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013.

17. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

18. حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الإصطناعي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016.

19. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014.

20. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

21. زبيدة إقروفة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

22. سناء عثمان الدبسي، الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

23. صبري القباني، أطفال تحت الطلب ومنع الحمل، دار العلم للملايين، الطبعة التاسعة والعشرون، بيروت لبنان، 1983.

24. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001.

25. عبد الرشيد مأمون عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

26. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

27. علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2009.

28. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2011.

29. غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى،2010.

30.فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن،2012.

31. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009.

32. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2009 .

33. مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

34.محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية،2015.

35. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992.

36. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع 1998.

37. محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007.

38. مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

39. منذر طيب البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والإستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، 2001.

40. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2014.

41. منير رضا حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

42. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطبعة الولاء الحديثة، 2007.

43. يوسف عبد الرحمن الفرت، قضايا فقهية معاصرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر،2004.

- القواميس ومعاجم اللغة:

1. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، دون سنة طبع.
2. المنجد الأبجدي، دار المشرق، لبنان، الطبعة السادسة، 1988.

- الأحكام والقرارات القضائية

- حكم للمحكمة الابتدائية لمدينة " نوت " بتاريخ 2011/02/10 الذي اعترف بنسب طفلة لصالح زوجين مثليين الجنس (ذكور)
- قرار المحكمة العليا رقم 248978 مؤرخ في 2000/11/21.
- نقض مدني فرنسي،2000/11/07، دالوز، I.R، ص 08،2000/11/293، J.C.P، 2001.
- المحكمة الابتدائية بتونس، 24/06/2013، نشرة الإعلام للجمعية التونسية للقانون والصحة، ديسمبر،2013، عدد 6.

المحكمة الابتدائية ببن عروس، 28/03/1990، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 2.

- محكمة الأحوال الشخصية، دمشق، 07/11/2017، قرار عدد 234.
- قرار محكمة النقض الفرنسية، 1835/06/28.
- قرار محكمة النقض الفرنسية،1862/07/21.
- قرار المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات، 1995/05/30، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1998.
- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1989/03/17، م. ق 1989، عدد 2.

- الأطروحات والرسائل الجامعية:

أ- الأطروحات الجامعية:

1. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2014 – 2015.
2. بشاتن صفية، الحماية القانونية للحياة الخاصة ،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011-2012.
3. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤلية المدنية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 – 2011.
4. زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012 – 2013.

ب- **الرسائل الجامعية:**

1. أحلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية رسالة ماجستير ،كلية الحقوق، الجزائر 2000 -2001
2. إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2010-2011.
3. عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق ،جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ،2013 - 2014.
4. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.
5. عميشي نعيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015.

- **المقالات :**

1. بن صغير مراد ، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية – دراسة مقارنة – مجلة البحوث والدراسات العلمية ، المركز الجامعي د.يحي فارس بالمدية ، العدد الأول، نوفمبر 2007
2. بن صغير مراد، القيمة القانونية لأخلاقيات مهنة الطب، مجلة دراسات قانونية، العدد11، 2014.
3. بن صغير مراد، مدى إلتزام الطبيب بتبصير(إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 4، جامعة الكويت، 2010.

4. تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري ،مجلة العلوم القانونية والإدارية ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد الرابع، 2006

5. حداد ليلى، جراحة التجميل، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري –تيزي وزو– عدد خاص ،2008

6. رايس محمد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 1 جويلية، 2007.

7. رايس محمد، محمد أمين امحاسني، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، العدد2، 2011.

8. رايس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008.

9. زبيدة إقروفه، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية ،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو عدد خاص، 2008.

10. سهى الصباحين، ومنير هليل، وفيصل شطناوي، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية ، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث – العلوم الإنسانية– المجلد 26–7– 2012

11. السيد سلامة السقا، زرع الأجنة إلى أين؟ مجلة منار الإسلام، العدد العاشر، 1984.

12. سيدهم مختار، المسؤلية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ،2011.

13. شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ، دون سنة طبع.
14. عامر نجيم، تغيير الجنس بين المنع والإباحة دراسة مقارنة ،مجلة الفقه والقانون الالكترونية، العدد الثالث والثلاثون ،2015.
15. العربي أحمد بلحاج ، المبادئ الشرعية والقانونية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 15 2013.
16. علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 ، 1998.
17. مامون عبد الكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2005.
18. مامون عبد الكريم، حق الطفل في الإستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء والأنسجة المتجددة والإستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 12، 2011.
19. محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 05، العدد 01، 2020.
20. مروك نصر الدين، الأم البديلة la mere porteuse بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، العدد الرابع (04)، المجلد 36، 1999.

21. مولاي محمد لمين، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد الأول، 2015.

22. هديلي أحمد، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد 1، 2007.

- النصوص القانونية الجزائرية

أ. الأوامر

- أمر رقم 06 – 03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية ،عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 ، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية

ب. القوانين

- القانون رقم 16- 01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 (الدستور)
- القانون رقم 18- 11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46.
- القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005
- قانون رقم 90 – 11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 17 بتاريخ 25 أفريل 1990
- القانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17 - 90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 98 – 09 المؤرخ في 19 أوت 1998

- قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

ج. المراسيم

- مرسوم تنفيذي رقم 92 – 276 مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52.

- المقابلات:

- مقابلة مع الدكتور سلطاني مصطفى أخصائي أمراض النساء والتوليد بسيدي بلعباس يوم 2022/05/09 على الساعة 14:00.

- مواقع الأنترنت:

- www.alfawzan.ws/alfawzan/fata...x تاريخ التصفح 03/21/ 2019.
- www.ibnothaimeen.com/publish/cat تاريخ التصفح 03/21/ 2019 .
- http //arabicpost.net تاريخ التصفح 2022/02/08.
- https//www.aljabriabed.net تاريخ التصفح 2022/02/10.
- Histoire fiv www.fiv.f

ثانيا: المراجع بالغة الفرنسية :

***Ouvrages généraux**

1. Henri lalou,Traité pratique de la responsabilité civile 3 éme Ed.
2. Nour Eddine terki, les obligations (responsabilité et régime général) office des publication universitaires ,Alger,1982.
3. Glanville Williams, textbook of criminal law, london,1978

***Ouvrages speciaux**

1. Abdelkader khadir ,guide du régime disciplinaire du médecin droit disciplinaire ,édition houma , Alger , 2014
2. Hannouz et hakem precis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit o.p.u ,alger,2000.
3. Jean penneau, la responsabilité du médecin, 3 édition Dalloz, 2004.
4. Abdelkader Khadir, Guide du régime disciplinaire du médecin droit disciplinaire, Editions Houma, 2014.

5. Pierre Lambert, Bioethique, bioethiques, Bruylant, 2003.
6. Francois Vialla, Les Grandes Décisions du droit médical, Edition Alpha,2010.
7. Abdelhafid ossoukine, Du droit médical en général et de l'éthique en particulier, itcis éditions, 2021.
8. vigneau,les disposition de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives a l'embryon et au fœtus humains, recueil Dalloz, 22/09/2011 n° 2224 et smadja, bioéthique aux sources des controverses sur l'embryon, Dalloz, paris, 2009.
9. Houssin Didier, le secret médical dans les nouvelles pratiques et les nouveaux champs de la médecine, recueil Dalloz, 2009
10. Abedelhafid Ossoukine,léthique biomédicale,Oran Algérie, dar gharb, éd.2000
11. V.J.M. Auby, le transsexualisme, juris-classeur de droit médical et hospitalier, n 56
12. Roberto ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses Al'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J., 1996.
13. Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) Assistance médicale a la procréation (AMP) université médicale virtuelle francophone,2011

***Théses**

1. Mamoun,Abdelkrim ,consent in therapy and experimentation , thesis subrmitted for the degree of master of laws (l.l.m) Université de glasgow,Ecosse,G.B 1990.
2. Manaoul (Cécile), la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de lobtention du DEA en droit social, université du droit et de la santé- lille3, année 1999-2000.

***LOIS**

- Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique (La République Française, Journal Officiel, 7 août 2004)
- Loi n° 2002-303 du 05/03/2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JORF 05/03/2002, p.4118
- Loi n 88-1138 du 20 décembre 1988 relative a la protection des personnes qui se prêtent a des recherches biomédicales,1,J.O.22 décembre 1988,j.c.p.n2.11-1-1989,textes 62199.

