

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الإطار القانوني الإنجاب الاصطناعي (دراسة مقارنة)

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الطبي

الشعبة: حقوق

تحت إشراف الدكتور :

من إعداد الطالبة :

-بن بدرة عفيف

- بلحر صفاء

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور.....زواتين خالد.....رئيسا

الدكتور..... بن بدرة عفيفمشرفا مقرا

الدكتور بن عوالي عليمناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم: 2022/07/03

إهداء

الى حلوة اللبن التي ما خالط لبنها يوما سكر المصالح

.الى صاحبة الحبل السري الذي لا يزال

اثره باقيا في حتى الآن لأكون صفاء كما أسمتني و عطاءا كما ربتني .

الى نور عيني و ضوء دربي و مهجة حياتي .

أمي ثم أمي ثم أمي من كانت دعواتها و كلماتها

رفيق الأفق و التفوق

.الى السند و العضد و الساعد أخواتي حفظهم الله لي و أدامهم عزوة لي .

أزف لكم الإهداء حبا و رفعة و كرامة .

الى كل من علمني حرفا .

الى كل من ساندني و لو بابتسامة . الى العلم و رواده و طلابه.

شكر و تقدير

الشكر الاول - لله خالق الخلق من العدم شكر و حمد لا يترجمه مداد و لا قلم أما
الشكر الثاني فأوزعه على كل من منحوني بصيص أمل فأبصر بفضلهم بحثي العلمي
النور

- أخص بالذكر الأستاذ المشرف "بن بدرة عفيف" الذي أتقدم له بخالص الشكر و
الإحترام و التقدير لقبوله الإشراف على هذه الرسالة و الذي كان لعلمه و فضله و
حسن توجيهاته تصويب أفكاري المشتتة نحو الهدف الأساسي للمذكرة لذا أقدر جهودك
المضنية فوجب علي تقديرك فلك مني كل الشناء و التقدير فقلة من الناس أولئك الذين
حازو بسماة الإنسانية و الكفاءة ليسيروا "وحدهم" في فضاء النبل سيأهم الصفاء و
العطاء لا يسألون مقابل ذلك إلا الذكاء و العلم و قد اكتسبتم أستاذي الفاضل هذه
الصفات

مقدمة

تعتبر حاجة الإنسان إلى إنجاب ذرية ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ، وأن هذه الحاجة يبررها حب البقاء على الأرض وإقامة خلافة إنسانية متواصلة فوقها، كما تعتبر أداة التواصل بين الأجيال ، ولتحقيق ذلك قررت الشرائع السماوية فرض علاقة الزواج، قوامها التراضي المعبر عنه بين الرجل والمرأة، نظمت القوانين الوضعية بما يضمن حماية الحقوق ويحدد التزامات كل من الطرفين.

ويعد الإنجاب أهم غاية مشروعة يهدف إليها عقد الزواج، و تتطلع إليه النفس البشرية غير أن ذلك قد تعترضه عوائق مرضية تحول دون تحقق هذه النتيجة، ترجع أساسا إما إلى العقم التام لأحد الزوجين، أو إلى خلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما. علما وأن العقم أصبح قاسما مشتركا بين الزوجين، إذ أنه وعلى عكس ما كان معتقدا سابقا في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب، فإن الطب الحديث قد كشف على أن كلا الزوجين يتحمل ضلعا في ذلك ، وقد تصدت العلوم الطبية الحديثة لعلاج حالات ضعف الخصوبة، واقتراح حلول بديلة للعقم، باستعمال وسائل يتماشى بعضها مع قواعد الدين والأخلاق، ومع النصوص القانونية السارية المفعول، ويتنافى البعض الآخر معها لمخالفتها مبادئ وقواعد النظام العام.

هذا وكشفت العلوم الطبية الحديثة وجود عدة وسائل للإنجاب الإصطناعي ، لمكافحة ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه، استقبلها ذو الحاجة بكثير من الإعجاب والأمل، وأصبح عدد المستخدمين لها يزداد يوما بعد يوم ومما ساعد على استعمال هذه الوسائل الطبية، هو النتائج الإيجابية التي توصل إليها العلماء ، وهم بصدد بحثهم في تقنيات تجميد بذور الإنجاب الذكورية والبويضات المخصبة، وطرق حفظها بمراكز متخصصة الفترة زمنية، ثم إعادة تسليمها لأصحابها بهدف ممارسة محاولات التلقيح الإصطناعي خارج رحم المرأة.

وإذا حاولنا تصنيف هذه الوسائل ، فإنه يمكن تقسيمها إلى عدة أنواع فهناك وسيلة معالجة ضعف خصوبة وعقم الزوج، تقوم على نقل النطفة الذكورية من الزوج إلى موقعها المناسب في رحم الزوجة، مع تحقيق عملية التلقيح داخل رحمها، وهناك وسيلة التلقيح

الإصطناعي الخارجي، تتم بواسطة أنبوب الاختبار، وذلك عن طريق وضع نطفة الزوج وبويضة الزوجة في أنبوب اختبار طبي، مع تحقيق عملية التلقيح داخل ذلك الأنبوب، ثم نقل البويضة المخصبة إلى الزوجة بعد فترة زمنية لتتمكن من النمو الطبيعي بها إلى جانب هاتين الوسيلتين، أوجد التطور الطبي وسائل أخرى يعتمد فيها على شخص ثالث أجنبي عن الزوجين ويعتمد هذا الأسلوب على التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج، أو بواسطة استعمال بويضة مخصبة متبرع بها لإتمام عملية التلقيح، كما ظهرت إلى الوجود وسيلة جديدة تقوم على الإستعانة بامرأة خارجة عن نطاق الزوجية، تتكفل بالحمل لصالح الزوجين.

غير أن هذه الأساليب العلاجية عرفت فيما بعد، الكثير من التجاوزات التي تتنافى والمبادئ القانونية والقيم الأخلاقية والدينية، إذ فتحت الباب للتلاعب بالنطف والبويضات مسببة بذلك اختلاط الأنساب. بل وإنها شجعت على ابتزاز الأموال، عن طريق المتاجرة في كل ما من شأنه أن يحقق إنجاب الذرية بواسطة التلقيح الإصطناعي.

وأمام التطور الذي عرفته وسائل مكافحة ضعف الخصوبة و العقم، برزت هناك عدة تساؤلات قانونية، تتعلق أساسا بالبحث عن الطبيعة القانونية لمختلف تقنيات الإنجاب الإصطناعي و مدى مشروعيتها، خاصة عندما يقتضي الأمر تدخل شخص ثالث أجنبي عن الزوجين، طبييا كان أو وسيطا، يساهم بشكل أو بآخر في إتمام العملية بمقابل أو عن طريق التبرع، و تلك أسئلة تستلزم البحث عن طبيعة العلاقات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بعملية الإنجاب، كما أنها تقتضي منا تحديد الإتفاقات المختلفة، الطبية منها و غير الطبية، التي يتم إبرامها لتحقيق العملية.

وإذا كانت هذه الأساليب المتنوعة للإنجاب الإصطناعي، قد تم الاعتراف بها في معظم المجتمعات الغربية التي طغت عليها الإباحية، وتم تنظيمها وتحديد الإطار القانوني لها، فإن الأمر ليس على إطلاقه في البلدان أو المجتمعات العربية، التي تحتكم إلى الشريعة الإسلامية الغراء، نظرا لما قد يسببه نظام الإنجاب الإصطناعي من اختلاط في الأنساب، وهو

ما يؤدي إلى خلق مشاكل أو حالات تتنافى و أحكام الميراث وإثبات النسب في هذه المجتمعات.

ومما سبق ونظرا لأهمية الموضوع المعالج، وتعدد جوانبه فإنه تبرز أمامنا الإشكالية التالية: هل الإنجاب الإصطناعي طريقة من الطرق الشرعية الجديرة بإثبات النسب ؟

أهداف البحث:

نهدف من خلال دراستنا هذه إلى تحقيق الأهداف التالية:

- إبراز مختلف التقنيات المختلفة الحديثة للإنجاب الإصطناعي.
- الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدام وسائل الإنجاب الإصطناعي.
- إبراز موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من الإنجاب الإصطناعي.
- بيان موقف المشرع الجزائري من الإنجاب الإصطناعي.
- أهمية البحث: يستمد البحث أهميته من أهمية الموضوع، وذلك من عدة جوانب:
- الأهمية العلمية للبحث تتمثل في إسهامه إلى حد ما بتعريف أحد أهم المواضيع التي اكتسبت أهمية كبيرة خصوصا في العصر الحالي.
- المساهمة في إثراء مكتبتنا بأحدث البحوث التي تعالج أحد أهم المواضيع التي اكتسبت أهمية كبيرة خصوصا في العصر الحالي.
- التعرف ميدانيا على طرق وأساليب اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لتجنب الوقوع في الخطأ.

دوافع اختيار الموضوع:

1- سبب ذاتي:

إيماننا المنطلق و التام أن أعظم مشكلاتنا هي في عالم الأشخاص و ليس في عالم الأشياء وأن العلاقة الزوجية القائمة بين الزوجين تقوم أساسا على المودة و الرحمة وإنجاب الأولاد لهدف تكوين مجتمع سليم.

2- سبب موضوعي:

لا شك أن موضوع الإنجاب الإصطناعي من المواضيع الصعبة و الشائعة والمعقدة التي تثير الكثير من الإشكاليات ، فمن ناحية أولى هذا الموضوع متحرك ومتطور لا يمكن ضبطه من ناحية ثانية هناك مبادئ ومسلمات قانونية يصعب تخطيها لأنها مذكورة في القرآن الكريم و تطرق لها أيضا المشرع الجزائري للحد من ظاهرة الفساد في المجتمع. الميول الشخصي لمعالجة هذا الموضوع لأنه يتماشى مع الأوضاع الراهنة وبالأخص في هذا الوقت الذي يسمى بعصر التطورو السرعة .

أهداف البحث:

- إبراز مختلف التقنيات المختلفة الحديثة للإنجاب الإصطناعي.
- الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدام وسائل الإنجاب الإصطناعي
- وإبراز موقف الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من الإنجاب الإصطناعي
- بيان موقف المشرع الجزائري من الإنجاب الإصطناعي . منهج الدراسة:
- لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي الوصفي وذلك عن طريق التحليل النظري بالتطرق إلى مختلف المفاهيم النظرية الخاصة بالإنجاب الإصطناعي والصعوبات التي تواجه الزوجين.

صعوبة الدراسة:

صعوبة إيجاد المصادر والمراجع للقيام بالدراسة التحليلية لأن طبيعة الموضوع تتطلب ذلك بهدف استيعاب المعارف النظرية بشكل أحسن.

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية للموضوع تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان أساليب وطرق الإنجاب الإصطناعي حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان تعدد تقنيات الإنجاب الإصطناعي ، وفي المبحث الثاني طبيعة العلاقة الطبية بين الطبيب والام الحامل

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه الإنجاب الإصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في المبحث الأول سنتطرق موقف الفقه الإسلامي من الإنجاب الإصطناعي ، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى موقف القانون من نظام الإنجاب الإصطناعي

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

أساليب وطرق الإنجاب الإصطناعي

يعرف بعض الفقه التلقيح الاصطناعي بأنه " إدخال البذور الفكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق العادي"، غير أن هذا التعريف جاء شاملاً لمجمل العمليات، التي تحقق عملية التلقيح بغير الطريق الطبيعي، حتى ولو لم تكن الغاية من ذلك هي العلاج، ونظراً الشمولية هذا التعريف، فقد اقترح جانب آخر من الفقه تعريفاً آخر مؤداه، أن التلقيح الاصطناعي هو "مجموعة الأعمال الهادفة إلى وضع البذور الذكرية والأنثوية معا بطريقة صناعية بقصد الاندماج¹.

إلا أن هذا التعريف هو الآخر يؤخذ عليه إهماله للطابع العلاجي للتلقيح الاصطناعي، كما أنه لم يعد قادراً على أن يشمل الأنواع والأساليب المستجدة في ميدان الإنجاب الاصطناعي.

وتفادياً للنقص الذي يشوب هذا التعريف، حاول بعض المشاركين في المؤتمر الدولي للعقم المنعقد بنيويورك سنة 1953 استبدال عبارة "إصطناعي" بعبارة "علاجي" وذلك حتى يتجلى الطابع العلاجي لعملية التلقيح الاصطناعي، وبذلك أصبح هذا الأخير يعرف بأنه "عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي".

وإذا كان الفقه غير متفق على إعطاء تعريف واحد للتلقيح الاصطناعي، فإنه من الثابت أن عدم القدرة على الإنجاب تعود إلى عدة عوامل، يمكن حصرها في الإصابة بالعينة، وهي قلة عدد الحيوانات المنوية الحية في القذفة الواحدة، و الحموضة الزائدة للجهاز التناسلي للمرأة، وهو ما يسبب قتل الحيوانات المنوية، أو وجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلي للمرأة و الحيوانات المنوية أو الإفرازات الكثيفة لعنق رحم المرأة، وهو الأمر الذي يمنع دخول الحيوانات المنوية².

قد تعرض المشرع الفرنسي للإنجاب الاصطناعي وإن كان اللفظ مختلف حيث استخدم لفظ المساعدة الطبية وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية

¹- إبراهيم القطان، ندوة "الإنجاب في الإسلام" المنعقدة في 24 ماي 1984 - الطبعة الثانية 1991، ص372.

²- محمد علي البار، " أطفال الأنبوب والتلقيح الصناعي"، طبعة دار السعودية للنشر والتوزيع، 1990، ص 18

للإنجاب الاصطناعي الصادر في 30 جويلية 1994، وتنص المادة 152 فقرة 1 من هذا القانون على أن "المساعدة الطبية للإنجاب يعني بها الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي الذي يسمح بالحمل في بيئة مصنعة ونقل الأجنة والتلقيح الاصطناعي وكل تقنية لها أثر معادل، تسمح بالإنجاب خارج العملية التطبيقية"، لذا يرى بعض الفقه أن أفضل تعريف للإنجاب الاصطناعي هو التعريف بطريق الاستبعاد فالإنجاب الاصطناعي هو كل إنجاب خارج العملية الطبيعية أو خارج الإنجاب الطبيعي وهذا معناه أن عدم الإنجاب يرجع إلى ضعف خصوبة أحد الزوجين على الأقل أو عقمه.³

إن التلقيح الاصطناعي و إن كان يعد وسيلة لعلاج المشاكل النفسية الناتجة عن عدم إنجاب الذرية، فإنه يثير الكثير من المشاكل الطبية والأخلاقية والدينية والقانونية، والتي استدعت البحث عن الحلول اللازمة لها.

يضاف إلى ذلك أن التطور العلمي الذي عرفه التلقيح الاصطناعي، أدى إلى بروز مشاكل قانونية مستجدة، وذلك حينما تتجاوز هذه الأساليب العلمية للإنجاب الاصطناعي الرابطة الزوجية الشرعية إلى الرابطة الحرة، أو إذا تعلق الأمر بامرأة تعيش وحدها بعيدا عن كل علاقة زوجية أو علاقة حرة.

إن تحليل هذه المشاكل وما تطرحه من تساؤلات قانونية، يقتضي منا بداءة و بشكل عام التعرض لبيان أساليب الإنجاب الاصطناعي، التي توصل إليها العلم الحديث و تحديد طبيعتها القانونية، ثم بيان موقف الشرع أو الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع إبراز موقف القضاء منها لاسيما الفرنسي منه.

فمن أجل معالجة هذه الإشكالات المتعددة، التي تثيرها التقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي وبقصد تحديد طبيعتها القانونية، ارتأينا تقسيم هذا الفصل من المذكرة إلى مبحثين،

³ - عبد الرزاق سوكة: "أسباب العقم"، الجمعية المصرية للطب و القانون - القاهرة - 1988، ص 28 وما بعدها.

نتعرض في الأول إلى تعدد تقنيات الإنجاب الاصطناعي، ونعالج في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعمليات الإنجاب الاصطناعي⁴.

المبحث الأول: تعدد تقنيات الإنجاب الاصطناعي

لقد أدى التطور الطبي إلى تعدد في التقنيات المعتمدة في إطار الإنجاب الاصطناعي، كما أن هذه التقنيات أدت إلى بروز الكثير من الإشكالات القانونية.

وإذا حللنا التقنيات المعتمدة، فيمكننا حصرها في وسيلتين أساسيتين، تستهدف الأولى أساسا علاج عقم وضعف خصوبة الزوج، وأما الثانية فهي تسعى إلى علاج ضعف خصوبة الزوجة و عقمها. فإذا كان الزوج هو المسؤول عن حالة عدم الإنجاب فإن أسلوب العلاج المقترح يتم إما عن طريق التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج L'insemination artificielle conjugale أو التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج L'insemination artificielle avec donneur، أما في الحالة التي ترجع فيها مسؤولية عدم الإنجاب إلى المرأة، فإن أسلوب العلاج المتبع يتم بواسطة إحدى الطريقتين، إما الإخصاب خارج الرحم Fécondation in vitro (طفل الأنبوب)، أو عن طريق الحمل الصالح الغير La gestation pour le compte d'autrui ، وهو ما اصطلح على تسميته بإيجار الرحم أو الحمل بالإنابة. ولكل وسيلة إشكالاتها القانونية.

المطلب الأول: أساليب الإنجاب الاصطناعي لمعالجة ضعف الزوج وعقمه.

قد يكون الزوج مصابا بضعف الخصوبة أو بالعقم، فإذا ما اقتضى الأمر اللجوء إلى أسلوب الإنجاب الاصطناعي لعلاج ذلك، فإن التلقيح هنا قد يتم بنطفة الزوج، كما أنه قد يتم بغير نطفته وفيما يلي تحليل لكلا الصورتين.

⁴ حسين هيك، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية (دراسة مقارنة)، طبعة 2007، ص111.

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج

بقيت عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج تحت إشراف الطبيب، فكرة حبيسة لفترة طويلة من الزمن، لقد كانت هناك بعض الممارسات الطبية، غير أنها بقيت محدودة في نتائجها بسبب رفضها من طرف رجال الدين والمشرعين ، واستتكارها من طرف الرأي العام.

والى جانب هذا الرفض الذي عرفه التلقيح الاصطناعي، فقد كان هناك عائق علمي وعملي حال دون تحقيق أي نتيجة إيجابية لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج مرجعه عدم إمكانية حفظ النطف المجمدة لإعادة محاولات التلقيح عدة مرات وقد بقي هذا المانع قائما، إلى حين إنشاء مراكز أو ما اصطلح على تسميته ببنوك حفظ ودراسة السائل المنوي، والتي ساهمت إلى حد بعيد في إثارة مشاكل قانونية معقدة، تتمحور حول مسألة إثبات النسب.

إن من بين العلماء الذين ساهموا في عمليات التلقيح الاصطناعي، نشير إلى العالم الإنجليزي Hunter الذي نجح في تلقيح زوجة أحد التجار، باستعمال نطفة الزوج بواسطة الحقن مباشرة و ذلك سنة 1804، علما وأن هذه الطريقة العلمية في التلقيح لقيت موافقة من رجال الطب ، إذ صرح عميد كلية الطب بجامعة باريس الأستاذ Broundel، أنه يمكن اللجوء إلى هذه الوسيلة للإنجاب كلما فشلت الوسائل العادية للعلاج، شريطة ألا تترتب عليها مشاكل لدى الزوج والزوجة إذا لم يكن هناك سبب ظاهر للعقم⁵.

وبالرغم من هذا التطور الملحوظ الذي عرفه الإخصاب الاصطناعي والنتائج الباهرة التي حققها حينها، فإن الفكرة لم تسلم من الانتقادات اللاذعة والرفض القاطع، ذلك أن عملية الإخصاب تتطلب اللجوء إلى بعض الممارسات كجمع نطف الرجل عن طريق الإستمناء وتلك طريقة تبقى مستتكرة من طرف رجال الدين.

غير أنه ومع مطلع القرن العشرين ،فإن ممارسات الإخصاب الاصطناعي عادت للظهور مرة ثانية وأسفرت عن نتائج إيجابية، كما وأن عمليات الإخصاب الاصطناعي عرفت

⁵ العربي عبد القادر شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي، رسالة ماجستير 2009، جامعة وهران ،

في هذه الفترة تحقيق اكتشافين هامين ، فقد تم تحديد فترة ممارسة الإخصاب أو التخصيب خلال الدورة الشهرية، كما توصل العلماء إلى استحداث تقنيات علمية لحفظ النطف البشرية لفترة طويلة وتقادي إفسادها، أو ما يعرف بالنطف المجمدة.

إن هذا التطور العلمي في ميدان الإنجاب الإصطناعي، والذي يلعب الطبيب دورا هاما فيه بصفته وسيطا في العملية، قد أدى إلى بروز مشاكل قانونية تتمحور حول تحديد طبيعة العقد المبرم بين الطبيب والزوجين اللذين يخضعان لممارسة التلقيح الإصطناعي وكذلك الأحكام القانونية التي تنظم هذا العقد، أي هل هي نفس القواعد العامة للإلتزامات أم قواعد من نوع خاص، إلى جانب تحديد الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

ولا يخفى أن هذه التساؤلات وما تثيره من إشكالات قانونية قد عرضت على القضاء، ومن أمثلة ذلك، القضية التي قضت فيها محكمة إستئناف ليون في الحكم الصادر عنها بتاريخ: 28 ماي 1956، بإدانة الزوجة بسبب رضائها بالقيام بعملية التلقيح الإصطناعي، بالرغم من أن هذا التلقيح تم بنطفة زوجها ولضرورة العلاج، وعقابا لها قضت بتطليقها بسبب ارتكابها خطأ جسيما بحجة أن وسيلة العلاج التي خضعت لها كانت مهينة وغير شرعية، ولكن وبالرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسي لم ير مانعا من اعتماد حل مخالف في قضية أخرى، كان موضوعها يتعلق بإنكار البتوة ومن ذلك نذكر حكم محكمة إستئناف باريس المؤرخ في 10 فبراير 1956، والتي اعترفت من خلاله ضمنا بشرعية التلقيح الإصطناعي، وذلك حينما رتبت آثار قانونية عليه بإقرارها نسب الطفل الطب البيولوجي رغم عدم قيام رابطة الزوجية⁶.

إن هذا الإجتهد القضائي يبرز جليا الآثار القانونية المترتبة على تدخل الطبيب كوسيط بين الزوجين اللذين يخضعان لعملية التلقيح الإصطناعي فقد تشدد القضاء في أول وهلة بعدم اعترافه بهذه الآثار القانونية، وأخضعها للقواعد العامة للبطلان، غير أنه سرعان ما بدأ يبتعد عن فكرة البطلان ليتوصل إلى إقراره في بعض أحكامه، بحق الزوجة في اللجوء إلى التلقيح

⁶- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار بينة ، تلقيح إصطناعي ، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي، طبعة 2010. ص 122.

الإصطناعي بعد وفاة زوجها، وكان ذلك في حكم محكمة كرتاي المؤرخ في 01 أوت 1984 حيث وافقت هذه الأخيرة على طلب المرأة التي توفي عنها زوجها، وألزمت مركز حفظ و دراسة السائل المنوي بتسليمها مجمل عينات نطف زوجها المتوفى عنها، والتي كانت محفوظة على مستواه⁷.

ونظرا لما تلعبه مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي من دور هام في هذا المجال، فإننا نتعرض لذلك فيما يلي:

تعتبر مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي من أشخاص القانون الخاص ، تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، وتهدف إلى تحقيق حفظ السائل المنوي الإنساني لغرض العلاج ضد عدم الإنجاب، إلى جانب تحسين مستوى البحث العلمي والعلاجي كما تهتم هذه المراكز بنشاط آخر أكثر أهمية، وهو تلقي النطف المتنازل عنها، سواء تم ذلك عن طريق التبرع أو بمقابل، ثم تشرف على حفظها وإعادة التبرع بها على الأشخاص الذين يعانون من عدم القدرة على الإنجاب أو المصابين ببعض الأمراض الوراثية الخطيرة، ويتخوفون من نقلها لذريتهم مقابل دفع مصاريف الحفظ فقط.

إن إنشاء مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي واتساع مجال نشاطاتها، أدى إلى ظهور مشاكل قانونية خطيرة ومعقدة صعب على القضاء الفصل فيها، مما دفع بالمشروع إلى التفكير في عرض مشاريع قوانين على البرلمان، لأجل محاولة تنظيم عمل المراكز والمخابر التي تسهر على عمليات الإنجاب.

وقد نجم عن ذلك إصدار مرسومين وزاريين بفرنسا بتاريخ 1988/04/08 الأول تحت رقم: 88-327، يتضمن مجموعة من الأحكام الخاصة بأنشطة التلقيح الطبي المساعد، والثاني يحمل رقم: 88-328، و يتناول إنشاء لجنة وطنية لطب وبيولوجيا الإنجاب، كما تعززا هاذين المرسومين بصدور قانون 94-654 بتاريخ 1994/07/29 تولى تنظيم العديد من المسائل المتعلقة بأنشطة التلقيح الإصطناعي.

⁷- العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 16.

وعلى المستوى الأوروبي، فإن معظم الدول الأوروبية عرفت إنتشارا واسعا لنظام مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي، وهو الأمر الذي دعا المجلس الأوروبي إلى عملية التنسيق بين أنشطة مختلف المراكز الأوروبية، فوضع المشرع توصية حول التلقيح الإصطناعي الإنساني سنة 1979 تحول فيما بعد إلى مشروع اتفاقية أوروبية لتنظيم التلقيح الإصطناعي الإنساني⁸.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، فإنه ونظرا لطابعها الفيدرالي فإن عملية تنظيم وتقنين نشاطات مراكز حفظ السائل المنوي الإنساني، تختلف بحسب كل ولاية على حدة بالنظر إلى خصوصياتها. وقد وصل الأمر ببعض من هذه الولايات إلى توسيع نشاطات هذه المراكز الموجودة بها، إلى حد المناداة بالحق في الإنجاب ، وهو الأمر الذي نجم عنه فتح مراكز تحمل إسم "بنوك" للمرأة العزباء ، وكذا لذوي العلاقات الشاذة، بل وإلى تشجيع بعض المراكز لفكرة تحسين الجنس البشري بمقابل أما في البلاد العربية الإسلامية، فإننا نعتقد أن الإشكال لا يعود لوجود مانع شرعي أو قانوني، و إنما يرجع أصلا إلى عدم تطور وسائل الإنجاب الإصطناعي بها، وعدم توفير كل ضروريات نجاح مختلف عمليات التلقيح الإصطناعي، وهو عائق حال دون وجود مراكز حفظ السائل المنوي الإنساني وبالتالي ممارسة مختلف عمليات التلقيح الإصطناعي، إضافة إلى أنه لا يخفى على أحد مدى تعقيد وخطورة هذه العمليات، والتي من شأنها أن تتسبب في اختلاط الأنساب و بالتالي الدخول في المحرمات⁹.

ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج: إن من الحالات المتواترة في المجتمع البشري ميلاد الطفل بعد وفاة أبيه، فينسب إليه بالفراش ويترتب عن ثبوت النسب حقوق والتزامات أهمها حق التوارث وحق الحضانة والنفقة وتحديد المحرمات من النساء¹⁰.

ولقد أوجد الشرع الإسلامي من القرائن ما يكفي لإثبات نسب الولد لأبيه المتوفي ومن بين هذه الوسائل العدة، وهي المدة التي تراعيها المرأة المتوفى عنها زوجها، حتى تتأكد من

⁸- العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص19.

⁹- محمد علي البار، مرجع سابق، ص ، ص 62- 63

¹⁰- المواد 41، 43، 44، 173 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان

خلو الرحم قبل إقبالها على زواج ثاني، وهذه المدة محددة شرعا وقانونا بأربعة أشهر وعشرة أيام¹¹.

أما عن المدة التي تنقضي بين وفاة الأب وادعاء الأم بأن المولود من صلب الأب المتوفي، فقد اختلفت الآراء الفقهية بشأنها، فبينما حددها البعض بمدة أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الوفاة¹².

فإن آراء فقهية أخرى أوصلتها إلى مدة سنة أو سنتين، بل ووصلت عند البعض إلى خمس سنوات وهو ما اصطلح على تسميته "بالطفل النائم".

وبالنسبة للموضوع الذي نحن بصدد معالجته، فإننا نواجه هنا تلك الحالة التي لا يكون الجنين قد تكون فيها بعد، وإنما نكون بصدد عينات من السائل المنوي للزوج المتوفي، محفوظ بمركز حفظ والسائل المنوي، و أن الزوجة وبرغبة منها في إنجاب ذرية من زوجها المتوفي، تطلب الخضوع لعمليات التلقيح الاصطناعي بعد وفاته بسائله المنوي المحفوظ. وقد أجابت الكثير من التشريعات على هذه الحالة، واتفقت على تحديد فترة زمنية معينة إذا ولد خلالها الطفل ، فإنه يأخذ حكم الطفل الطبيعي، وبالتالي لا يكون بمقدوره أن يتمتع بنفس الحقوق المقررة للطفل الشرعي.

ولقد انقسم الفقه بشأن مشروعية لجوء المرأة الأرملة إلى التلقيح الاصطناعي¹³.

مع العلم أنه سبق وأن أثير هذا الإشكال في ظل القضاء الفرنسي، أين استند مؤيدو هذه الفكرة إلى عدة حجج أهمها:

- طالما أنه يمكن للمرأة التي تعيش بمفردها أن تتبنى طفلا ، فإنه ليس من المنطق حرمانها من أن يكون لها طفل من زوجها المتوفي مادام ذلك ممكنا.

¹¹ - المادة 59 من نفس القانون.

¹² - المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بالمادة 15 من القانون المصري رقم 29- 59 لسنة 1929 الذي حدد المدة بسنة واحدة، والمشرع الفرنسي في المادة 315 من القانون المدني حددها بـ 300 يوم من تاريخ وفاة الزوج وتترتب على ذلك كل الآثار القانونية المتعلقة بالنسب.

¹³ - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، الطبعة الأولى 1996، ص، ص 39-40

- أن الأرملة التي تلجأ إلى التلقيح الإصطناعي بعد وفاة زوجها، فإنها بذلك تحفظ ذاكرته بأن يكون لها طفل منه بعد وفاته.

أما الإتجاه المعارض ، فقد ارتكز على عدة أسس، تتلخص في مجملها في أنه لا يمكن القياس بين حق المرأة التي تعيش بمفردها، في التبني لإضفاء الطابع الشرعي على لجوء الأرملة إلى الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي بعد وفاة زوجها. ثم أن الهدف المرجو من التلقيح الإصطناعي هو مساعدة الأزواج الذين يعانون مشاكل في الإنجاب وأنه مادام الزواج منتهيا بالوفاة ، فإنه لم يعد هناك مجال للحديث عن حق الأرملة في إجراء عملية التلقيح الإصطناعي.

وفي مصر، يرى بعض الفقهاء أنه إذا أخذ ماء الرجل برضائه الثابت قبل وفاته، فإنه يكون للزوجة أن تستمر في إتمام الإجراءات إلى النهاية، دون حاجة إلى رضاء جديد من ورثة زوجها، وبالتالي ينسب المولود إلى الزوج المتوفى¹⁴.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فيرى بعضهم أن العملية وإن كانت غير مستحسنة، فإنها تبقى جائزة شرعا، شريطة أن تكون المرأة قد حملت بعد وفاة زوجها خلال فترة عدتها، أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهدت على ولادتها امرأة واحدة، أو رجل وإمرأتان عند الحنفية، فإن المولود يثبت تسميته لأبيه مادام الفراش قائم بقيام العدة والنسب ثابت قبل الولادة وكذلك مادامت النطفة من الأب¹⁵.

لكن وبالمقابل هناك إشكال قانوني يطرح نفسه، وهو أن وفاة الزوج تؤدي بالضرورة إلى حصر تركته وورثته حين وفاته، وهو ما يحول دون تحقيقه الإنجاب الإصطناعي. كما أن هناك مسألة معقدة تطرح في جل البلاد الإسلامية، التي تعرف تشريعاتها نظام تعدد الزوجات، فعند وفاة الزوج المتعدد الزوجات، فإن ذلك يعطي لكل زوجة من زوجاته، الحق في طلب تلقيحها إصطناعيا بمائه في حالة الإحتفاظ بعينات منه، فكيف يكون الحل إذا كانت هذه

¹⁴- توفيق حسن فرج ، "التنظيم القضائي الطفل الأنبوب" ندوة الإسكندرية 1985، ص 104.

¹⁵- عبد العزيز الخياط ، "العقم في الإسلام" وزارة الشؤون و الأوقاف بالأردن، 1981، ص 30.

العينات غير كافية لتلقيح كل زوجاته ثم إن هناك تساؤل جوهري مؤداه ، هل يعتبر السائل المنوي للزوج المتوفي من مخلفات تركته، ويقسم من ثم بين ورثته حسب أنصبتهم الشرعية؟. أي هل تطبق عليه أحكام قانون الميراث؟ وهو ما يدعونا للبحث في الطبيعة القانونية لهذه الذمة الجينية. كما أنه إذا سلمنا بأن الذمة الجينية من طبيعة خاصة، أفليس للورثة حق الاعتراض عليها، وخاصة إذا كان ميلاد الطفل بواسطة التلقيح الإصطناعي من شأنه حجب باقي الورثة حجب نقصان أو حجب حرمان؟.

إنه من الصعب بما كان المفاضلة بين الإتيهين، لذلك نعتقد أنه مادام المسلم به قانونا أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، فإنه يستحسن منع اللجوء إلى الإنجاب بعد وفاة الزوج بسائله المنوي المحفوظ، حفاظا على أحكام الإرث.

الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج.

لقد استقبل العديد من اللذين كانوا محرومين من الذرية نجاح تجارب التلقيح الإصطناعي بكثير من الإعجاب والأمل، لكن مقابل ذلك تعددت المشاكل القانونية وتعددت، بسبب التجاوزات التي لحقت ذلك. فدور الطبيب لم يتوقف على التلقيح بنطفة الزوج، بل تعدى ذلك في حالة انعدام السائل المنوي لدى الزوج، أو عدم احتوائه على الحيوانات المنوية، أو بسبب وجود أمراض وراثية خطيرة يخشى انتقالها للخلف، إلى استعمال نطف غير نطف الزوج لأجل الإنجاب.

إن أولى التجارب لهذه الوسيلة ترجع إلى الأربعينيات ، وفي بريطانيا ظهرت هذه التقنية الجديدة سنة 1884، وذلك بالاستعانة بالمتبرعين جلهم من الشباب والطلبة في مقابل مبالغ مالية، كما ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1881، غير أن هذه الوسيلة في ميدان التلقيح الإصطناعي، عرفت تباينا وجدلا واضحين، بالإضافة إلى إثارتها الإشكالات القانونية.

أولا: الجدل حول التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج.

لقد سبقت الإشارة إلى بعض الحالات المستعصية، التي تؤدي إلى ممارسة التلقيح الإصطناعي.

بغير نطفة الزوج، وهي الحالات التي كانت تستوجب من الزوجين، اللجوء إلى التبني وتلك مسألة لم تكن بالهينة، لأن الأمر يتطلب إتباع إجراءات إدارية وقانونية طويلة ومعقدة، وهو أمر كان له أثره الفعال في تشجيع الزوجين، على اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بنطفة رجل غير الزوج، لكن وعلى مستوى مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي، أصبحت هذه الأخيرة تعاني من ضعف نسبة المتبرعين نتيجة الإعلان عن حظر المقابل المالي، كما عرفت هذه المراكز من الناحية التنظيمية ولحسن سير عملها، عدة قواعد وشروط لحكم هذه الوسيلة في الإنجاب، بقصد تجنب الإصابة بالأمراض الخطيرة.

وفيما يخص موقف الفقه القانوني من هذه الوسيلة للإنجاب، فإنه انقسم إلى معارض ومؤيد لكل حججه و أسانيده.

فبالنسبة للإتجاه الأول، فإنه يرى أن هذه الممارسة غير مشروعة، وأن أي تصرف قانوني يبرم بشأنها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا فهذه العملية حسب رأي هذا الإتجاه، تتنافى ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص، وأن اللجوء إلى التلقيح بهبة النطف البشرية الصالح الغير ينجم عنه إحلال شخص أجنبي محل الأب البيولوجي والحقيقي للمولود كما يضيفون أن لعملية التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج آثار خطيرة على الوسط العائلي فوجود هذا المولود الجديد من شأنه أن يقلب رأسا على عقب نظرة كل من الزوج العاقر وتصرفاته نحو الطفل، إذ تبقى تسيطر عليه دائما فكرة كونه غير الأب الحقيقي والبيولوجي، وأن ذلك ينقص من رجولته. بل وإنه قد يكون لإكتشاف الطفل للحقيقة آثار نفسية خطيرة عليه، ورد فعل عنيف على أسرته.

أما الإتجاه الثاني، فيعتبر أن هذا النوع من التلقيح وفضلا على كونه يتمتع بالمشروعية، فإنه مفتاح لسعادة الزوجين ويقدم خدمة جليلة للإنسانية، ذلك أن التبرع بعينات من السائل المنوي الإنساني، يشبه التبرع بالدم والأعضاء والأنسجة البشرية، وهو ما يضيفي تقديرا لعملية التبرع بالنطف كما يرى هذا الإتجاه حول شرعية هذا النوع من التلقيح، أنه يمارس في إطار شرعي لكونه يقوم به شخص مختص وهو الطبيب ووفق عقود قانونية، سواء تعلق الأمر بعلاقة

الطبيب بالمعني بالأمر، أو تعلق الأمر بعلاقة مركز حفظ السائل المنوي بالمتبرع، أو بالمستفيد من عينات السائل المنوي. أما بالنسبة للحجة المرتكز فيها على الحالة النفسية، فإنها حسب مؤيدي هذا الإتجاه، تزداد تعقيدا وتفاقما في حالة انعدام الطفل عند الزوجين العقيمين، وبالتالي فوجود هذا الطفل ضمن الوسط العائلي، من شأنه أن يقوي الروابط العائلية ويحقق سعادة الزوجين.