- Loi n° = 94- 654 du 29/07/94 , relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain , procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal J.o.f n° 175 du 30/07/1994
- Loi n°= 800- 2004, du06- 08-2004 relative à la bioéthique, modifé par la loi n°=2011- 214 du 07- 07- 2011, J,o,f n°=157 du 08- 07- 2011
- Loi de 1990 révisée en 2008 relative a la fécondation et a l'embryologie humaine. Loi de 2003 relative a la procréation médicalement assistée post mortem
- Loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et a la qualité du système de sante, journal officiel du 05 mars 2002
- Décret 90/1000 le 6 septembre 1990 relative de déontologie médicale

*** Jurisprudence judiciaire**

- Cass. 1er civ. 21/02/1961.j.c.p.1961
- Cass. 1er civ.05/05/1981,Gaz.pal,1981
- Cass. 1er civ.25/02/1997,D.1997.IR.p81
- Cass.1ére civ,14 déc.1965
- Cass. 1er civ.07/101998,jcp ed.G,doc 1,N°45,1998. Voir cahier des gestions hospitaliéres,Mars 2000,N°160.
- Arret de la cour constitutionnelle du 31/01/1989

الفهرس

مقدمة.....1

الباب الأول : التلقيح الاصطناعي على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية والقانونية 12

الفصل الأول: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب 15

المبحث الأول: عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي 16

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين 16

الفرع الأول: مفاهيم عامة حول عملية التلقيح الإصطناعي 16

أولا: التعريف اللغوي للتلقيح الإصطناعي 17

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للتلقيح الاصطناعي 18

ثالثا: التلقيح الاصطناعي في الاصطلاح الطبي 18

رابعا: التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري 19

الفرع الثاني: التطور التاريخي للتلقيح الإصطناعي 20

الفرع الثالث: أسباب لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي 22

الفرع الرابع: تمييز العقم عن العيوب العضوية عند الزوج 24

المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بمساهمة الغير 27

الفرع الأول: التكييف القانوني للتبرع بالنطف 28

الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توفرها للتبرع بالنطف 30

أولا: تطبيق مبدأ السرية 30

1- في القوانين المقارنة: 31

2- في التشريع الجزائري: 33

ثانيا: مبدأ مجانية التبرع 34

1- في القوانين المقارنة 34

2- في التشريع الجزائري 37

الفرع الثالث: أحكام التبرع بالنطف من الناحية الشرعية والأخلاقية 38

المبحث الثاني: عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي 43

المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي عن طريق الأنابيب 44

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الإصطناعي الخارجي 44

أولا: تعريف التلقيح الإصطناعي الخارجي 45

ثانيا: كيفية إجرائه 46

الفرع الثاني: أشكال التلقيح الإصطناعي الخارجي 47

الفرع الثالث: طبيعة البويضات الملقحة الزائدة عن الإستعمال وحكم التخلص منها . 51

أولا: الرأي المعارض لإستغلال البويضة الملقحة الزائدة: 53
ثانيا: الرأي المبيح لإستغلال البويضة الملقحة الزائدة: 55
ثالثا: رأي الباحث 57
المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة 57
الفرع الأول: ماهية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام 59
أولا: نبذة تاريخية عن التلقيح بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام 59
ثانيا: مفهوم التلقيح بواسطة الأم البديلة وتأجير الأرحام 60
الفرع الثاني: التكييف القانوني للعلاقة الناشئة بين الزوجين والأم البديلة 61
أولا: إعتباره عقد بيع 62
ثانيا: إعتباره عقد عمل 62
ثالثا: إعتباره عقد إيجار 63
رابعا: إعتباره عقد مقاولة أو عقد صناعة 65
الفرع الثالث: إلتزامات الأطراف في التلقيح بواسطة الأم البديلة وموقف الفقه والقضاء من العملية 65
أولا: إلتزامات الأب البيولوجي 66
ثانيا: إلتزامات الأم الحامل 66
ثالثا: موقف الفقه من عملية تأجير الأرحام 67
رابعا: موقف القضاء من عملية تأجير الأرحام 69
1-القضاء الفرنسي: 69
2-القضاء البريطاني: 70
الفصل الثاني: التلقيح الإصطناعي وفقا للأحكام الشرعية والقانونية 71
المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الإصطناعي 73
المطلب الأول: أحكام التداوي في الشريعة الإسلامية 74
الفرع الأول: فكرة التداوي من الأمراض والعلل في الفقه الإسلامي 74
أولا: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن العلاج الطبي 74
ثانيا: فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية 75
الفرع الثاني: الموازنة بين فكرة العلاج ومسألة التخليق 76
الفرع الثالث: حكم الإطلاع والكشف على عورة المرأة الخاضعة لعملية التلقيح الاصطناعي 79
المطلب الثاني: الإخصاب الإصطناعي بين المؤيدين والمعارضين 83