ولكن وبالرغم من هذه التبريرات، فلازال عدة فقهاء ينادون بحظر اللجوء إلى هذه الوسيلة لمخالفتها و على وجه الخصوص لقواعد الأخلاق والدين. فقواعد الدين في المجتمعات الإسلامية تحرم مثل هذه الممارسات التي تؤدي إلى إختلاط الأنساب، والتي من شأنها أن تجعل الطفل يجهل أباه الحقيقي، وتخل بقدسية عقد الزواج، وهذا ما دفع ببعض التشريعات في الدول الإسلامية، إلى منح الرجل الذي يعاني من العقم الحق في طلب إنكار البتوة، استنادا على المعيار البيولوجي كما فعل ذلك المشرع الكويتي¹⁶.

اتخذ الشرع موقفا حول التلقيح الاصطناعي للزوجة بماء غريب يلجأ إليها عادة إما لإنعدام الحيوانات المنوية عند الزوج أو برغبة المرأة بالحصول على الولد من غير زوج كما هو الحال في الغرب، والتلقيح بهذه الصورة لايجوز، ويعد محرما بأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتوع بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين¹⁷

ثانيا: المشاكل القانونية المترتبة على عملية التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج.

إن استعمال الطبيب نطفة رجل في تلقيح امرأة غير زوجته، من شأنه أن يخلق مشاكل عديدة ومعقدة، قد يصعب على القضاء الوصول إلى حل عادل ومنطقي بشأنها.

¹⁶- رضا عبد الحليم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 69.

¹⁷- طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 2010، ص74.

إن هذه الحالة تدعونا إلى إثارة تساؤل، يتعلق بحكم إخضاع الزوجة جسدها لوسيلة التلقيح الإصطناعي بغير نطفة زوجها، في غياب علمه ورضائه، وهل تعد الزوجة في هذه الحالة مرتكبة لجنحة الزنا؟.

إن الإجابة على هذا السؤال تجرنا للبحث عن أركان هذه الجريمة وشروط قيامها؛ وهنا نشير إلى أن جل التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري في المادة 339 من قانون العقوبات، التي تقابلها المادة 274 من قانون العقوبات المصري، لم يعرفا هذه الجريمة مع أنها تعتبر جنحة في كليهما، وأنهما يشترطان لقيامها توافر شرط الزوجية، وتوقف تحريك الدعوى العمومية بشأنها على شكوى الزوج المضرور، والتي يؤدي سحبها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى إلى وضع حد للمتابعة الجزائية¹⁸.

ففي علاقة هذه الجنحة بهذه الصورة من التلقيح الإصطناعي، فإنه قد يبدو لأول وهلة أنه إذا تم التلقيح بغير نطفة الزوج ودون احترام الإجراءات القانونية، فإن الفعل يعد مكونا لجريمة الزنا، غير أن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو هل يشترط لقيام جنحة الزنا فعل الواقعة؟، وهو إيلاج عضو الذكر في الموضع الطبيعي المعد له¹⁹.

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نقف على الحكمة من وراء تجريم فعل الزنا فهل المقصود بذلك هو حماية المعاشرة الجنسية بين امرأة ورجل لا تربطهما علاقة زوجية؟. أم أن المشرع يهدف إلى المحافظة على عدم اختلاط الأنساب، بمعنى إدخال عنصر أجنبي (بيولوجي) على الأسرة؟²⁰.

¹⁸- لمادة 339 فقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري و كذا المادة 6 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

¹⁹- إسحاق إبراهيم منصور "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1982، ص 111.

²⁰- رضا عبد الحليم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 72.

لقد حاول الفقه الفرنسي الإجابة على ذلك، وانقسم إلى إتجاهين؛ الأول يتفق على أن الحكمة من تجريم الزنا هي المحافظة على عدم اختلاط الأنساب، لذلك فإن المرأة بممارستها لهذا التلقيح تكون قد ارتكبت جريمة الزنا، بغض النظر عن علم الزوج ورضائه²¹.

أما الإتجاه الثاني وهو الرأي الراجح، فمؤداه أن العنصر الرئيسي في جريمة الزنا هو وجود علاقة جنسية غير مشروعة بين الزوجة ورجل أجنبي عنها، والجريمة تعد قائمة حتى في حالة عدم إنجاب الزوجة الزانية بسبب عقمها أو عقم شريكها في الزنا، أو في حالة استعمال موانع الحمل. ففي كل هذه الأحوال لا يحتمل اختلاط الأنساب مادام الإنجاب مستحيلا، وحتى لو اعتبرنا أن هذا النوع من التلقيح يشكل جريمة الزنا، فمن هو الشريك؟ هل المتبرع أم الطبيب الذي ساعد على إنجاح عملية التلقيح؟.

لقد تجاوز القانون الفرنسي هذا الخلاف الفقهي، عندما أضفى المشرع على هذا التلقيح صفة المشروعية متى توافرت الشروط القانونية المطلوبة لإمكانية اللجوء إليه وبذلك لم يبق هنالك أدنى شك في مشروعية ممارسته أما الفقه المصري فإنه يشترط لقيام جريمة الزنا عنصرا أساسيا وهو فعل الواقعة أو الوطء بالطريق الطبيعي، ولا يمكن تصور وقوع هذه الجريمة بدون توافر ذلك؛ ويترتب على ذلك أنه بدون توافر هذا العنصر فإن الفعل يمكن إدراجه ضمن الأفعال المخلة بالآداب، والتي تدخل ضمن الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة، ولكن لا يمكن إضفاء وصف الزنا عليه. كما يؤكد أن الهدف من تجريم الزنا هو حرمة الزواج وليس تقادي اختلاط الأنساب، ولذلك فإنه يعاقب على الزنا سواء كانت الزوجة قد بلغت سن اليأس أو كان شريكها لم يبلغ سن الرشد²².

وعليه فإن عملية التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج لا يمكن أبدا تكييفها على أنها جنحة زنا مادام المشرع لم يجرم هذه الأفعال بنص قانوني.

المطلب الثاني: طرق الإنجاب الإصطناعي لعلاج ضعف خصوبة الزوجة و عقمها

²¹- العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 40.

²²- محمود نجيب مصطفى، "مشروع قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية 1988، ص 97.

إن التلقيح الإصطناعي في هذه الحالات يلجأ إليه، إذا ما كانت المرأة تواجه صعوبات خلقية تحول دون تحقيق الإنجاب بالطريق الطبيعي؛ وهنا قد تستعمل طريقة الإخصاب خارج الرحم وهو ما اصطلح على تسميته بطفل الأنبوب، (La (F.I.V)fecondation in vitro)، بسبب نقص الحيوانات المنوية في السائل المنوي للرجل علماً وأن المرأة قد تعاني صعوبات خلقية تمنعها من تحقيق الإنجاب الطبيعي، مع أنها تتوفر أصلاً على إمكانيات الإنجاب، أي أنه يكون لها مبيض سليم قادر على إفراز البويضات ورحم مهياً لحمل الجنين، غير أن هناك صعوبات تنتج عن إمتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية والأنثوية معاً بالطريق الطبيعي وأن الحل الوحيد للإنجاب في مثل هذه الحالة، هو استخراج بويضات المرأة أثناء التبويض ووضعها في طبق به سائل مناسب مع البذور الذكرية لحدوث التخصيب، ليتم بعد مدة نقل هذه البويضات الملقحة داخل رحم المرأة حتى تنمو طبيعياً، ولكن ليس من الخفي أن هذه العمليات وما ينتج عنها من آثار وانعكاسات قانونية أثارت الكثير من التساؤلات، منها ما يتعلق بالطبيعة القانونية للكائن الجديد والحماية التي يمنحها القانون له ²³.

وقيل عن التلقيح الإصطناعي الخارجي (IVF) هي العملية التي تلقح فيها بويضة المرأة خارج جهازها التناسلي ويتم التلقيح بماء الذكر فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة أو إلى رحم امرأة أخرى وهي الطريقة التي اشتهرت بطفل الأنبوب ²⁴.

الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي خارج الرحم (طفل الأنبوب)

نكون بصدد التلقيح خارج الجسم عند كل تلقيح لا يتم بالأسلوبين أي لما لا يقتصر التلقيح على وضع الحيوانات المنوية في فرج أو رحم الزوجة، ويحتوي هذا النوع على خمسة أساليب تعتمد كلها على أخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض ثم توضع في طبق زجاجي يعرف "بطبق بيتري"، وليس في أنبوب إختبار رغم أن المصطلح الشائع هو أطفال الأنبوب ويوجد في هذا الطبق سائل فسيولوجي مناسب لبقاء البوضة ونموها وبعدها يضاف مني الرجل إلى الطبق

²³ - محمد البار، مرجع سابق، ص34.

²⁴ - السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ص341

مع البويضة فإذا ما لقحت تركت لتتقسم انقساماتها المتتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام وبعدها تعاد إلى الرحم لتنمو نموا طبيعيا وتولد بولادة طبيعية أو قيصرية وفيما يخص الأساليب الخمسة للتلقيح خارج الجسم فهي:

أ- **الأسلوب الأول :** هو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج، والبويضة من مبيض زوجته، ويتم التلقيح في طبق الاختبار كما وضحناه سابقا وفي الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الطبق وتعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، فتعلق في جداره ليبدأ الحمل ويستمر لحين الولادة ويلجأ هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عاقرا بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل بين المبيض والرحم وقد أجريت أول عملية بهذه الطريقة عام 1977، لما أخذ الدكتور البريطاني "باتريك أستيتو" بويضة الأم ليزلي براون في 10/11/1977 ووضعها في الطبق الذي حضر فيه الدكتور الآخر "روبرت ايدوارز" وبعد أن قام بتلقيح البويضة أعادها الدكتور "أستيتو" إلى رحم الأم ليزلي في 12/11/1977 وفي 25/07/1978 ولدت "اليزلي" أول طفلة أنبوب في العالم سميت بـ "لويز" فاتحة بذلك طريقا جديدا في التناسل البشري بعد معاناة مع العقم الناتجة عن انسداد قناة فالوب غير قابلة للإصلاح جراحيا.

ب- **الأسلوب الثاني :** يجري التلقيح بين نطفة الزوج و بويضة زوجته في طبق الاختبار طبق بيتري ثم تزرع اللقحة في رحم زوجته الثانية، ونكون بصدد هذه الحالة لما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل.

ج- **الأسلوب الثالث:** أن يجري التلقيح في طبق الاختبار بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة من مبيض امرأة غريبة عنه "متبرعة" وبعد أن تلقح البويضة تزرع في رحم زوجته و يستعمل لما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا أو لكن رحمها سليما قابلا للحمل وتغذية الجنين.

د- **الأسلوب الرابع:** أن يجري التلقيح بين نطفة الرجل أو بويضة المرأة ليست بزوجه "متبرعين" ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، ويستعمل هذا الأسلوب لما تكون الزوجة عاقرا، بسبب تعطل واستئصال مبيضها لكن رحمها سليم و زوجها أيضا عقيم.

هـ- الأسلوب الخامس : أن يجري تلقيح خارجي في طبق الاختبار بين ماء الزوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة للحمل وتعرف بالأم البديلة أو الأم الحاملة، كما يعرف أيضا بالرحم الظئر وبالبدن المستأجر فكلها مصطلحات المدلول واحد، ونكون بصدد هذا الأسلوب لما يكون رحم الزوجة غير صالح للحمل أو ترفض الحمل حفاظا على رشاقة جسمها، وبالمقابل تكون الأم البديلة ترغب في الكسب، أي يقوم بحمل اللقيحة في مقابل مادي يتفقوا عليه²⁵.

أولا: التلقيح الإصطناعي ببويضة أجنبية عن الزوج.

مقابل التبرع بالسائل المنوي أو ما يعرف بالتلقيح الإصطناعي بماء الزوج فإنه ظهر هناك ما يعرف بالتبرع بالبويضات غير المخصبة، وتتمثل هذه الوسيلة في استبدال بذور الإنجاب الأنثوية القادرة على الإنجاب محل تلك غير القادرة، نتيجة وجود علاقة قرابة بين الطرفين أو باسم التضامن الإجتماعي.

ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة للإنجاب في حالات معينة، بقصد التخلص من الصعوبات المرضية لدى المرأة التي تكون قد بلغت سن اليأس، وفي حالة عجز المبيض عن أداء وظيفته. بل وقد تعتمد بالنسبة للمرأة في سن الإنجاب إذا كانت عديمة المبيض، أو كان المبيض لديها عاطلا عن وظيفته. كما أنه قد يتم استخدامها إذا كانت الأم مصابة بمرض وراثي خطير، يخشى انتقاله إلى الجنين أو تأثيره على البنية الخلوية للمولود المنتظر²⁶.

وإذا حاولنا إجراء مقارنة بين عملية التبرع بالبويضات المخصبة والتبرع بالسائل المنوي الذي سبق التعرض له، فإنه يمكن القول أن هناك أوجه شبه بينهما وأوجه اختلاف.

فبالنسبة لأوجه الشبه بين الوسيلتين، فإنهما تشتركان في كونهما تؤديان معا إلى إدخال عنصر أجنبي "بيولوجي" في الأسرة، يتمتع قانونا بكل الحقوق ومحمي بقرينة الولد للفراش، وإن كانت هذه القرينة لا تقبل إثبات العكس في حالة التبرع بالبويضات، كما أن رابطة الأمومة

²⁵- ماهر حامد الحولي ، الحكم الشرعي للتلقيح الصناعي في أطفال الأنابيب، بدون طبعة، ص، ص162-163.

²⁶- محمد علي البار، مرجع سابق، ص45.

تبقى ثابتة للأم التي وضعت الحمل، وذلك على خلاف ما يحدث في حالة التبرع بالسائل المنوي، لأنه يحق للزوج في هذه الحالة أن يطالب بإنكار الطفل أمام القضاء.

أما عن أوجه الاختلاف بين الوسيلتين فإنه يمكن حصرها فيما يلي:

(1)- إن المتبرع بالسائل المنوي لا يكون عرضة حين خضوعه لعملية جمع سائله المنوي بمركز الحفظ لأي تدخل جراحي أو طبي، لأن هذه العملية تمتاز ببساطتها وبسرعة التنفيذ، أما التبرع بالبويضة فإنه يقتضي نظرا لتعقيده، إجراء العملية تحت إشراف طبيب جراح ماهر، كما يتطلب من الطبيب القيام بالتقاط البويضات لحظة خروجها من المبيض على وجه من الدقة والبراعة التقنية.

(2)- إنه إذا كان القانون يحرص من الناحية النظرية على مراعاة مبدأ السرية التامة بالنسبة للتبرعات، فإن الأمر يختلف من الناحية العملية فتطبيق المبدأ يصدق على الحالة الأولى وحدها لأن المتبرعة بالبويضة تكون على معرفة تامة وشخصية بالمستفيدة من بويضتها، كما أنها تكون عرضة لكثير من المخاطر الطبية، وإنه من المؤكد أن هذه المعطيات الخاصة بالتبرع بالبويضة يؤدي إلى ظهور عدة صعوبات قانونية. كما أن لهذه المعرفة آثار سلبية بالنسبة للقرابة التي تربط الطفل بأمه الجينية، فهو يعتبر من الناحية الجينية ابنا للمتبرعة لتوافر قرابة الدم في حقه، وذلك قد تترتب عليه خطورة في المستقبل في حالة حدوث علاقة بين هذا الطفل و إحدى بنات المتبرعة.

ثانيا: النظام القانوني لعملية تجميد و حفظ البويضات المخصبة.

إن نجاح عملية الإخصاب في الأنبوب عن طريق المتبرع بالبويضة مرهون بنجاح محاولات تنبيه مبيض المتبرعة، وإن ذلك يتأتى بإعطائه منشطات تسمح له بإفراز عدد وفير من البويضات دفعة واحدة بدلا من بويضة واحدة كل شهر في الحالات الطبيعية لأن ذلك من شأنه أن يزيد من فرص الحمل بتخصيب أكثر من بويضة في الأنابيب ثم إعادة زرعها في رحم الأم ليكتمل نموها الطبيعي به هذا وإنه يخشى من عدم نجاح عملية التخصيب، وتقاديا للجوء ثانية إلى عملية سحب البويضات من المتبرعة، فإن الأطباء البيولوجيون) يعتمدون إلى

الإحتفاظ بمجموعة من البويضات التي يتم سحبها في المرحلة الأولى بتجميدها مدة زمنية، حتى يتسنى الرجوع إليها عند الإقتضاء، غير أنه نظرا للصعوبات التقنية التي تحول دون بقاء البويضات المسحوبة وغير الملقحة في حالة سليمة، فإن الأطباء يلجأون إلى تخصيب البويضة بالحيوان المنوي ثم تجميدها و الإحتفاظ بها لفترة زمنية طويلة.

وأخيرا فإنه يلاحظ أن هذه البويضات الملقحة قد تتجاوز حدود الحاجة وحينئذ فإنه يمكن استعمالها في مشاريع زرع الأعضاء بعد تنميتها لفترة معينة، غير أنه بالرغم من هذه الفوائد التي يمكن جلبها من عمليات تجميد وحفظ البويضات، فإن ذلك لا يمنع من أن هناك مخاطر تكتنفها، سواء فيما يخص كفاءات الإستعمال أو فيما يخص الإنحرافات التي سجلت بشأنها والمتمثلة في اعتمادها وسيلة للإتجار ولإستغلال الطبقات الفقيرة.

وإذا كانت عملية تجميد البويضات المخصبة تثير الكثير من المخاوف، فإنها من جانب المنظور القانوني أبرزت عدة مشاكل تتمحور حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا الكائن الجديد والذي لا يعتبر جنينا أثناء مرحلة تجميده، كما أنه لا يمكن اعتباره شيئا يجوز التعامل فيه، وأن ذلك يجزنا لمعرفة موقف التشريعات المقارنة، وخاصة الفرنسي والمصري من مسألة تحديد مدة حفظ هذه البويضات ومن زرعها بعد وفاة الزوج.

فبالنسبة للإشكالية الأولى والمتعلقة بتحديد مدة حفظ البويضات المخصبة فإنه يلاحظ أن القانون في فرنسا لم يبين عدد البويضات التي يجري تخصيبها وتلك التي يمكن نقلها للرحم، كما أنه لم يحدد موعد نقل هذه البويضات للرحم احتسابا من تاريخ التخصيب.

أما في مصر، وخشية من عدم نجاح المحاولة الأولى للتخصيب، فإن معظم مراكز الحفظ والتجميد تعمل على تخزين البويضات المخصبة، بالرغم من أن نقابة الأطباء إتخذت موقفا يمنع ذلك، وأما بالنسبة للإشكالية الثانية التي تثيرها عملية تجميد البويضات المخصبة، فإنها تتمثل في التساؤل حول مدى إمكانية زرع هذه البويضات بعد وفاة الزوج.

والواقع أن هذه الإشكالية أثارت ضجة كبيرة في الأوساط الطبية والقانونية وسبب ذلك يكمن في أنه في حالة زرع البويضات بعد الوفاة، فإننا نكون أمام كائن إنساني مجمد ينتظر

زرعه في رحم المرأة، ليواصل مراحل نموه به، وليصبح بعدها إنسانا حيا وأمام ذلك فإن ردود فعل الأطباء ورجال القانون تشعبت فيما يتعلق بفكرة الزرع بعد الوفاة بين مؤيد ومعارض، وارتكز كل إتجاه منهما إلى أسانيد وحجج.