الفرع الأول: الآراء المؤيدة لعملية التلقيح الإصطناعي 83
أولا: رأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي 83
ثانيا: فتوى الإمام محمد شلتوت 85
ثالثا: فتوى الشيخ عطية صقر 85
الفرع الثاني: الآراء المعارضة لعملية التلقيح الإصطناعي..... 85
أولا: آراء علماء الفقه الإسلامي : 86
1- فتوى الشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس الجزائري: 86
2- فتوى الشيخ صالح بن فوزان الفوزان: 87
3- فتوى الشيخ محمد بن صالح العثيمين- رحمه الله- 88
4- فتاوى الشيخ الألباني – رحمه الله-..... 88
المبحث الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب 89
المطلب الأول: الأحكـــام القانونيـــة الخاصة بالشخص الخاضع لعملية التلقيح الإصطناعي 90
الفرع الأول: الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري 91
الشرط الأول: وهو أن يكون الزواج شرعيا..... 91
الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما..... 94
أولا: تعريف الرضاء 98
1- تعريف الإلتزام بالرضا المتبصر 99
2- شكل الرضاء..... 100
ثانيا: أن يكون التلقيح أثناء حياتهما 101
1- حالة إجراء التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وأثناء العدة الشرعية..... 101
2- حالة إجراء التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وبعد إنقضاء عدة الوفاة 103
الشرط الثالث: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما 104
الشرط الرابع: عدم جواز استعمال الأم البديلة 105
الفرع الثاني: الأحكام الواردة في قانون الصحة الجزائري : 106
المطلب الثاني: الأحكام القانونية المتعلقة بالطبيب القائم بعملية التلقيح الإصطناعي.. 110
الفرع الأول: إلتزام الطبيب بتبصير المريض..... 110
أولا: الإلتزام بالتبصير في مرحلة الفحص والتشخيص..... 112
ثانيا: الإلتزام بالتبصير في مرحلة العلاج 114
1- طريقة العلاج 114

2- بدائل العلاج 115
ثالثا: الإلتزام بالتبصير اللاحق على العلاج 118
الفرع الثاني: إلتزام الطبيب بالسلامة 122
الفرع الثالث: إلتزام الطبيب بالسرية 125
خلاصة الباب الأول: 128
الباب الثاني: صور التقدم الطبي الخاصة بالأساليب المستحدثة لعلاج العقم وانعكاساتها القانونية والأخلاقية 129
الفصل الأول: الممارسات الطبية الماسة بالمقاصد الضرورية للإنجاب 132
المبحث الأول: حفظ وتجميد الأجنة البشرية بين الضرورة العلاجية ومتطلبات البحث العلمي 133
المطلب الأول: بنوك حفظ وتجميد المواد التناسلية البشرية 133
الفرع الأول: مفهوم بنوك الأجنة البشرية 134
الفرع الثاني: الأسباب الداعية لتجميد الأجنة 135
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من إنشاء بنوك الأجنة 137
أولا: موقف التشريع والقضاء البريطاني 137
1- القانون البريطاني: 137
2- القضاء البريطاني: 139
ثانيا: موقف التشريع والقضاء الفرنسي 141
1- القانون الفرنسي 141
2- القضاء الفرنسي: 143
المطلب الثاني: الأغراض العلاجية للمنتجات التناسلية المجمدة 143
الفرع الأول: الفوائد الطبية العلاجية للخلايا الجذعية الجنينية المجمدة 144
أولا: تعريف الخلايا الجذعية الجنينية 144
ثانيا: أقسام الخلايا الجذعية الجنينية 145
1- الخلايا الجذعية الجنينية: 145
2- الخلايا الجذعية البالغة: 146
3- خلايا الحبل السري: 147
أولا: اللقائح الفائضة عن عمليات التلقيح الإصطناعي 148
ثانيا: استنساخ الأجنة 150
ثالثا: المشيمة والحبل السري 151