فمن معارضي فكرة الزرع بعد الوفاة، فإنهم تحججوا بأن الهدف المرجو من عملية التلقيح الإصطناعي بمختلف أنواعه، هو مواجهة حالة عقم الزوجين، وأنه بوفاة الزوج الذي يعاني من هذه الحالة، ينعدم سبب إجراء عملية التلقيح الإصطناعي؛ وعليه لا يصح الانحراف بهذه العملية عن هدفها بعد انتهاء العلاقة الزوجية كما أن مصالح الطفل القانونية منها والنفسية تقتضي أن يكون له أب أثناء ميلاده، وأن إنجاب الطفل بعد وفاة أبيه يتضمن في حقيقته مساسا بشخصيته وحرمانا له من حقوقه المالية مستقبلا، لأن ذلك يجعله يولد يتيما قبل أن يوجد في بطن أمه كجنين.

أما أنصار فكرة زرع البويضات بعد الوفاة، فإن حججهم تتلخص في كون أنه لا يوجد سبب مقنع لرفض إعطاء الأرملة الحق في استعمال هذه الطريقة، فالإنجاب هو ثمرة الطرفين، وإذا لم يتمكنوا من تحقيق ذلك حال حياة الزوج، فليس هناك ما يمنع الأرملة من تحقيقها بعد وفاة زوجها مادام الإنجاب وليد رغبتهما المشتركة.

ومن جهة أخرى - يضيف هؤلاء لا يمكن إجراء القياس بين حالة زرع البويضات بعد الوفاة مع حالة التلقيح بعد الوفاة؛ لأن عملية التخصيب في الصورة الحالية تتم بناء على رضا وطلب الزوجين، كما أنه يلجأ إليها لتفادي خطر عدم

نجاح العملية في محاولتها الأولى، ولذلك يتم اللجوء إلى تجميد البويضات وحفظها بقصد تحقيق غاية معينة، كانت حصيلة إتفاق مشترك للزوجين كذلك إن تحقيق عملية تخصيب بويضة معناه خلق "كائن" إنساني ينتظر النمو ويحقق حقه في الحياة، وليس لأحد أن يتصرف في البويضة المخصبة ماعدا صانعها وهو الأرملة.

إن هذا الإختلاف بين الفقهاء كان له أثره على القضاء لاسيما الفرنسي، الذي عرف في وقت مضى تذبذبا في أحكامه بين رافض ومؤيد لطلب زرع البويضة المخصبة بعد الوفاة، الأمر

الذي أدى بالمشروع الفرنسي إلى التدخل لحسم المسألة؛ فجاء بنص المادة 152 من قانون الصحة العامة، التي تشترط أن يكون كل من الرجل والمرأة على قيد الحياة لحظة الزرع، ولا يبقى أمام هذه الأرملة سوى التبرع بهذه البويضات المخصبة لصالح زوجين عقيمين آخرين. وفي حقيقة الأمر، فإن موقف المشروع الفرنسي يفتقد إلى التبرير والموضوعية فكيف يمكن أن تقبل هذه الأرملة التبرع بهذه البويضات لصالح الغير، مادامت قد ترغب في الحصول على مولود لنفسها ثم ألا يعتبر التبرع بهذه البويضات لصالح الغير صورة من صور الزرع بعد الوفاة، مادام الأب الحقيقي والبيولوجي قد توفي فعلا؟. بل و لنا أن نتساءل أيضا عن موقف القانون في حالة وفاة الزوجة ذاته²⁷.

الفرع الثاني: الحمل لصالح الغير

تتمثل هذه الطريقة في قيام امرأة بحمل جنين ليس من زوجها، لصالح امرأة أخرى، على أن تتنازل عنه لهذه الأخيرة بعد ميلاده.

وطبقا لهذه الطريقة الجديدة، فإنه لم يعد يشترط أن يكون المصدر البيولوجي للجنين من الأبوين المستعملين لهذه الوسيلة، أو أن يكون ناتجا عن بويضة متبرع بها وأجنبية عنهما تماما، أو يتم باستخدام التلقيح الاصطناعي للمرأة الحامل بنطفة زوج المرأة العقيمة.

غير أن هناك حالات قد تتداخل فيها العمليات، كما لو استدعى الأمر سحب بويضات من الزوجة ثم تخصيبها خارج الرحم بطريقة Fécondation in vitro، ثم نقلها للرحم المخصب لحملها؛ فهنا تأخذ التقنية المتبعة طابعا مختلفا اصطلاح على تسميته التلقيح الطبي المساعد.

ولاشك أن هذه التقنية الجديدة للإنجاب تحمل في طياتها مشاكل أعمق وأخطر، وأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إثارة مشاكل قانونية أكثر تعقيدا، نظرا لتعدد الأطراف اللذين يلعبون في هذه الحالة أدوارا مختلفة في تحقيق عملية الإنجاب. فهؤلاء الأطراف يتحددون

²⁷ - غنيم كارم السيد، الإستساح والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1998 ص، ص 190-1991.

بالزوجين الراغبين في إنجاب الذرية، وفي الطبيب القائم على العملية، وفي المرأة الحامل أو التي تضع رحمها لإتمام العملية بل وقد تتشابك هذه العلاقة إذا اقتضى الأمر الإستعانة بمتبرع بالسائل المنوي أو بمتبرعة ببويضة، مع ما قد يستلزمه ذلك كله من تدخل وسيط للربط ما بين مختلف هذه العلاقات، وأن الحمل لحساب الغير يشمل أيضا الفرض الذي تتطور امرأة بالحمل والتبرع بالنطفة المؤنثة التي يتم تلقيحها بنطفة زوج المرأة التي أوصت على الطفل، والتي سينسب إليها بعد ولادته، ولكن بعض الفقه الآخر يرى أنه من الأفضل قصر نطاق الحكم لحساب الغير على الغرض الذي يقتصر فيه دور المرأة المتطوعة على حمل البويضة الملقحة فقط دون أن يكون لها أي دور آخر²⁸.

أولاً: المظاهر القانونية للحمل لصالح الغير

إن من الأسباب المؤدية إلى استخدام هذه الوسيلة، غياب الرحم لدى الزوجة بسبب استئصاله لها على إثر عملية جراحية. كما أن هناك دواعي أخرى قد تبرر ذلك، منها مثلاً أن يكون الحمل من شأنه أن يسبب أمراضاً خطيرة للزوجة، كتسمم الحمل أو الخوف من نقل أمراض وراثية لحملها، وقد يكون السبب يتعلق بمظاهر جمالية محضة، تتمثل في سعي الزوجة إلى المحافظة على جمالها ورشاقتها، كما أنه قد يكون راجعاً لأسباب إقتصادية ولعدم تحمل الزوجة لآلام الحمل و الوضع.

لقد كان لهذه الطريقة تطورا سريعا، وفي مقابل ذلك ظهرت مشاكل قانونية عديدة وشائكة. ذلك أن الأم الحامل قد تمتع عن تسليم الطفل بعد ميلاده للزوجين الطالبين، وقد يحصل نزاع بين الطرفين حول المقابل المادي الذي يخصص لها في حالة قبولها الحمل لصالحهما، وقد يصل الأمر بالزوجين إلى رفض استلام المولود الجديد لوجود عيوب خلقية به. فكل هذا دفع فقهاء القانون إلى تقسيم هذا النوع من التلقيح إلى الصور التالية:

²⁸- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، طبعة 2001، ص94.

الصورة الأولى: وتكون الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح مع قدرتها على الحمل لكنها تفضل غير ذلك، ويتم الإتفاق مع امرأة تستطيع إنتاج البويضات ويتم تلقيحها بالوسائل المنوي للرجل، وهو زوج المرأة الغير قادرة على إنتاج البويضات وذلك في أنبوب إختبار ثم يتم بعد ذلك وضع البويضة الأمشاج داخل رحمها وتستمر في الرحم حتى عملية الوضع، وتسمى هذه المرأة المستأجرة بالمرأة الحاملة.

الصورة الثانية: وتكون الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح ولا تستطيع حمل الجنين وفي هذه الصورة يتم الإتفاق مع امرأة تكون مهمتها تقديم البويضة الصالحة للتلقيح، وأيضا حمل هذه البويضة بعد تلقيحها بمني الزوج إلى حين عملية الوضع، وتسمى أيضا بالمرأة الحاملة صاحبة البويضة²⁹.

الصورة الثالثة: وفيها تكون الزوجة قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح إلا أنها تكون غير قادرة على حملها حتى فترة الوضع لعيب في الرحم مما يضطر معه الزوجان بالإتفاق مع امرأة أخرى تكون الغاية من هذا الإتفاق هي حمل البويضة الأمشاج وهنا لادخل للمرأة المستأجرة بالبويضة ولذلك تسمى بالمرأة المستأجرة الحاملة.

الصورة الرابعة: حيث تكون الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح إلا أنها تكون قادرة على حمل الجنين فيتم الإتفاق مع امرأة أخرى بتقديم بويضاتها الصالحة للتلقيح بمني الزوج داخل أنبوبة، ثم تعاد بعد تلقيحها لرحم المستأجرة لرغبة الزوجان في قيامها بالحمل كي تكون نتيجة الحمل أفضل باعتبار أن المرأة المستأجرة هي صاحبة البويضة وتقوم بالحمل حتى عملية الوضع، يكاد يجمع الفقه أن الحالة الثالثة هي المعنية بعملية الحمل لحساب الغير في معناه الدقيق³⁰.

²⁹- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ، ص، ص100-101.

³⁰- محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة 1990، ص، ص 241. 243.

ثانيا: الإلتزامات المترتبة على حالة الحمل لصالح الغير

قد تخضع عملية التلقيح لصالح الغير إلى مجموعة من الإجراءات والأحكام القانونية، لاسيما إذا تمت العملية في إطار قرابة أو صداقة، أي عن طريق إبرام إتفاق مباشرة بين الزوجين والأم الحامل، دون المرور بمكاتب الوساطة. فإذا ما تم إبرام اتفاق بين الأب البيولوجي والأم الحامل فإن المستقر عليه هو أنه يجب أن يفرغ في صورة عقد كتابي ملزم للطرفين، و محدد لحقوق والإلتزامات كل واحد منهما.

✓ إلتزامات الأب البيولوجي: يلتزم المتعاقد الأول وهو الأب البيولوجي بمايلي:

- تحمل كل المصاريف والنفقات المالية بما فيها أتعاب كل الفحوص والتحليل الطبية، التي تجرى على الأم الحامل، قبل إجراء العملية وكذلك بدل أتعاب الطبيب، إلى جانب نفقات الغذاء والسكن والملبس التي تحتاجها الحامل إلى غاية مرحلة الوضع مضافا إليها مستلزمات المرحلة اللاحقة والمحددة بثمانية أسابيع بعد تحقق عملية الولادة.
- الإعتراف بالمولود الجديد مهما كانت حالته الصحية.
- الحفاظ على سرية العملية إذا طلبت الأم الحامل ذلك.
- دفع المقابل المادي المتفق عليه للأم الحامل بمجرد انتهاء مهمتها.
- التأمين على حياة الأم الحامل لمصلحة من تحددهم هي.

✓ إلتزامات الأم الحامل: يمكن حصر هذه الإلتزامات فيما يلي:

- تلتزم بتنفيذ العمل المتفق عليه وهو حمل الجنين وفقا للأوضاع العادية والطبيعية للحمل وذلك عملا بمبدأ مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.
- تلتزم الأم الحامل بوضع الطفل بعد المدة المحددة للحمل وهي غالبا و أشهر
- تلتزم بتسليم هذا المولود إلى الزوجين إلى صاحبة البويضة الأمشاج في الموعد المتفق عليه.
- تلتزم بضمان العيوب الخفية في ذلك المولود³¹.

³¹ - حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس 2005، ص، ص. 349-

ثالثا: الحمل لصالح الغير بين الرفض والتأييد.

لقد كان لظهور هذه التقنية الحديثة للإنجاب الاصطناعي وتطورها عبر العالم، أثر كبير بين رجال القانون والطب. وقد انقسم الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض لهذه الوسيلة. فإذا رجعنا إلى الاتجاه المناهض بحظر عملية الحمل لصالح الغير، فإنه يستند في ذلك إلى مجموعة من الحجج تدور حول فكرة أساسية، مؤداها أن اللجوء إلى هذه الوسيلة ينطوي على خرق فادح للمبادئ القانونية، وابتعادا عن الطابع الإنساني للأمم. و تتمثل هذه الحجج فيما يلي:

- أن هذه الوسيلة تشكل خرق لمبدأ حرمة الجسد الإنساني. ويتجسد ذلك في أن الأشياء هي وحدها فقط التي يمكن أن تكون محلا للمعاملات القانونية، وأن الجسد الإنساني ونظرا لما يتمتع به من حرمة، فإنه لا يمكن المساس به لأنه يخرج عن دائرة الأشياء التي تقبل التعامل التجاري فيها.

- وبضيف هؤلاء أن هذه العملية تعد مخالفة لمبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص ويفسر ذلك بكون عملية الحمل لصالح الغير، تمس عدة جوانب في حياة الشخص. فقد يتعلق ذلك بالحياة الاجتماعية للشخص، وقد يتعلق بجنسه أو عائلته، كما أن ذلك قد يلحق حياته المدنية أو الدينية بل وقد يمس إنتمائه السياسي لدولة معينة، مع العلم أن هذه المسائل كلها تعتبر من النظام العام المساسها بالنظام القانوني للمجتمع، ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها.

- وأخيرا فإن عملية الحمل لصالح الغير تمس بأحكام قانون التبني الفرنسي، وخاصة المادة 1168 مدني. ذلك أن كلا من الحمل لصالح الخير والتبني يعتبران وسيلة لجلب طفل أجنبي عن الأسرة و إدخاله ضمنها³². غير أن عملية التبني تبقى في نظر معارضي الحمل لصالح الغير الوسيلة القانونية المثلى، كون أن المقرر قانونا هو أنه حينما تضع الأم الحامل المولود، فإنه لا يكفي أن يعترف به الأب البيولوجي ليثبت نسبه من زوجته أيضا، ولكن يتعين أن تلجأ

³² - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص ، ص 86-87.

زوجة الأب البيولوجي إلى إتباع إجراءات التبني أمام المحكمة، أين يجد القاضي نفسه أمام الأمر الواقع، وأنه حماية لمصلحة الطفل المطلوب تبنيه، فإنه يضطر إلى الإستجابة إلى طلبها، مع أن الشروط القانونية المتطلبة للتبني قد لا تكون متوفرة بكاملها، وعليه فحسب الإتجاه المعارض لعملية الحمل لصالح الغير، فإن مثل هذا النشاط يشكل خرقا الأحكام القانون المدني، ومساسا صارخا للنظام العام ولحسن الآداب، وأن ذلك يقتضي استبعاده و إبطال كل تصرف أو إتفاق، يستهدف تحقيق مثل هذا العمل غير الأخلاقي أو تشجيع ممارسته.

أما أنصار الإتجاه المؤيد، فيرون في هذه العملية وسيلة من شأنها أن تحقق إنجاب الذرية وإنهم يركزون في ذلك على عدة حجج أهمها:

- أنه لا يوجد في هذه الوسيلة ما يتنافى مع الأحكام القانونية. بل وأن القانون أصبح مكتوف الأيدي أمام التطورات العلمية الحديثة، فلقد أصبح الجسد البشري وبالذات أعضاؤه، محلا للمعاملة التجارية مقابل بدل مادي، وبذلك تحولت عمليات نقل وحفظ وزرع الأعضاء إلى تجارة قانونية دولية. وأنه إذا كانت العمليات المتعلقة بالأعضاء البشرية تتم بصفة علنية، فإنه ليس هناك داع للقول أن عملية الحمل لصالح الغير تتضمن مخالفة للمبادئ القانونية، خاصة حينما يتم ذلك عن طريق التبرع ولغاية نبيلة تتمثل في تحقيق السعادة للزوجين اللذان يلجأان إلى استعمالها.

المبحث الثاني: طبيعة العلاقة الطبية بين الطبيب والام الحامل

إن البحث في موضوع التكيف القانوني للعلاقات الناشئة عن اللجوء لإحدى وسائل التلقيح الاصطناعي المختلفة، يدعونا إلى إجراء تقسيم لهذه العلاقات بالنظر إلى موضوعها، والغرض المرجو منها. وإذا حللنا هذه العلاقات، فإنه يمكن تقسيمها إلى نوعين، بعضها ذو طابع طبي يخص مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي من جهة، والطبيب الذي يسهر على تحقيق نجاح العملية من جهة أخرى. وبعضها الآخر ينتقي فيه الوصف الطبي، ويخص العلاقات التي تربط الزوجين الطالبين لوسيلة التلقيح الاصطناعي عن طريق التلقيح بالأم الحاملة مباشرة، أو عن طريق تدخل الوسيط الإيجار الرحم.

المطلب الأول: طبيعة العلاقة الطبية

إن المتتبع لمختلف مراحل التلقيح الاصطناعي، يكتشف أن هناك سلسلة عقدية تهدف إلى تحقيق غرض الإنجاب، سواء تعلق الأمر بتلقيح اصطناعي بين الزوجين باستعمال نطفة الزوج أو عن طريق تبرع الغير بسائله المنوي تحت إشراف طبي، وأن ذلك يأخذ صورة عقد مع الطبيب المعالج أو المركز الصحي، الذي يسهر على ممارسة مختلف عمليات التلقيح الاصطناعي، ولذلك فإن هذه العلاقة الطبية تكتسي طابعا تعاقديا.

الفرع الأول: طبيعة العلاقة مع مركز حفظ و دراسة السائل المنوي

كما سبقت الإشارة فإن هذه العلاقة تكتسي طابعا تعاقديا، غير أنه بالرجوع إلى النظرية العامة للإلتزامات، فإننا نلاحظ أن العقود تنقسم من حيث تنظيمها أو عدم تنظيمها من طرف المشرع إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة. فالعقود المسماة هي تلك التي تكفل المشرع بتنظيمها في إطار قواعد قانونية خاصة، كعقد البيع و الإيجار والوديعة. أما العقود غير المسماة فهي تلك التي لم يعتن المشرع بتنظيمها بمقتضى قواعد قانونية، ولم يحدد لها إسما معيناً، إذ تخضع أصلاً لمبدأ سلطان الإرادة من حيث إبرامه، على أن يبقى مجالها محصوراً في حدود النظام العام والآداب العامة.

وإذا حللنا الإتفاقات التي تبرم مع مركز حفظ ودراسة السائل المنوي الإعداد عملية التلقيح الاصطناعي، فإننا نلاحظ أنها عديدة ومتنوعة. فمنها ما يبرم لأجل غرض حفظ السائل المنوي ومنها ما يتعلق بحفظ البويضات المخصبة، ومنها ما يهدف إلى تلقي عينات من النطف المتنازل عنها، أو إلى إعادة التنازل عن عينات النطف التي سبق له تلقيها.

بالنسبة للعقد المبرم مع مركز حفظ ودراسة السائل المنوي : فبالنسبة للعقد المبرم بين هذا المركز وصاحب السائل المنوي بقصد حفظه له، فإن جانباً من الفقه والقضاء يكيّفه على أساس أنه عقد من العقود المسماة في القانون المدني، وهو عقد الوديعة؛ وذلك بما يقرره المشرع الفرنسي في المادة 1915 من القانون المدني³³.

التي تقابلها المادة 590 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يردّه عيناً³⁴.

وإذا ما تمّ اعتماد هذا الرأي، فإننا نستخلص أن موضوع الإتفاق يتمثل في حفظ السائل المنوي أو النطف التي تصبح من قبيل الأشياء، وأنه بسبب انفصالها عن جسم الإنسان، فإنها تدخل في إطار المنقولات، وفي حالة وفاة المودع، فإن المودع لديه يصبح ملزماً برد الوديعة للورثة حسب أنصبتهم الشرعية كباقي أموال تركته، فإن استحالة تجزئة هذه الوديعة بين الورثة، فإنها ترد للوارث الذي يتم تعيينه من قبل ورثة الهالك، والذي قد يكون أرملته؛ وهنا يصبح بإمكان هذه الأرملة استعمال هذه الوديعة (النطف)، وهو ما قد ينتج عنه ميلاد طفل للمتوفي قد يؤدي إلى حجب ورثته إما حجب نقصان أو حجب حرمان.

غير أن هذا الرأي ليس متفقاً عليه. فهناك رأي يذهب إلى إعطاء هذه العلاقة وصفاً خاصاً مرتكزاً في ذلك إلى أن المنتجات أو ما يسمى بإفرازات الجسم البشري السائل المنوي)، لا يمكن قياسها بالأشياء المنقولة، وتبعاً لذلك ليس بإمكان الورثة الشرعيين للمتوفي، أن يدعوا

³³ - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 95.

³⁴ - المادة 590 من القانون المدني الجزائري.

بصفتهم مالكين على الشيوع لجسم الهالك، لأن جسم الإنسان بطبيعته ليس ملكا لشخص، وإنما هو ملك لصاحبه فقط. كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن دور المركز هنا في الحقيقة هو دور علاجي، والالتزام الذي يقع على عاتقه هو فقط إلّتزام بعلاج المريض، ولذلك فهم يرون ضرورة تطبيق أحكام عقد العلاج على عقد حفظ السائل المنوي، بحيث يلتزم المركز المعالج بتقديم الرعاية الطبية اللازمة للمريض الغرض رفع حالة العقم أو على الأقلّ التخفيف من آثاره عنه ومقابل ذلك يلتزم المريض بدفع الأتعاب ومصاريف العلاج المتفق عليها، وأن عقد الحفظ ينتهي بتحقيق الغرض من العلاج أو بعدول أحد أطرافه أو كلاهما، أو بوفاة المريض المعالج، وبذلك فإن عقد حفظ ودراسة السائل المنوي لا يمكن أن يكون عقد وديعة، بل هو عقد من العقود غير المسماة، التي يجب أن تخضع للقواعد العامة للإلتزامات .

بالنسبة للعقد المتعلق بحفظ البويضات المخصبة: قد يستفيد الزوجان من عملية التلقيح الاصطناعي خارج الرحم؛ وأن هذه العملية تستدعي إفراز الزوجة مجموعة من البويضات، كما أن هذه البويضات بعد تخصيبها قد تزرع كلها وقد يزرع بعضها فقط، ويتحدد بثلاث بويضات على الأقل في رحمها، أما المتبقي من البويضات المخصبة فيتم حفظه لدى المركز المعالج بناء على اتفاق مبرم بين الطرفين.

وإذا أجرينا مقارنة بين مسألة حفظ البويضات المخصبة، مع الحالة السابقة والمتعلقة بحفظ السائل المنوي، فإنه لا وجود لإختلاف بينهما فيما يخص الطبيعة القانونية للعقد، وكل ما في الأمر، هو أن محل التعاقد في هذا النوع من الحفظ، هو مجموعة من البويضات المخصبة بدلا من السائل المنوي. وبذلك فإن الوصف القانوني لهذه العلاقة لا يعدو أن يزيد عن كونه عقدا من نوع خاص، أي عقدا من العقود غير المسماة، والذي يخضع لأحكام مستمدة من النظرية العامة للإلتزام.

الفرع الثاني: طبيعة العلاقة مع الطبيب الممارس لعملية التلقيح الاصطناعي.

تؤدي كل المراحل المختلفة للتدخل الطبي، إلى إقحام الطبيب المعالج في علاقات طبية بإرادته المختارة، أو رغما عنه بحكم مهمته الإنسانية. وفي هذا الإطار، تثار عدة تساؤلات

تتعلق بالبحث في طبيعة الإتفاقات التي يبرمها الطبيب مع المريض، أو مع الشخص الذي يعاني من عدم الخصوبة أو العقم من جهة، وكذلك حول طبيعة العلاقات التي تربطه بالغير ولاسيما بالمتبرعة بالبويضات، والتي تلجأ لإجراء عملية جلب واستخراج البويضات المعدة منها للتبرع بها لفائدة الغير.

طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض المستفيد من التلقيح الاصطناعي: إن الشخص الذي يعاني من عدم الخصوبة أو حالة العقم، هو الذي يختار الطبيب المعالج الذي غالبا ما يكون متخصصا في ميدان التلقيح الاصطناعي والمساعدة على الإنجاب. وهنا يرى بعض الفقه القانوني، أن العقد المبرم بينهما لا يبتعد كثيرا من حيث إنشاؤه عن عقد العلاج الطبي، وهو عقد يلتزم بمقتضاه الطبيب بتقديم العلاج الملائم للمريض، وأن يشملته بالرعاية على وجه فعال ومطابق للأصول والقواعد العلمية، لعلاج قدر الإمكان من المرض الذي يشكو منه أو على الأقل ليخفف عنه الآلام التي يعاني منها³⁵.

ويرى الدكتور السنهوري في مؤلفه "الوسيط في شرح القانون المدني"، أن هذا العقد يشبه عقد المعاولة الذي عرفته المادة 646 من القانون المدني المصري بقولها أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"³⁶. ويستفاد من عبارة "يؤدي عملا"، أنها تنطبق على أصحاب المهن الحرة، الذين يقومون بأعمال مادية لفائدة زبائنهم دون التصرفات القانونية، فعلاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن زبونه، يعتبران من قبيل الأعمال المادية، لأن أصحابها يقومون بها لمصلحة الغير بمقتضى عقد المعاولة أصلا، ولهذا يرى البعض أن هذا العقد هو أصله عقد معاولة.

غير أن هذا الرأي لا يمكن اعتماده على إطلاقه. ذلك أن عملية العلاج يغلب عليها الطابع الفكري، وأن محل الإلتزام فيه هو التزام ببذل عناية، كما أن شخصية الطبيب تبقى دائما

³⁵- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، طبعة 1986، ص 13.

³⁶- المادة 549 من القانون المدني الجزائري: "المعاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

محل اعتبار بالنسبة للمريض، وتلك كلها مميزات خاصة بعقد العلاج لا يتصف بها عقد المقالة³⁷.

كما أن من خصائص عقد العلاج أنه عقد رضائي وملزم للجانبين، يقوم على اعتبار شخصي بالنسبة للمريض، ولذلك فإنه يتعين القول بأن عقد العلاج يندرج ضمن العقود غير المسماة التي تخضع في تنظيمها لأحكام قانونية خاصة.

طبيعة العلاقة بين الطبيب والمتبرعة بالبويضات لصالح الغير: إن عملية التبرع تعتبر جزءا من عملية الإنجاب ككل بجميع مراحلها. فهنا نكون بصدد امرأة مريضة لكونها بلغت سن اليأس، أو لأن مبيضها لم يعد يؤدي وظيفته الطبيعية، أو لأنها لا يوجد لها مبيض أصلا، أو لخشية الأطباء من انتقال مرض وراثي خطير من الأم إلى الجنين، أو لخشية ولادته بعيوب خلقية، ففي هذه الحالات يستدعي الأمر إتصال المتبرعة بالطبيب أو بالمركز المختص، لتحقيق مشروع الإنجاب الإصطناعي منذ بدايته إلى غاية إنهاء العملية.

وبهذا الصدد، فإن هذه العلاقة تقترب فيما يتعلق بوصفها القانوني بعقد العلاج، لأن الطبيب يلتزم هنا أيضا بتقديم العناية الطبية اللازمة، لكل من المريضة المستفيدة من عملية التبرع، وكذلك للمتبرعة التي تحتاج لرعاية طبية كبيرة على مستوى عدة مراحل إلى جانب التزامه بالحفاظ على السرية التامة للعملية.

كما أن المرأة المتبرعة بالبويضات تلتزم بتقديم يد المساعدة الطبيب الذي يسهر على تحقيق العملية، على أن تتحمل المستفيدة أو الزوجين معا، كل مصاريف و أتعاب الطبيب أو المركز المعالج.

المطلب الثاني: طبيعة العلاقة العقدية غير الطبية

إن الأمر هنا يتعلق بمختلف العقود التي تبرم لغرض تحقيق نجاح التلقيح الإصطناعي، والتي لا يظهر فيها الطبيب أو أي مؤسسة طبية علاجية كطرف متعاقد، ولا يتعلق الأمر بأية عملية طبية أو غرض علاجي.

³⁷ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 25 وما بعدها.

وباستبعاد هذه الحالات، يظهر لنا نطاق هذه السلسلة العقدية غير الطبية، في إطار ما يسمى بالحمل الطبي لصالح الغير أو الحمل بالإنابة، والذي يقوم على الاتفاق مع امرأة الحمل الجنين ليس من زوجها لصالح امرأة أخرى، على أن تتنازل عنه لهذه الأخيرة بعد ميلاده.

الفرع الأول: طبيعة علاقة الأم الحامل بالإنابة مع الزوجين الراغبين في الإنجاب

يتمثل أساس هذه العلاقة في إبرام إتفاق تعاقدى بين طرفين، الأب البيولوجي من جهة والأم الحامل بالإنابة من جهة أخرى، تلتزم بمقتضاه هذه الأخيرة، بحمل جنين ليس من زوجها لصالح امرأة أخرى تسلمه لها بعد ميلاده، مقابل تحمل الأب البيولوجي كافة المصاريف المالية لإتمام مشروع الحمل، بما في ذلك أتعاب الطبيب والفحوصات التي تجرى للأم الحامل، ونفقات غذائها ومسكنها وملبسها خلال فترة الحمل، وكذلك التي تحتاجها بعد الولادة إلى جانب المبلغ المالي المتفق عليه. كل هذا يثير تساؤلا مهما يتعلق بطبيعة هذا التعاقد، وفي أي إطار قانوني يمكن وضعه. هل تخضع هذه العلاقة الأحكام نظرية العقود والتي تضمنها القانون المدني؟، وأي نوع من العقود المسماة يمكن تصنيف هذا الإتفاق؟. هل هو عقد بيع ينطوي على نقل ملكية شيء مادي أو حق مالي آخر؟ أم هو عقد إيجار كما يحبذ البعض تسميته بإيجار الرحم، يمكن المستأجر من الإنتفاع بالشيء محل الإيجار؟. أو هل يمكن اعتباره عقد عارية يبرم لأجل استعمال الشيء محل الإعارة، ورده لمالكه بعد ذلك؟ أم نحن بصدد عقد وديعة الغرض من إبرامه حفظ الشيء محل الوديعة و الإلتزام برده عينا؟.

بالنسبة لعقد البيع، فإن النظرة القانونية الدقيقة لعلاقة الأب البيولوجي بالأم الحاملة بالإنابة تبرز لنا وجود فرق شاسع بين عقد البيع و العقد الذي ينظم هذه العلاقة. لأنه وحسب التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، فإن عقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر، في مقابل ثمن نقدي³⁸. وهو التعريف الذي يتضح من خلاله أن من خصائص عقد البيع أنه من عقود المعاوضة دون التبرع، حيث هناك

³⁸ - المادة 351 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 418 من القانون المدني المصري، وهو تعريف منتقد من حيث أنه يعرف البيع من خلال آثاره.

التزامات متبادلة لكلا طرفي العقد، أساسه نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، يكون حال الوجود وقت إبرام عقد البيع أو يكون قابلا للوجود مستقبلا، مع علم المشتري بذلك. إذن فالفرق يتعلق بمحل الالتزام الذي يعتبر الشيء أو الحق المالي في عقد البيع، بينما في عملية الحمل لصالح الغير، فمحل الاتفاق هو الطفل أو المولود الجديد، بل وجسم الأم الحامل الذي تزرع فيه البويضة المخصبة، والجسم الإنساني يخرج عن دائرة التعامل القانوني ولا يمكن أن يعامل معاملة الأشياء.

كما أن الأم الحامل بالإنابة ليست هي المالكة الأصلية للبويضة المخصبة التي تحملها، وبالتالي لا يمكنها التصرف فيما لا تملكه بالبيع أو التنازل عنه. كل ذلك يجعلنا نبتعد عن محاولة التقريب بين عقد البيع الذي يربط البائع بالمشتري، والإنفاق الذي يهدف إلى الحمل لصالح الغير.

وبالنسبة لعقد الإيجار، فإن المشرع المصري يعرفه في المادة 588 من القانون المدني بأنه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه، أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة، لقاء أجر معلوم³⁹. فمن خصائصه أنه يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفع أجرة، تكون إما نقودا أو تقديم عمل آخر⁴⁰. كما أنه يعد من العقود المسماة، ينعقد بتطابق الإرادتين، وهو من عقود المعاوضة.

إن التقارب الوحيد بين كلا العقدين، يتمثل في التزام الأب البيولوجي كالمستأجر بدفع المبلغ المتفق عليه مع الأم الحاملة بالإنابة، وذلك بعد تنفيذها لالتزامها المتعلق بالحمل، وتسليم المولود لأبيه البيولوجي، وما عدا ذلك فالإختلاف واضح من حيث محل التعاقد، الذي لا ينطوي في الاتفاق المبرم بين الأب البيولوجي والأم الحامل بالإنابة على شيء أو حق مالي، وإنما ينطوي على إنسان لا يمكن معاملته بنفس معاملة الأشياء، نظرا لخروجه عن دائرة التعامل القانوني.

³⁹ - لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإيجار، وإنما تطرق مباشرة لأركانه في المادة 467 من القانون المدني.

⁴⁰ - المادة 470 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لعقد العارية، فإن القول بتطبيق أحكام هذا العقد على الإتفاق الخاص بعملية الحمل لصالح الغير، يظهر أن الأم الحامل تعير رحمها للزوجين الراغبين في الإنجاب لمدة معينة، على أن يرد لها بعد إنجاز عملية الإنجاب، وهذا مقابل التزام الأب البيولوجي بصفته مستعيراً، بأن يقوم بكل ما في وسعه من عناية وصيانة ومصاريف العلاج ونفقات الحمل إلى غاية الوضع. وبالتالي هناك مقابل يدفع للأم المعيرة، وهو الأمر الذي يتعارض والطبيعة التبرعية لعقد عارية الإستعمال⁴¹، الذي يعرف بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للإستهلاك، ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين، على أن يرده بعد الإستعمال. إلى جانب هذا، يبقى دائماً محل العقد هو معيار تحديد طبيعة هذا الإتفاق الذي ليس بشيء مادي و إنما شخص أو جزءاً منه.

وأما فيما يتعلق بعقد الوديعة، فهو من العقود المسماة، رضائي، ملزم أصلاً لجانب واحد وهو المودع لديه الذي يلتزم بحفظ الشيء محل الوديعة. وفي موضوعنا فإن المودع هو الزوجين الراغبين في الإنجاب، أو بالأحرى الأب البيولوجي الذي يسلم للمودع لديه وهي الأم الحامل بالإنابة، عينة من السائل المنوي لتلقح بها نفسها إصطناعياً، أو بويضة مخصبة قابلة لزرعها في رحمها، فتلتزم بالحفاظ عليها مدة الحمل، على أن تتنازل عن المولود لأبيه البيولوجي بعد الوضع، وذلك في مقابل تحمل هذا الأب نفقات الحمل ومستلزماته لصالح الأم الحامل بالإنابة لغاية الوضع.

نستخلص من ذلك أن الأحكام القانونية الخاصة بعقد الوديعة، لا تتماشى وطبيعة الإتفاق المبرم بغرض الحمل لصالح الغير، وهذا بالنظر دائماً إلى محل العقد؛ ذلك أن الوديعة عي عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه المدة و على أن يرده عينا.

كما أن المودع لديه يلتزم برد الشيء محل الوديعة عينا إلى المودع، وهو ما لا يمكن حدوثه في الإتفاق بين الأب البيولوجي والأم الحامل، باعتبار أن محل الوديعة يتحول من سائل

⁴¹ - المادة 538 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 635 من القانون المدني المصري.

منوي أو بويضة ملقحة إلى إنسان مكتمل. ثم أنه في حالة وفاة المودع، ينتقل محل الوديعة إلى ورثته ويقسم عليهم حسب أنصبتهم الشرعية، وإذا تعذر قسمته يتفق الورثة على تعيين أحدهم لإستلامه وهذا ما لا يتصور في عملية الوضع بعد الحمل لصالح الغير .

خلاصة الأمر، أن علاقة الأب البيولوجي بالأم الحامل بالإنابة، يربطها وينظمها عقد ذو طبيعة خاصة، ولا يمكن أبدا أن ينتمي إلى إحدى العقود المسماة أو غير المسماة السبب بسيط وهو أن العملية ذاتها حديثة النشأة، لم يكن في مخيلة المشرع تصور القالب القانوني لها، فضلا عن الأسباب المذكورة سابقا ولاسيما تلك المتعلقة بطبيعة محل العقد، مما يؤكد على استقلاليته وخصوصيته.

الفصل الثاني

الإنجاب الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

يعتبر التلقيح الإصطناعي طريقاً غير عادي للتناسل، وإن أول ظهور له كان في دول غربية والتي سعت في إبرازه وتنوع أساليبه وصوره، وذلك حسب حالة العقم التي يعاني منها الزوجان وبالنظر إلى الأساليب الطبية المستخدمة والتي تعرف يوماً بعد يوم تقدم هائلاً.

ولما كانت المسألة من صميم الفقه المعاصر والنوازل التي لم يحسمها نص شرعي، ولا نجد ذكراً في كتب الأوائل، تعين تتبع أحكام هذه المستجدات الطبية بأصولها وفروعها في الفتاوى والاجتهادات التي صدرت عن أهل العلم عبر أقطار العالم الإسلامي.

إضافة إلى ذلك، وجب على الفقه الإسلامي أن يفني ويعطي الأسس والأدلة القاطعة و الصحيحة التي تستند إليها الشريعة السمحاء دون أن تخرج عن إطارها العام وذلك فيما يخص التوابع التلقيح الإصطناعي لتعرج بعد ذلك على موقف القوانين الوضعية من هذه العملية.

ثم إن الكشف عن موقف الفقه الإسلامي من التقنيات المختلفة للإنجاب الإصطناعي، والتطور الذي عرفته يستلزم منا البحث في مدى مشروعية استخدام أسلوب الإنجاب الإصطناعي، وتوضيح ما يمكن قبوله وما يمكن استبعاده منها فنشير في هذا المقام إلى أن الفقهاء المحدثون قد تناولوا هذا الموضوع ببالغ الأهمية، نظراً لما تتميز به أنظمة الدول العربية الإسلامية، بينما فيما يتعلق بأحكام المواريث وإثبات النسب، ومدى تأثير هذه الأخيرة بمسألة الإنجاب الإصطناعي، فمن هذه المسائل ما اعتبروه مشروعاً ومنها ما هو محظور في نظرهم.