رابعا: السائل الأمينوسي 151
الفرع الثالث: طرق الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية 151
أولا: طريقة Dr. James A.thomson 151
ثانيا: طريقة الدكتور(Gearhart) 152
ثالثا: طريقة الإستنساخ العلاجي 152
الفرع الرابع: موقف التشريعات المقارنة من العلاج بالخلايا الجذعية الجنينية 153
الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري من تقنية العلاج بالخلايا الجذعية..... 154
المطلب الثالث: الأهداف البحثية والعلمية للأجنة المجمدة 155
الفرع الأول: حماية الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي في ظل التجارب العلمية والبحثية 156
أولا: مفهوم التجربة الطبية: 157
ثانيا: أنواع الأجنة الفائضة عن عمليات التلقيح الإصطناعي 157
1- الجنين المخصص للأبحاث: 157
2- الجنين الإحتياطي: 159
3- الجنين الدواء: 160
الفرع الثاني: الحدود الشرعية للحماية الواجبة للمضغ البشرية من إجراء التجارب الطبية عليها 161
أولا: مسألة بداية الحياة الإنسانية: 161
1- الرأي الأول: 162
2- الرأي الثاني: 163
3- الرأي الثالث: 165
4- رأي الباحث: 166
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الحماية القانونية المقررة للمساس بالأجنة الملقحة مخبريا 166
أولا: موقف القانون الفرنسي: 166
ثانيا: موقف القانون البريطاني 168
المبحث الثاني: زراعة ونقل الأعضاء التناسلية كأسلوب طبي لعلاج مشاكل الإنجاب.. 169
المطلب الأول: الآثار المترتبة على زراعة الغدد والأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية 170
الفرع الأول: ماهية الغدد والأعضاء التناسلية 170

أولا: تعريف الغدد 171
1- تعريف الغدد لغة: 171
2- تعريف الغدد إصطلاحا: 171
ثانيا: تعريف الأعضاء 171
1- في الإصطلاح الفقهي: 171
2- في الإصطلاح الطبي: 171
ثالثا: أنواع الغدد والأعضاء التناسلية عند المرأة والرجل 172
1- بالنسبة للرجل: 172
2- بالنسبة للمرأة 174
الفرع الثاني: تمييز بعض الممارسات الطبية المشابهة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء التناسلية 175
أولا: عمليات تغيير الجنس 176
ثانيا: عمليات تثبيت الجنس 178
الفرع الثالث: أثر نقل وزرع الغدد الحاملة للشفرة الوراثية على النسب 180
أولا: حكم نقل وزراعة الغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية 180
1- نقل وزرع الخصيتين والمبيضين: 181
المطلب الثاني: زراعة الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية وأثرها على نسب الطفل 184
الفرع الأول: أنواع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية 184
أولا: زراعة الرحم 185
ثانيا: زراعة القضيب والفرج 186
الفرع الثاني: الأحكـــام الشرعية لزراعة الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية 187
أولا: الحكم بعدم الجواز 187
ثانيا: القول بالجواز 189
ثالثا: الفريق القائل بجواز نقل هذه الأعضاء بإستثناء العورات المغلظة 190
الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة عن الأساليب الحديثة للمساعدة الطبية على الإنجاب .. 191
المبحث الأول: التلقيح الإصطناعي في ظل قواعد المسؤولية المدنية 192
المطلب الأول: الأخطاء الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي 192
الفرع الأول: الخطأ في التشخيص والفحص السابق لعملية التلقيح الإصطناعي ... 193