وحتى تكون دراسة هذا الموضوع مكتملة نوعاً ما، فإن ذلك يقتضي بيان موقف كل من الشرع أو الفقه الإسلامي على وجه التحديد، والتشريع الوضعي من الإنجاب الإصطناعي، وعليه فإننا سنتولى التعرض لموقف كل من الفقه الإسلامي في المبحث الأول من هذا الفصل، ثم نتطرق في المبحث الثاني منه لموقف القانون الوضعي منه.

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من الإنجاب الإصطناعي

لا يعتبر التلقيح الإصطناعي مستحدثاً طراً على الساحة العلمية لا علاقة لفقهاء المسلمين، بل الأمر على العكس من ذلك تماماً، فقد عرف الفقهاء المسلمين ذلك من قديم الزمان، إلا أنهم عبروا عنه في كتبهم بما يسمى "باستدخال المني" ورتبوا أحكامهم عليه. وليس أدل على وجود التلقيح الإصطناعي في القديم من قضية الصوفة. وعليه فهو يعتبر صورة من صور التلقيح الإصطناعي وتتناول بالدراسة في هذا المبحث والذي قسمناه إلى مطلبين:

المطلب الأول: مدى شرعية وسائل الإنجاب الإصطناعي

إنه ومما لا شك فيه، هو أنه لا يمكن القول بشرعية وسائل الإنجاب الإصطناعي المختلفة، إلا إذا كانت هذه الوسائل لا تتعارض مع المبادئ الأساسية التي تعتمدها الشريعة الإسلامية، والتي تتمثل أساساً في:

- إحترام الحياة الزوجية، على اعتبار أن علاقة الزواج تعتبر خلية من التواصل بين الأجيال وأنه تترتب عليها حقوق و إلتزامات متبادلة.

- إقرار النسب بين الزوجين مع تحديد القواعد المبينة لكيفية ثبوته.

وبهذا الخصوص، فإن المشرع الإسلامي ضبط أحكام النسب بقواعد واضحة، واعتمد هنا مبدأ أساسي هو "الولد للفراش" والمراد بالفراش هو الزوجية القائمة، لأن الولد ينسب لأمه بالولادة منها ولأبيه بالزوجية، كما اشترط الفقهاء المسلمون الإثبات النسب عن طريق الزوجية مجموعة من الضوابط تتمثل في:

. إمكانية حمل الزوجة من زوجها، بأن لا يكون عقيماً أو صغيراً أو مصاباً بعاهة جنسية.

- مضي أقل مدة الحمل على الزواج وهي 6 أشهر للتأكد من إنتماء الولد الأبويه.

- ألا تنقضي على فراق الزوج لزوجته أكثر من المدة المحددة شرعاً للحمل وهي سنة عند أغلب الفقهاء المسلمين.

إن هذه الضوابط إنما يراد بها التأكيد على أن النسب لا يثبت بالإرادة، وأنه يثبت عن طريق التأكد من أن الجنين هو ثمرة علاقة جنسية في إطار مؤسسة الزوجية⁴².

فإن الزنا لا يثبت لأبيه، والأمر نفسه بالنسبة للمولود نتيجة عقد زواج فاسد إلا بإقرار أبيه متى كان هذا الإقرار قابلاً للتصديق. و عليه، فمن الضروري عند دراسة تقنيات الإنجاب الاصطناعي، أن نضع نصب أعيننا على كل هذه المبادئ لتحديد ما هو مقبول شرعاً وما هو مرفوض، حتى لا تكون هذه التقنيات عاملاً من عوامل تفكك الأسرة وهدم المؤسسات الزوجية.

الفرع الأول: حالات الإنجاب الاصطناعي المتفق على شرعيتها

الواقع أن العالم الإسلامي لم يكن لتثار فيه مسألة الإنجاب الاصطناعي، لم يلجأ الأطباء في بعض الأقطار الإسلامية إلى إجراء بعض تجارب التلقيح الاصطناعي بالتعاون مع أطباء من الغرب، وهو ما حصل مثلاً في جدة بالمملكة العربية السعودية التي لجأ فيها الأطباء بمساعدة أطباء بريطانيين إلى تطوير وسائل الإنجاب الاصطناعي وهو ما دفع فقهاء الشريعة الإسلامية إلى البحث عن موقف الإسلام من كل هذه العمليات⁴³

ومن خلال الإطلاع على القرارات المختلفة الصادرة عن الجهات المعنية بإصدار الفتاوى الشرعية، فإنه يتضح أن هناك حالتين أجمع فيهما الفقهاء المسلمون حديثاً، على إباحة اعتماد أسلوب الإنجاب الاصطناعي.

تتمثل الحالة الأولى في جواز أخذ نطفة الزوج وحقنها في رحم زوجته، ما دام لم يقم أي شك حول استبدال أو اختلاط هذه النطفة بنطف الغير⁴⁴.

1- تتمثل الحالة الثانية في جواز أخذ بويضة الزوجة العام، وتخصيبها بنطفة زوجها خارج الرحم في أنبوب الاختبار، ثم زرع البويضة المعلقة في رحم زوجته نفسها، مع وجوب التأكد من عدم اختلاط هذه النطفة أو البويضة، بنطفة أو بويضة أجنبية عن الزوجين، فإذا ما تم التأكد

⁴² - محمد فاروق النبهان، الضوابط الفقهية للإنجاب المشروع في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، ص 155.

⁴³ - محمد المكي الناصر، موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة إنجاب، مجلة أكاديمية، المملكة المغربية، 1986، ص 116.

⁴⁴ - عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 158.

من ذلك، فإن نسب المولود يثبت من والده صاحب النطفة، وأمه صاحبة البويضة الملقحة لكونهما المصدر الوحيد لوجود الطفل وميلاده، شريطة أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج وأن تكون علاقة الزواج ما تزال قائمة بينه وبين زوجته لأن حدوث الحمل بعد وفاة الزوج أو بعد الطلاق يلغي النسب. ولقد اعتمد فقهاء الإباحة هاتين الحالتين على دليل شرعي يتمثل في مبدأين شرعيين هما:

• تحقيق المقاصد الشرعية:

يعتمد هذا الدليل على أساس مصدره قاعدة مستنبطة عن طريق الإستقرار، مفادها أن الشريعة وضعت لتحقيق مصالح العباد، وأن التكليف يهدف إلى تحقيق حفظ مقاصد الشريعة في الخلق، وهي مقاصد ضرورية وحاجية وتحسينية، فالمقاصد الضرورية هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، لأن فقدانها يؤدي إلى الإختلال في الحياة البشرية، وتشمل حفظ الدين والنسل والنفس والمال.

أما المقاصد الحاجية، فهي التي يفتقر إليها لأجل رفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة، وأما المقاصد التحسينية، فتعني الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب ما لا يليق، ويندرج الإنجاب ضمن المقاصد الشرعية، لأن عدمه يؤدي إلى اختلال في الحياة ولذلك فإنه يجوز استخدام الوسائل التقنية لتحقيق المصالح البشرية.

- غلبة المصلحة على المفسدة:

ويؤكد هذا المبدأ على أن الشريعة الإسلامية تأخذ بالاعتبار مصالح العباد، والمعيار الأساسي للحكم في القضايا والمشاكل الطارئة هو وضوح المصلحة و غلبتها، وأنه مادامت المصلحة في إباحة الإستعانة بالتقنيات الطبية هي المساعدة على التغلب على مشاكل العقم، وأنه مادام ذلك لا يؤدي إلى مفسدة ظاهرة أي اختلاط الأنساب، فإنه ليس هناك ما يمنع من الإستعانة منها.

الفرع الثاني: حالات الإنجاب الإصطناعي غير المباحة شرعا

إنه وفي المقابل الحالتين السابق ذكرهما اللتين اتفق الفقهاء المسلمون على شرعيتها، فإن هناك حالات أخرى أجمع الفقهاء على عدم شرعيتها.

أ- وتتمثل الحالة الأولى في تحريم تدخل الغير في عملية الإنجاب الإصطناعي أيا كانت صورة هذا التدخل. أي أنه لا يجوز أن تكون إحدى البذرتين الذكرية أو الأنثوية من أحد الزوجين والأخرى من أجنبي عنهما، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهذا أمر محظور شرعا⁴⁵.

ب- وأما الحالة الثانية: فتتعلق تلك الحالة التي تكون فيها كل من النطفة والبويضة تابعتين للزوجين غير أن عملية التلقيح يتم إجرائها، مع زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أجنبية عنهما. فهنا يقرر الفقهاء المسلمون رفض استخدام مثل هذه التقنية رفضا كليا، لأن ذلك يعتبر وسيلة للفوضى واختلاط الأنساب.

ت- وأما الحالة الأخيرة، فهي تقوم على تحريم اللجوء إلى استخدام البذور الذكرية والأنثوية لأشخاص أجانب عن الزوجين، سواء أكانوا معروفين أو مجهولين، لأن ذلك يعتبر ذروة في اختلاط الأنساب، وهو أجدر من ثم بالتحريم من الحالتين السابقتين، وهذا معناه أن كل مولود يكون نتاج إحدى هذه الوسائل الثلاثة، فإنه يعتبر في نظر الشرع لقيطا، أو ما اصطلح على تسميته في القانون الوضعي بالطفل الطبيعي، وبذلك فإنه لا ينسب إلى الأب وإنما لمن حملته ووضعت، أي أنه يأخذ حكم ولد الزنا الذي ينسب لأمه فقط.

المطلب الثاني: بعض حالات الإنجاب الإصطناعي بين الأخذ و الرد

لقد اختلف الفقهاء المحدثون حول مدى شرعية بعض أساليب الإنجاب الإصطناعي ولا شك أن السبب في ذلك راجع إلى التطور العلمي الذي مس نظام التلقيح الإصطناعي والتقدم الذي عرفته تقنياته، وهو الأمر الذي يطرح المزيد من التعقيدات والإشكالات التي ينبغي على فقهاء الشريعة الإسلامية الوقوف عندها، لفك الغموض واللبس عنها ببيان مشروعيتها من

⁴⁵ - جاد الحق علي جاد الحق، أحكام الشريعة في بعض المسائل الطبية، الأزهر 1991، ص 6-10.

عدمها، وفي هذا الإطار ننوه أن هناك من الحالات التي لا يزال الفقه الإسلامي مختلف بشأنها، منقسمين في ذلك إلى مؤيد ومعارض.

حالات الإنجاب الإصطناعي المختلف بشأن شرعيتها:

من الحالات التي ما تزال محل خلاف بين الفقهاء والمحدثين، تشير إلى الحالة المعروفة باسم حالة الحمل لصالح الغير، ويفرقون هنا بين صورتين:

1- الصورة الأولى: وتخص تلك الحالة التي يتم فيها زرع بويضة مخصبة من زوجين في رحم امرأة أخرى ليست بينها وبين الرجل أية علاقة. والحكم في هذه الحالة هو التحريم.

2- أما الصورة الثانية: فتتعلق بتلك التي يتم فيها زرع بويضة مخصبة بين زوجين في رحم زوجة أخرى لهذا الزوج، وهي حالة تفترض تعدد الزوجات باعتباره نظاما معروفا في الدول الإسلامية. وهنا يتم زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة الثانية، نيابة عن الزوجة الأولى صاحبة البويضة، وتتولى عملية الحمل لتقوم بتسليم المولود لها بعد ولادته.

وما يجدر ذكره هنا، أن أغلب الفقه كان يرجح هذه العملية، وثم التأكيد على شرعيتها خلال الدورة السابعة للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد بمكة المكرمة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني سنة 1404هـ، حول مشكلة التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب وذلك بتقريره.

- إن حاجة الزوجين إلى الولد تعتبر غرضا مشروعاً، يبيح معالجتها عن طريق التلقيح الإصطناعي متى تمت إحاطته بالضوابط الشرعية السابق ذكرها.

- إن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة من رجل متزوج، ثم تحقق في رحم زوجته نفسها بطريقة التلقيح الداخلي، هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الأنفة الذكر، متى تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية.

. إن الأسلوب الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكورية والأنثوية من الزوجين، ويتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها، هو أسلوب مقبول مبدئياً، لكنه غير سليم من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات فينبغي اللجوء إليه في حالات الضرورة القصوى بعد توفر الشروط العامة.

- الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى للزوج نفسه، وهي الفرضية التي تهمنا هنا، فإن المجلس أجاز اللجوء إليها عند الحاجة، لكن بالضوابط المذكورة سابقاً⁴⁶.

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين دون إسهام الغير.

ونقصد به إجراء الإخصاب الاصطناعي بين رجل وامرأة مرتبطين بعقد زواج صحيح يحل العشرة بينهما في فترة قيام هذه الزوجية حقيقة أو حكماً، فهذا لا يثير أي شك أو منازعة في شريعته أو صحته⁴⁷ ما دام تم بماء الزوج حيث كان تصرف واقعا في دائرة الشريعة التي يخضع لحكمها المنتسب إليها لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلاً للحصول ولد شرعي، يذكر به والده⁴⁸ وإذا تم وقف الشروط والضوابط الفقهية والقانونية كثبوت إستحالة الحمل الطبيعي، ورضا الزوجين بهذا البديل، مما يعني أن المولود يصبح متمتعاً بكامل الحقوق والآثار التي يرتبها الشرع على النسب الصحيح من الولاية والحضانة والنفقة والإرث، وحرمة الزواج وغيرها سواء من الفرع نحو الأصل أو من الأصل نحو الفرع⁴⁹.

ولقد عالج فقهاء الشافعية مسألة نقل الأمشاج ببراءة كبيرة وإحكام يثير دهشة الدارسين وذلك عن مسمى الإستدخال مني الرجل في الفرع ووصوله إلى الرحم من غير طريق الإتصال الجنسي المباشر وضربوا ذلك مثلاً باستمئاء المرأة الرجل في يدها وقيامها بعد ذلك باستدخال منيه في فروجها وأقروا بوجوب العدة وثبوت النسب به، وذلك متى كان المنى المستدخل من ممارسة مشروعة، ويجب أن يكتسب هذا الوصف ساعة خروجه وساعة استدخاله، في حين ذهب جمهور الشافعية إلى تطلب هذا الشرط ساعة خروجه فقط.

⁴⁶ - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 161-162-165.

⁴⁷ - زوييدة أفروقة، التلقيح الاصطناعي. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، طبعة 2010، دار الهدى، الجزائر، ص 53.

⁴⁸ - التواتي بن التواتي، المسبب في الفقه المالكي بالأدلة. كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الجزائر 2009، ص 780.

⁴⁹ - مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى مصر 2004، ص 83.

وكان هؤلاء قد استشعروا ما توصل إليه علم تكنولوجيا الأحياء من إمكانية حفظ الأمشاج صالحة للإخصاب لمدة قد تصل إلى سنتين⁵⁰.

وهذا ما استقر عليه إجتهد جمهور المعاصرين، ويتحلى ذلك من خلال القرارات والتوصيات التي تمخضت عن العديد من الملتقيات والفتاوي الصادرة عن الهيئات الرسمية للإقتناء منها:

1- الفتاوى:

- الفتوى رقم 63 لسنة 1980 لدار الإفتاء المصرية.

- فتوى الشيخ أحمد حماني بتاريخ 1986/10/13.

2- القرارات:

- قرار مجلس المجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بتاريخ 16/11 ربيع الثاني 1404هـ/198 م.

- قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادي الأول 1405هـ/28/19/جانفي. 1985

- قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في دورة مؤتمره الثالث بالأردن من 08-13 صفر 1411/16/أكتوبر 1986.

- قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في المؤتمر العاشر بجدة بتاريخ 2328 صفر 1418هـ 28 جوان 1997. وعليه فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قال أن:

أ- الأسلوب الأول: من التلقيح الداخلي (لما تحقن نطفة الزوج في الموضع المناسب في فرج أو رحم زوجته، هو أسلوب جائز شرعا مع احترام المبادئ العامة والأحكام المذكورة وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل، ونصح طبيب حاذق بأن الزوجة لا تحمل إلا بهذه الطريقة.

ب- الأسلوب الأول في التلقيح الخارجي: (نطفة الزوج + بويضة الزوجة يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئيا وجائز في ذاته

⁵⁰ - زوييدة أفروقة، مرجع سابق، ص 54.

من وجهة النظر الشرعية لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه والحيطة به من ملابسات فينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة القصوى، ويتوفر الأحكام والمبادئ العام المذكورة ويوصى المجلس في الحالتين الجائزتين شرعا بالإحتياط والحذر تجنباً لإختلاط النطف أو اللقائح في أطباق الإختبار.

3- المؤتمرات:

- المؤتمر الدولي عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي، الذي عقده المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بالأزهر بتاريخ 10/12/1991.

4- الندوات:

1. الندوة الفقهية الطبية التاسعة (رؤية إسلامية لبعض الممارسات الطبية). الدار البيضاء. 8-11 صفر 1418هـ/14-17 جانفي 1997⁵¹.

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بإسهام الغير.

في هذه الصورة من التلقيح يلجأ إلى الإستعانة بطرف ثالث لإتمام العملية وتختلف الحالات في هذه الصورة باختلاف العنصر الغريب عن الزوجين: ويمكن حصر أغلب تلك الحالات فيما يلي:

الحالة الأولى: الإستعانة ببيضة أو رحم الزوجة الثانية

الحالة الثانية: الإستعانة ببيضة أجنبية

الحالة الثالثة: الإستعانة بالحيض الذكري الأجنبي.

الحالة الرابعة: الإستعانة برحم الأجنبية.

أ- حكم استعمال هذه الحالات من حيث المشروعية:

⁵¹ - عمرانى فاطمة، التلقيح الاصطناعي الفقه الإسلامي. القانون الوضعي، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص الأساسى، السنة الجامعية، 2012 2013، ص ، ص 44-44.

الحالة الأولى: المتعلقة بمساهمة الزوجة الثانية ببيضة أو رحم لصالح ضررتها والحالة الرابعة المتعلقة باستعمال رحم بديل لأجنبية فيهما قولان: أحدهما الجواز والآخر المنع.

القائلون بالجواز:

استعمال رحم الضرة: أجاز كل من:

أ. محمد علي الشخيرى، د. علي محمد يوسف المحمدي، وهو رأي مجلس الفتوى بمكة (حيث أجازته أيضا بين الأم وابنتها)⁵² وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لدورته السابعة لسنة 1984 واستشروا لشرعية هذه الصورة موافقة الأطراف الثلاثة، وعدم ملامسة الزوج لزوجته المتبرعة، ونسب الحمل محفوظ.

استعمال رحم امرأة أجنبية: حتى ولو تم ذلك من امرأة أجنبية عللوا مذهبهم بما يلي:

- تحقق الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات.⁵³

- قياس الرحم البديل على تأجيل المرضعة، فالرحم والثدي كلاهما مصدر الغذاء الذي يحتاج إليه الطفل للنمو.⁵⁴

القانون بالمنع مطلقا: منع كل من د. محمد رأفت عثمان، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق⁵⁵ والشيخ بدر المتولي عبد الباسط، والشيخ علي الطنطاوي والدكتور يوسف القرضاوي كما توقف المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة عن الحكم في هذه الحالة، وسحب الجواز الذي أعلنه في الدورة السابقة، وتوجه العامة من المشاركين في دورة الإنجاب في ضوء الإسلام إلى القول بالمنع.