أولا: مفهوم الخطأ الطبي في عمليات التلقيح الإصطناعي 193
ثانيا: الخطأ في التشخيص 197
الفرع الثاني: الخطأ في مرحلة تنفيذ التلقيح الإصطناعي..... 199
الفرع الثالث: الخطأ في الرقابة 201
المطلب الثاني: الأضرار الناجمة عن الخطأ في إجراء عملية التلقيح الإصطناعي... 203
الفرع الأول: الضرر المادي 203
الفرع الثاني: الضرر المعنوي 205
الفرع الثالث: تفويت الفرصة..... 206
المطلب الثاني: الرابطة السببية بين الخطأ والضرر 208
الفرع الأول: ماهية العلاقة السببية..... 208
الفرع الثاني: المباشر والمتسبب في التلقيح الإصطناعي 210
الفرع الثالث: موقف التشريع والقضاء الجزائري من علاقة السببية..... 211
المبحث الثاني: أخطاء الأطباء المرتبة للمسؤولية الطبية الجنائية عن استخدام الأساليب الحديثة..... 212
المطلب الأول: نمـــاذج عن سوء إستخـــدام الأسالـــيب الحديثة في علاج مشاكل الإنجاب 214
الفرع الأول: عدم الحصول على رضا الزوجين بالتلقيح الإصطناعي 214
الفرع الثاني: إفشاء سر العملية 216
الفرع الثالث: استغلال البويضات الملقحة والمجمدة 218
الفرع الرابع: استنساخ خلايا بشرية بغرض تكوين إنسان..... 220
المطلب الثاني: الجرائم المرتبطة بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب 221
الفرع الأول: علاقة التلقيح الصناعي بجريمة نسب الطفل زورا لغير أهله..... 222
الفرع الثاني: إثارة التلقيح الإصطناعي لجريمة هتك العرض..... 223
الفرع الثالث: العلاقة بين جريمة الزنا وعملية التلقيح الإصطناعي..... 224
الفرع الرابع: العلاقة بين جريمة الإغتصاب وعملية التلقيح الإصطناعي..... 226
الفرع الخامس: جريمة الإجهاض الجنائي وعلاقتها بالتلقيح الإصطناعي 227
المطلب الثالث: الفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي في المجال الطبي 230
الفرع الأول: أوجه المقارنة بين المبادئ التي تحكم الخطأ المدني والخطأ الجنائي 230
الفرع الثاني: من حيث الإثبات 233
خلاصة الباب الثاني: 234

خاتمة..... 236
الملاحق 248
قائمة المراجع..... 267
الفهرس..... 283

الملخص:

لقد دفعت الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية وتوصل علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث إلى النجاح في عملية الإخصاب الإصطناعي، وأمام تباين مواقف القوانين المقارنة ووجهات نظر وآراء الفقهاء من العملية، وفي ظل المسعى الذي تنتهجه بلادنا نحو تجسيد فكرة حقوق الإنسان ووضع المنظومة الصحية ضمن أولوية المشاريع في ظل الأزمات الصحية المتكررة التي يشهدها العالم، تحاول هذه الدراسة البحث في الأحكام القانونية والشرعية لعملية التلقيح الإصطناعي والإشكاليات التي تطرحها لتكون كخارطة طريق للمشرع الجزائري على إعادة النظر في التنظيم القانوني لعملية المساعدة الطبية على الإنجاب.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الإصطناعي، تأجير الأرحام، الخلايا الجذعية، الأجنة المجمدة، النسب.

Résumé :

Les découvertes récentes des sciences médicales et biologiques, ainsi que des embryologistes et des généticiens de l'ère moderne, ont poussé au succès du processus de fécondation artificielle, et vu les différentes positions des droits comparés et des regards et opinions des juristes sur le processus, et au regard de l'effort que poursuit notre pays pour incarner l'idée des droits de l'homme et inscrire le système de santé dans la priorité des projets, en à la lumière des crises sanitaires récurrentes que connaît le monde, cette étude tente de chercher dans les dispositions légales et de la charia, le procédé d'insémination artificielle et les problèmes qu'il pose comme feuille de route au législateur algérien pour reconsidérer l'encadrement juridique du procédé d'assistance médicale dans la procréation.

Mots clés : Insémination artificielle, gestation pour autrui, cellules souches, embryons congelés, descent.

Abstract :

The recent discoveries of medical and biological sciences, and embryologists and geneticists in the modern era, have pushed for success in the process of artificial fertilization.

In view of the different positions of comparative laws and the views and opinions of jurists on the process, and in light of the endeavor pursued by our country towards embodying the idea of human rights and placing the health system within the priority of projects, in light of the recurrent health crises witnessed by the world , this study attempts to search in the legal rulings and the sharia rulings of the process Artificial insemination, and the problems it poses as a road map for the Algerian legislator to reconsider the legal regulation of the process of medical assistance in procreation.

Keywords: artificial insemination, surrogacy, stem cells, frozen embryos, lineage.