⁵² - زوييدة أفرودة، مرجع سابق، ص 60

⁵³ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. دار الكتب القانونية، طبعة 2009، ص205.

⁵⁴ - العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة. مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، للدفعة السادسة عشر

2006. ص27

⁵⁵ - أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 208.

وعلى هذا الفريق مذهبهم بالحجج التالية: قوله تعالى: « وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ »⁵⁶.

وكذلك في صورة الرحم البديل لم يتحقق هذا العقد في قوله تعالى: « وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِعِمَّةٍ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ »⁵⁷.

- لأن الشريعة الإسلامية قد سمحت بالزواج بأكثر من زوجة واحدة حيث قال جلا وعلى في كتابه الكريم: « إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبْعٍ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا »⁵⁸ ولما كان الإنجاب من الحقوق الزوجية الخاصة التي لا - تستطيع أن يتدخل أو يشارك فيها طرف آخر نظرا لخصوصيتها، فلا ضرورة تدعو اللجوء لهذا الأمر طالما يستطيع الزوج أن يتزوج بأخرى⁵⁹.

الفرع الثالث: التعامل مع البويضات الملقحة

هذا الإشكال يثور بسبب تحريض الأطباء المبيض على إفراز عدد ممكن من البويضات بواسطة أدوية تعطى للمرأة خلافا للوضع الطبيعي، فالمبيض ينتج بويضة واحدة في الشهر الواحد، ليتم بعد ذلك تلقيح البويضات، فتعاد بعضها إلى رحم المرأة من ثلاث إلى أربعة بويضات والباقي فائض، ولقد اختلف الجميع في مصير البويضات الملقحة أما بالنسبة للدول الإسلامية، فقد تطرقت الندوة الثالثة التي عقدتها المنطقة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في

⁵⁶ - سورة المعارج الآية 29-30-31.

⁵⁷ - سورة النحل الآية 72.

⁵⁸ - سورة النساء الآية 03.

⁵⁹ - عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي. دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العملية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2001، عمان الأردن، ص 51-52.

21/04/1987 وقالوا أن الوضع الأمثل في موضوع مصير البويضات الملقحة هو أن لا يكون هناك فائض منها وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبويضات غير الملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد، وتوصي الندوة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي يسبب فائضا فإذا روعي ذلك لم يحتج بعدها إلى البحث في مصير البويضات الملقحة، أما إذا حصل فائض فإن جل الفقهاء يرون أنها ليست لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل تتغرس في جدار الرحم، لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة، ويرى البعض وأن بعض البويضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، وفيما بين إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي أو تركها لشأنها للموت الطبيعي يبدو أن الاختيار الأخير أحقها حرمة إذا ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة إذ تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياتها.

وتضيف الندوة على تأكيد تحريم استخدام البويضة الملقحة في امرأة ملقحة، وعليه لا يذمن اتخاذ الاحتياطات اللازمة والحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع. وقرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بتاريخ 2014 مارس 1990 أنه في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة، يجب عند تلقيح البويضات الإقتصار على العدد المطلوب للزراع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة وإنما ينبغي استخراج ثلاث بويضات فقط وتلقيحها وإعادتها إلى رحم المرأة صاحبة البويضة الملقحة بماء زوجها، باختصار ينبغي التأكد من عدم وجود طرف ثالث في العملية.

أي نطفة ذكرية وبويضة المرأة تربطها علاقة زوجية بعدها تصبح اللقحة جاهزة لزرعها في رحم زوجته صاحبة البويضة، وبالنسبة لما يعرف ببنوك الأجنة (البويضات الملقحة وحتى بنوك النطف الذكورية والأنثوية) فإن القرآن الكريم والسنة النبوية قد وضعوا الأساس لكيفية التنازل البشري على أن يكون بين ذكر وأنثى بطريق مشروع تحكمه قواعد وتترتب عليه حقوق وواجبات وبعيدا عن اختلاط الأنساب⁶⁰.

⁶⁰ - عمراني فاطمة، مرجع سابق، ص، ص 59-60.

فقال سبحانه وتعالى: "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۖ أَفَبِالْبِطْلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"،⁶¹ وقوله أيضا: "يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"⁶².

ويرى الفقهاء إن إنشاء مستودع لنطف الرجال لهم صفات معينة لقحت بها بويضات نساء لهن صفات معينة هو أمر سيء على المجتمع الإسلامي ونذير سوء بانتهااء الحياة الأسرية كما أرادها الله عز وجل، ومن باب سد الذرائع وحفاظا لروابط الأسرة وصونا للأسباب فإن هذا الأمر اعتبر غير مشروع في شريعة الإسلام لأنه يؤدي إلى إنجاب الأطفال خارج نطاق المشروعية لذا يحظر إنشاء هذه البنوك، ورأى بضرورة تدخل المشرع بتحريم هذا الأمر.

الفرع الرابع: استخدام الأجنة المجمدة في البحوث العلمية.

الأجنة المجمدة هي أجنة في مراحلها المبكرة الأولى يحتفظ بها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة، وفي سائل خاصة تحفظ حياتها بحيث تبقى دون أن تنمو لحين الطلب فإذا جاء الطلب عليها أخرجت من الثلاجات الحافظة ونسج لها بالنمو.⁶³

وقد عرفنا كيفية الحصول عليها أما عن الأعراض التي تستخدم فيها هذه الأجنة المجمدة فهي كما يلي:

- 1- إذا فشلت عملية زرع اللقيحة في الرحم، تعطى المرأة لقيحة أخرى في موعد آخر مناسب وهكذا تعاد العملية عدة مرات إلى غاية حصول الحمل المرغوب فيه.
- 2- يؤدي الإحتفاظ بالأجنة ودراستها إلى معرفة الكثير من الأمراض وخاصة فيما منها بالوراثة والصبغيات، وقد أثبت فقهاء الشريعة أن علامة نفح الروح في الجنين هو ظهور الإحساس

⁶¹ - سورة النحل، الآية 72.

⁶² - سورة الحجرات، الآية 13.

⁶³ - محمد علي البار، مرجع سابق، ص 81.

والحركات العضلية الإدارية وهذا لا يتم إلا بتكوين الجهاز العصبي ولا تظهر بوادر ذلك إلا في اليوم الأربعين أو الثاني والأربعين من عمر الجنين.

لا يقتصر استخدام الأجنة الفائضة على إجراء أو استخدامها في زرع الأعضاء كأنسجة الجهاز العصبي وخلايا العصبي وخلايا البنكرياس لمعالجة السكري، إنما يمتد إلى أفاق أوسع لمعالجة أمراض العقم، كما يمكن استخدام الأجنة في رحم مستأجرة وهي وسائل للإنجاب التي بحثها الفقهاء في مجلس المجمع الفقهي في دورته السابعة لسنة 1984 وكذلك في دورتها الثامنة لسنة 1985م، وقد أفضحوا حرمة استخدامها لكونها تدخل طرف ثالث في عملية الإنجاب، وذهبت الندوة الثالثة التي عقدتها المنطقة الإسلامية: «تأكيد التوصية الرابعة من ندوة الإنجاب بشأن التخدير من التجارب التي يراد بها تغيير فطرة الله أو استغلال العلم للشر والفساد والتخريب وتوصي الندوة بوضع الضوابط الشرعية لذلك» .

وقد يحدث أن تنمى الأجنة المجمدة وتستعمل كمصدر لزراعة الأعضاء، ونشير إلى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة لسنة 1990 تطرق إلى أن موضوع استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء لكنه متعلق بالأجنة المجمدة، ذلك أنه كما رأينا أوصت اللجنة بألا تلقح إلا العدد اللازم لإجراء التلقيح وإذا حدث وأن وجد فائض تترك بدون رعاية طبية إلى أن تموت، أما بالنسبة للأجنة المجهضة سواء حدث الحمل طبيعيا أو إصطناعيا فقرر أنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدر الأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في الحالات بالضوابط لا بد من توافرها:

أ- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر على الإجهاض الطبيعي غير المعتمد والإجهاض للعذر الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لإستخراج الجنين إلا إذا كانت ضرورية لإنقاذ حياة الأم.

ب- إذا كان الجنين قابلا لإستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليه لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، ويقتصر الإستفادة منه بعد موته.

ت- لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

ث- لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة⁶⁴.

المبحث الثاني: موقف القانون من نظام الإنجاب الإصطناعي

ستخصص هذا المبحث من الفصل الثاني لهذه المذكرة، لبيان حكم الإنجاب الإصطناعي في ظل القانون الوضعي لا سيما القانون المقارن، مع التركيز أكثر في هذا المقام، على القانون الفرنسي، باعتباره المنهل الذي استمد منه المشرع الجزائري معظم قوانينه، وفي شتى المجالات من جهة، ومن جهة أخرى كونه قانون البلد الذي كان قضاؤه السابق للفصل في الكثير من النزاعات التي أثّرت أمامه بخصوص العلاقات التي تتشابه وتتعدّد لتحقيق الهدف المتوخى من الإنجاب الإصطناعي مشيراً في الأخير إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة التلقيح الإصطناعي، قبل و بعد تعديله القانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005.

لذلك سنعالج موقف القانون من هذه المسألة في مطلبين، نتناول في المطلب الأول الإنجاب الإصطناعي في ظل القانون المقارن، وفي المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري منه.

المطلب الأول: الإنجاب الإصطناعي في التشريع المقارن

نحاول من خلال هذا المطلب الإطلاع على أهم المسائل القانونية التي تطرحها وسائل الإنجاب الإصطناعي المختلفة في التشريع المقارن. ونظراً لإستحالة معالجة ذلك على ضوء قوانين جميع الدول، فإنني أكتفي في ذلك ببعض التشريعات المختلفة، الغربية منها والعربية من خلال فرعين نعالج في الأول الأحكام القانونية التي تنظم التلقيح الإصطناعي في التشريع الفرنسي، كونه المصدر الذي استنبط منه المشرع الجزائري معظم قوانينه، والفرع الثاني نتناول فيه أحكام بعض القوانين الأخرى.

⁶⁴ - عمرانى فاطمة، مرجع سابق، ص 60-61.

الفرع الأول: الأحكام القانونية للتلقيح الإصطناعي في التشريع الفرنسي.

أصدر المشرع الفرنسي في هذا السياق قانونين بتاريخ 29/07/1994

، أولهما يحمل رقم 94/653 و يتعلق باحترام الجسد الإنساني، ويحمل الثاني رقم 94 / 654 وهو القانون المنظم للمسائل المتعلقة بهبة واستعمال عناصر ومنتجات الجسد الإنساني، والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص المبكر، ضامنا احترام أحكامه بالإستعانة بقانون العقوبات، وذلك من خلال استحداثه لحوالي 35 جنحة جديدة معاقب عليها بعقوبة الحبس⁶⁵. ومن استقراء مجمل النصوص التي أوردها المشرع الفرنسي في هذا الإطار، نستخلص أنه أقر مشروعية ممارسة أغلب عمليات التلقيح الإصطناعي، موقفاً ذلك على شروط يتعلق بعضها بالجانب الشكلي، وهي إما تخص طالب الإستفادة من التلقيح أو تخص الجانب الطبي، وبعضها الآخر ذو طابع موضوعي.

1- فعن الشروط الشكلية المتعلقة بطالب الإستفادة من التلقيح، فإن الأمر هنا يخص كل شخص يتقدم بطلب الإستفادة من مختلف وسائل التلقيح الإصطناعي، الأجل غرض الإنجاب سواء كان ذلك في إطار العلاقات الزوجية، أو العلاقات الحرة وكذا ما يسمى بالأسرة الأحادية أي من الأب أو من الأم فقط التي نشأت في البلاد الغربية، إلى جانب المرأة غير المتزوجة التي ترغب في الإنجاب، دون حاجة لإرتباطها بعلاقة شرعية مع رجل وتتمثل هذه الشروط في:

- وجود رابطة معترف بها قانونا بين طالبي الإستفادة من الإنجاب، سواء أكانت رابطة زواج شرعية بين الرجل والمرأة، أو في إطار ما يسمى بالعلاقات الحرة، القائمة لمدة لا تقل على سنتين، حسب مقتضيات المادة 2/152 من قانون الصحة العمومية رقم 65/94. وهو النص الذي يفهم منه أنه لا يجوز للمرأة العزباء أو الأرملة، المطالبة بالإستفادة من وسائل الإنجاب الإصطناعي، كما أن إجراء عملية زرع البويضة بعد الوفاة أصبح أمرا محظورا وبالتالي، فإنه

⁶⁵ - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 244.

لا يبقى لها سوى التبرع بالبويضات المخصبة والمحفوظة على مستوى مراكز الحفظ لمن هو في حاجة إليها.

- بلوغ الطالبين سن الإنجاب، وهو الشرط الذي تناولته نفس المادة أي المادة 2/152 من نفس القانون المذكور سابقا. - توافر الرضا لدى الطرفين لإستخدام إحدى وسائل التلقيح. وهذا الشرط أشارت إليه ذات المادة من نفس القانون. وهنا نشير إلى جل التشريعات أكدت صراحة على وجوب الإفصاح عن الرضا، بقبول إجراء عملية التلقيح الإصطناعي في شكل كتابي سابق على العملية وهو نفس الشرط المطلوب في حالة إذا ما كان التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج، طبقا للمادة 10 من قانون رقم 94/653 إضافة إلى شرط السرية التامة، وهذا تحت طائلة عقوبة الحبس والغرامة حسب أحكام المادة 17 من القانون رقم 654/94 ، وهو الجزاء ذاته الذي قرره المشرع في حالة استعمال وسيلة الحمل لصالح الغير، أو إيجار الرحم بموجب نص المادة 227مكرر 12 من قانون العقوبات باعتبارها وسيلة محظورة في ظل القانون رقم 94/653

2- وفيما يخص الشروط الشكلية المتعلقة بالجانب الطبي، فإن المشرع الفرنسي في نص المادة 1/184 من قانون الصحة العمومية، ميز بين نوعين من النشاطات. النشاطات الطبية البحتة للمساعدة الطبية على الإنجاب، والتي يجب ممارستها داخل مؤسسات الصحة العمومية أو الخاصة، والنشاطات ذات الطابع البيولوجي المطلق، التي لا تمارس إلا على مستوى المنشآت الصحية العمومية أو مخابر التحاليل البيولوجية، هذا فضلا عن مجموعة أخرى من الشروط، تتمثل في وجوب احترام جملة من الإجراءات الأولية قبل البدء في إجراء أي عمل طبي. ومن بينها وجوب إجراء لقاء الطرفين، اللذان يرغبان في الإستفادة من وسائل الإنجاب الإصطناعي بحضور فريق متعدد التخصصات، وذلك حتى يتسنى للمعنيين طرح اختيارهم وأبعادهم من وراء إجراء عملية التلقيح، وتلقي الإجابات على ذلك من المتخصصين في هذا الميدان فإذا تم هذا اللقاء، فإن الطرفين يقدمان طلبا خطيا للجنة الطبية للإجابة عليه إما بالقبول أو بالرفض.

وأما عن الشروط الموضوعية لممارسة التلقيح الإصطناعي، فإن المشرع الفرنسي حدد الإطار أو الغرض المرجو من وراء اللجوء إلى عملية هذا التلقيح، فنص في المادة 152 من القانون رقم 94/ 654 المؤرخ في 29/07/1994 على أن موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب هو علاج العقم، و أن مخالفة هذا الحكم يعد جريمة معاقب عليها بالحبس لمدة خمس سنوات، وغرامة مالية قدرها 500 ألف فرنك فرنسي كما حصر في المادة 673/ 5 من قانون الصحة العمومية، القيام بعمليات جمع معالجة وحفظ البويضات والتنازل عنها لصالح الهيئات والمؤسسات الصحية، عامة كانت أو خاصة و الخيرية منها فقط، ولذلك فإن يحظر أي نشاط طبي يكون الغرض منه تحقيق الربح، بل وإنه ينص على أن ممارسة أي شكل من أشكال الوساطة، يعرض صاحبه للمتابعة الجزائية وبالتالي للعقوبة⁶⁶.

الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي في ظل بعض التشريعات الأخرى.

لقد سائرت أغلب الدول الغربية التشريع الفرنسي، من حيث توحيد الأحكام المنظمة لعمليات الإنجاب الإصطناعي، كتقنية المساعدة على الإنجاب ومعالجة مشكلة العقم، وضبطته كل دولة حسب الشروط والأحكام التي تتلاءم مع نظامها ومبادئها القانونية، بل وحتى الدينية فنجد ليبيا، أستراليا والسويد مثلاً يجرمون، تلقيح المرأة غير المتزوجة، كما تستبعد مجمل التشريعات الحديثة الطابع التجاري لكل عملية من عمليات التلقيح الإصطناعي، أما فيما يتعلق بالعلاقات الحرة، فإن بعض التشريعات الغربية لا تعترف للأفرادها بالحق في طلب الاستفادة من التلقيح الإصطناعي كإيطاليا وسويسرا، حيث قصرت التلقيح على الزوجين ولم تصل إلى حد التجريم، وهو تقريبا ما أخذ به المشرع الألماني، عندما قصر حق الاستفادة من وسائل الإنجاب الإصطناعي على الأزواج فقط شأنه في ذلك شأن المشرع النرويجي في المادة 04

⁶⁶ - المادة 152 تعاقب الوسط بالحبس لمدة تصل إلى 05 سنوات وغرامة مالية تصل إلى 500 ألف فرنك فرنسي ومخالفة نص المادة 673/5 من قانون الصحة العمومية، تعرض مركبها للحبس لمدة تصل إلى سنتين، وغرامة قدرها 200 ألف فرنك فرنسي طبقا لأحكام المادة 675/16 من قانون الصحة العمومية.

من القانون المنظم للإنجاب الإصطناعي، بنصه على أن التخصيب الإصطناعي الذي يتم خارج الرحم، يبقى مقصوراً على النساء المتزوجات وحدهن⁶⁷.

لكن تبقى التقنية الأكثر إثارة للإشكاليات و الاختلافات هي مسألة الأم البديلة وفي هذا السياق وجد على مستوى الإتحاد الأوروبي جمعية من الخبرات، يبحثون حول تطورات العلوم الطبية والإكتشافات الحديثة، وقد حضرت مشروع توصية في: 1987/05/20 محتواة أن كرامة المرأة تفرض على أنه لا يمكن أن يكون جسمها أداة لحساب وفائدة الغير، كما نصت على أنه: "لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن تستعمل تقنيات الإنجاب الإصطناعي لأجل حمل الطفل من طرف الأم بالإنابة".

وفي بريطانيا جاء المشرع بنص، يقضي بمعاقبة الوسط أو العلاقات المختصة بالبحث والتفاوض وإبرام العقود الخاصة بالأمهات بالإنابة، وهو نفس الموقف الذي وقفه المشرع الألمان.

وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك ما أخذ به المشرع الإسباني عندما نص في قانونه الصادر في: 1988 / 12 / 18، بصحة هذه الوسيلة للإنجاب و بالتالي إمكانية اللجوء إليها⁶⁸.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الإصطناعي

إن الأحكام القضائية في مسائل التلقيح الإصطناعي بكافة صوره المتعددة الشرعية منها و غير الشرعية لا أثر لها إطلاقاً في المحاكم الجزائرية عبر كافة القطر الوطني حسب ما ذكرته الدكتورة زوبيدة أقروفة في بحثها، وذلك راجع لإنعدام مثل هذه الدعاوى راجع في الأساس إلى حادثة الموضوع، وإلى عدم انتشار تقنية الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية في المستشفيات الجزائرية والعيادات الخاصة، وأول طفل جزائري بأسلوب التلقيح الإصطناعي تم بعناية سنة 2001، ونظراً لتطلب عملية الإخصاب الإصطناعي أخصائيين أكفاء على مستوى

⁶⁷ - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 246.

⁶⁸ - العوفي لامية، مرجع سابق، ص 23.

عال من الدراية والخبرة بتقنيات العملية ومراحلها، وإن وجدوا بفضل عددهم قليلا، ولتقف أمامهم عقبة الإمكانات والعتاد الطبي اللازم لتجسيد ذلك، دون أن تتسى العامل الروحي والوازع الديني الذي يجعل المواطن الجزائري يحتاط لدينه مخافة الوقوع في الحرام، ويحترز في مثل هذه القضايا الفقهية المعاصرة التي لم تتجلى لإفهام العامة بوضوح ولما يحيط بها من الشبهات، بل ومن المحرمات أيضا كما هو الحال في المجتمعات الغربية التي لا تقيم للدين والزنا، إلا أن هذا لم يمنع فئة من المواطنين الذين يعانون من العقم بأسبابه المعلوم والمجهولة من التوجه إلى فرنسا في الغالب و إلى البلدان الأوروبية الأخرى، وإلى بعض الدول العربية التي أثبتت جدارتها وتمكنها من التحكم في هذه التقنية كتونس ومصر، من أجل تحقيق حلم الإنجاب⁶⁹.

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الإصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل في 20/02/2005 بموجب الأمر رقم 02/05، المتضمن تعديل قانون الأسرة، والذي أحدث قفزة ونوعية في موقف المشرع، مقارنة بما كان عليه، لذا سنتطرق الموقف المشرع الجزائري قبل التعديل في الفرع الأول من المطلب ثم الموقف بعد التعديل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور الأمر رقم 02-05

لم يتصد المشرع الجزائري لعملية التلقيح الإصطناعي وصوره المختلفة، بنصوص تشريعية صريحة أو قواعد تنظيمية لها، وبما أن مسألة التلقيح الإصطناعي تخص إنجاب الأولاد، فهو وثيق الصلة لمسألة النسب، وبالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة للنسب في القانون الأسرة الجزائرية، نجد المادة 40 التي تخص في فقرتها الأولى على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبنية أو نكاح الشبهة، أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32.33.34 من هذا القانون" ونصت المادة 41 من نفس القانون على أنه: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

وإذا رجعنا إلى نصي المادتين المذكورتين، نجد أن المشرع قد حصر إلحاق النسب في علاقة الزوجية، ليبقى الزواج هو الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب، لأنه هو وحده أساس

⁶⁹ - عمراني فاطمة، مرجع سابق، ص، ص 71-72.

النظام الإجتماعي في الجزائر طبقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة⁷⁰، بل ولم يقتصر ثبوت النسب بالزواج الصحيح فقط، إنما نص على إمكانية ثبوته على أساس نكاح الشبهة، وكل زواج تم فسخه بعد الدخول لأي سبب من الأسباب المقرر شرعا وقانونا.

من حين ومن جهة أخرى خص ثبوت النسب من جهة الأبوة بنص المادة 41 واضعا ثلاثة شروط له هي كالتالي:

1- أن يكون الزواج شرعيا:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الزواج مكتمل الشروط والأركان المقررة بنص المادة 09 من قانون الأسرة، ومن ثم فهو يعد صحيحا ويترتب على ذلك أنه إذا وضعت الأم (الزوجة) مولودها في الأجل الذي حدده القانون، فإنه نسبه يلحق بزوجها تلقائيا، أي بوالده وذلك من دون الحاجة إلى الاعتراف أو البنية على هذا النسب، وهذا ما أخذ بالمبدأ الوارد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فالزواج أصبحت الزوج فرشا لزوجها دون غيره من الرجال، ويحرم عليها بتمكين غيره منها، وبالتالي يفترض أن كل حمل حملته الزوجة يكون من زوجها.

ونتساءل نحن بدورنا عن مدى شرعية الزواج العرفي، فنقول أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي، كما كان متوافر الأركان المنصوص عليها قانونا. فإذا كان ينص في المادة 22 من قانون الأسرة على أن الزواج يثبت بمستخرج من الحالة المدنية، فإنه قد جعل هناك إمكانية لإثبات الزواج غير المسجل (العرفي)، عن طرق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للحصول على حكم بذلك، فطالما أن الزواج توافر على كامل الشروط والأركان، فإنه يترتب عليه كافة الآثار والحقوق والتي من بينها إلحاق نسب الأولاد بأبيهم.

⁷⁰ - المادة 04 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري: الزواج.... من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

2- إمكانية الإتصال الجنسي بين الزوجين:

وهو الشرط الذي يتعين توافره بعد إبرام عقد الزواج، وتشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى شرط وضعه الفقه قبل شرط إمكانية الاتصال ألا وهو شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها، ويقصد به أن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً، خالياً من كل ما من شأنه الحيلولة دون الإنجاب، فإن كان صغيراً أو عقيماً أو مصاباً بضعف الخصوبة، لا يتصور منه الحمل فلا يثبت عندئذ نسب الولد إليه.

وعن سن المراهقة، فإن المذهب الحنفي يحدده ببلوغ اثني عشر سنة، أما الحنابلة فيحددونه بعشر سنوات، وبرأينا نحن، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق هذا الشرط، لأنه حدد أهلية الزواج من خلال المادة 07 من قانون الأسرة لكل من الرجل 21 سنة والمرأة ب 18 سنة وإن كان في نفس المادة قد اشترط استصدار إذن من رئيس المحكمة، إذا ما رغبوا في الزواج وكانوا لم يبلغوا بعد سن الرشد القانوني. وهو أمر جوازي متروك للقاضي، ويخضع لسلطته التقديرية. غير أنه لم تصادف ولا حالة واحدة رفض فيها بالزواج، للصبي في العاشرة من عمره أو حتى 15 سنة. فبالنسبة إذن لشرط إمكانية الإتصال، فمؤداه أنه لا يكفي وجود عقد زواج شرعي، إذ لابد من وجود دخول وإتصال جنسي، وإذا استحال هذا الأخير، فإن نسب الولد لا يلتحق أبیه. وفي هذا الصدد نشير إلى وجود خلاف حول هذه الإمكانية. فهل تكفي الإمكانية العقلية، أم لابد من الإمكانية الفعلية ؟.

لقد انقسم الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال إلى اتجاهات فبالنسبة للإمام مالك والشافعي وابن حنبل فهم يشترطون الإمكان المادي. لأن الأحكام تبنى على الكثير الغالب وليس على القليل النادر. فلو تزوج رجل إمرة وطلقها في مجلس العقد، ثم أتت بولد بعد تسعة أشهر أو أكثر فلا يثبت نسب المولود منه. وإذا تم العقد بين زوجين غائبين بالوكالة، ووضعت الزوجة خلال الفترة المقررة قانوناً، فإنه يثبت نسب المولود للزوج، إذا كان الإتصال بين الزوجين ممكناً، بأن كانا يتلاقيان أما إذا استحال تلاقيهما كون كل واحد في بلد ولم يسافر أحدهما للآخر أبداً، فإن نسب الولد لا يلحق بالزوج وهو بالرأي الذي تبناه المشرع الجزائري في

المادة 41 من قانون الأسرة وهذا على خلاف أنصار المذهب الحنفي، الذين قالوا أن مجرد الفراش أي العقد، يكفي لإلحاق النسب بصاحب الفراش ولو لم يعقب الزواج دخوله بالزوجة، وهذا رغبة منهم في حماية الولد من الضياع، وستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء⁷¹.

وإلى جانب هذين المذهبين نجد فقهاء آخرون من بينهم ابن تيمية، ذهبوا إلى اشتراط الدخول المحقق، فلا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي، على أساس ما قاله الإمام أحمد وحجته، المتمثلة في أن العرف وأصل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها⁷².

3- عدم نفي النسب بالطرق المشروعة:

أورد المشرع في الماد 41 من قانون الأسرة ما يلي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".

يلاحظ على أن هذه المادة م تذكر عبارة اللعان صراحة وإنما عبرت عنها بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة وكأن المشرع عد هذه الطرق دون أن يذكرها على سبيل الحصر رغم أنه أستدرك الأمر في المادة 138 من نفس القانون حينما أورد عبارة اللعان بقوله: " يمنع من الإرث اللعان والرد⁷³ ".

ترفض إثبات النسب في حالة انتقاء أحد الشروط للمادتين 41-42 من قانون الأسرة لكن بالمقابل ترفض نفي النسب تتخلف إحدى هذه الشروط المذكورة، على أساس أن الولد لم ينفه باللعان.

وبالنسبة للطرق العلمية الحديثة المهمول بها في هذا المجال، وهي فحص الدم وفحص الحمض النووي، فإن المشرع سكت عنها ولم يتطرق لها إطلاقا. وقد اعتبرت المحكمة العليا هذا السكوت بمثابة رفض، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 ملف رقم 222674 والذي جاء فيه: "..... ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم

⁷¹ - حميدي حاج، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مذكرة تخرج لنيل إجازة، المدرسة العليا للقضاء 2006-2009، ص، ص 44-

⁷² - العوفي لامية، مرجع سابق، ص 24.

⁷³ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 40.

المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للحصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض:" أما إذا طبقنا نص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية. يجبرونه الإثبات النسب لنفيه، لأن النص القرآني فصل في ذلك باللعان⁷⁴.

وفي إطار تطبيق نفس المادة، فإنه في مجال التلقيح الإصطناعي، يمكن القول أن المشرع قبل تعديله لقانون الأسرة، لم يمنع صراحة اللجوء إلى هذا التلقيح، مما يفيد أنه أجاز ذلك ضمنا باعتبار أن الفقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في الأمر، واستقروا على إباحة استعمال أسلوب الإنجاب الإصطناعي من طرف ممن هو في حاجة إليه، متى توافرت الشروط المطلوبة لذلك وهي ضرورة وجود علاقة زوجية شرعية، وقائمة بين الزوجين الطالبين للاستفادة من هذا التلقيح، وكذا توافر رضا كل طرف منهما، وذلك في الحالات التي سبق الإشارة إليها في المبحث الأول من الفصل الثاني ما دام ذلك لا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تعتمدها الشريعة الإسلامية وما يبرر ذلك، هو الحالات التطبيقية التي عرفها هذا النظام في الجزائر، وسنتشهد في ذلك بأول عملية تلقيح خارج الرحم، التي أجريت في الجزائر بعيادة الفرابي بولاية عنابة في بداية شهر أوت من سنة 1999.⁷⁵

الفرع الثاني: موقف المشروع الجزائري بعد صدور الأمر رقم 05 - 02:

إذا حدث الإنجاب بواسطة التلقيح الإصطناعي، فإن المولود ينسب لأبويه دون إشكال، لأن الإنجاب بهذه الطريقة لمن يعانون مشاكل صحية قد صار في الإمكان اللجوء إليها. غير أنه يشترط فيها جملة من الضوابط إذا تحققت كان الإنجاب صحيحا، وقد نصت على هذه الضوابط المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وهو حكم مستحدث بمقتضى التعديل الجديد.

⁷⁴- حميدي الحاج، مرجع سابق، ص 47.

⁷⁵- العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص 276.

وهذه الضوابط هي:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لايجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة⁷⁶.

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعيا:

القصد منه أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطتين بعدد زواج شرعي يعطي للعملية أساسها القانوني، أي أن يكون الزواج صحيحا مستوفيا لركنه وهو الرضا وشروط صحته من الولي والصدّاق والشاهدين وكمال الأهلية وانعدام الموانع الشرعية⁷⁷.

كشرط أولى لا بد للجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي وجود علاقة شرعية، أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين كعقد شرعي مستوفي الأركان ومسجل رسميا وقانونيا لدى مصالح الحالة المدنية، وقد سبق ونرى هذا في السابق عن الزواج الشرعي والصحيح من حيث أركانه وشروط صحته.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بضبطه لهذه المسألة على وجه التدقيق والتحديد رغم أن الشرط جاء منها عن الزواج الشرعي فحسب، ولفظ الزواج الشرعي قد يفهمه البعض بتوافر الأركان الشرعية في أي زواج دون التطرق إلى مسألة إثبات الزواج لتسجيله سجلات الحالة المدنية، فكان أخرى بالمشرع أن يعطي الوصف الدقيق للزواج على أنه زيادة على الشرعية كان عليه أن ينص على الرسمية أيضا منعا لأي تفسير مخالف. الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

⁷⁶ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، 2007 - 2008، ص 65.

⁷⁷ - أحمد ناصر الجندي، مرجع سابق، ص 97.

أ- أن يكون التلقيح برضا الزوجين:

سار المشروع الجزائري مع القواعد العامة التي وضعها في شروط قيام العلاقة الزوجية وأركانها والآثار المترتبة عنها، لا سيما فيما يتعلق بالنسب وإنجاب الأطفال والواضح أنه لا يمكن إرغام الأزواج على إنجاب الأطفال فهو حق مشروع لكلا الزوجين، لهما أن يتفقا على ذلك بكل حرية وسيادة دون إجبارهما على ضرورة النسل من عدمه، ومن هذا المنطلق لا يكون التلقيح الإصطناعي الهادف لإنجاب الطفل إلا برضا الزوجين⁷⁸.

ب- أن يتم التلقيح أثناء حياتهما:

في الحقيقة فإن هذا الشرط وضع أساس حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك النطاق واللقاح المجمدة وهذه موجودة في الدول المتقدمة، وما يترتب عنها من اختلاف في الأنساب، وهو ما ينهي عنه الشارع الحكيم ويحرمه تحريما قطعيا⁷⁹.

كما لا يجوز أن تلقح المرأة بنطاق زوجها المتوفى تلقيحا إصطناعيا ويلحق به النسب والعلاقة الزوجية تكون قد انتفت أو انتهت، كما أنه لا ينسب بعد الوفاة والحمل تجاوز 10 أشهر طبقا لأحكام المادة 34 ق.أ.ج⁸⁰.

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

أجاز المشرع الجزائري التلقيح الإصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته كما سبق التطرق إلى هذا الشرط في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، وقلنا أن التلقيح الإصطناعي هو حل كما يكون الزوج والزوجة قادرين على الإنجاب أي هناك بويضات وحيوانات منوية لكن نظرا لوجود عيب في الزوج أو الزوجة، فإنه لا يحدث التلاقي والإخصاب عن طريق الإتصال الجنسي مما يتطلب مساعدة طبية، وبتطبيق هذا الشرط أيضا فإننا نجد أن الأساليب المعترفة بها المشرع الجزائري هي:

⁷⁸ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص، ص 26-27.

⁷⁹ - عمراني فاطمة، مرجع سابق، ص74.

⁸⁰ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 27.

أ- الصورة الأولى من التلقيح الداخلي وهو أخذ مني الزوج وحقنه مباشرة في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجته.

ب- الصورة الأولى من التلقيح الخارجي وهي أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختيار (طبق بتري) وإعادة اللقيحة بعدها إلى الرحم زوجته صاحبة البويضة⁸¹.

الشرط الرابع: عدم جواز استعمال الأم البديلة:

منع المشرع الجزائري استعمال الأم البديلة بصريح العبارة في المادة 45 الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة بنصها على ما يلي:

".... لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة."

ذلك أن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية وليست سلعة تستعمل على سبيل الإيجاز والإستتجار، وإنما الأمومة علاقة ووجدان ورابطة سامية⁸².

ففي الآية 14 من سورة لقمان قال تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَلَدِكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ"⁸³.

⁸¹- عمراني فاطمة، مرجع سابق، ص76

⁸²- باديس ذيابي، مرجع سابق، ص30-31.

⁸³- سورة لقمان الآية 14.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة، فإنه يتضح أن لجوء الزوجين اللذين يعانيان من ضعف الخصوبة أو من العقم إلى استعمال وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة، قد أصبح حقيقة لا يمكن تجاهلها، و أن استعمال مختلف طرق الإنجاب الاصطناعي قد انعكس على الساحة القانونية بطرح مشاكل قانونية جديدة من حيث نوعيتها و معقدة من حيث طبيعتها.

وأوضحت أن وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة تقتضي إلى جانب الزوجين حضور طرف ثالث يتمثل في الطبيب المعالج الذي أصبح يلعب دورا مهما، و ذلك بمتابعته لحالة الزوجين منذ الوهلة الأولى التي يقرران فيها اللجوء إلى إحدى وسائل الإنجاب الاصطناعي إلى غاية تحقيق الغرض المرجو من ذلك.

وبتعدد وسائل الإنجاب الاصطناعي و ازديادها دقة و تعقيدا، فقد تعددت المشاكل القانونية وتضاربت الحلول القضائية حولها و من بين هذه المشاكل التي كثرت حولها المناقشات واختلفت بشأنها وجهات النظر الفقهية، يمكن ذكر المسألة المتعلقة بالبحث عن الطبيعة القانونية للذمة الجينية، سواء اتخذت صورة بسيطة أي النطفة أو صورة البويضة غير المخصبة، أو خضعت هذه البويضة لعملية التلقيح قبل زرعها في رحم المرأة.

إذ أنه و إلى غاية هذه المرحلة فإن الأمر لا يتعلق بكائن إنساني بالمعنى الحقيقي، ولا بشيء يدخل في دائرة التعامل ، بل الأمر يتعلق بأحد إفرازات الجسم الإنساني، والذي يكتسي طبيعة خاصة تستلزم إحاطته بنظام قانوني خاص، وعليه تناولنا في موضوعنا هذا تقنيات التلقيح الاصطناعي المختلفة، سواء تعلق الأمر بتلك الوسائل التي تهدف المعالجة ضعف خصوبة أو عقم الزوج أو تلك التي تهدف إلى علاج ضعف خصوبة و عقم الزوجة، باستعمال نطفة الزوج أو باستعمال نطفة الغير، المتبرع و التي لم تتجو من الإنتقادات الدينية و الفقهية.

وفيما يخص وسائل علاج ضعف خصوبة أو عقم الزوجة، فقد ركزت على عدة أنواع من وسائل الإنجاب الاصطناعي ومن بينها: الإخصاب خارج الرحم، و الحمل الصالح الغير، متعرضين في ذلك الموقف الفقه الإسلامي من هذه الوسائل، و ذلك من خلال التطرق إلى معايير الحكم على شرعيتها، و التي تنحصر أساسا في احترام مؤسسة الزواج ووضوح ثبوت

النسب و انعدام تدخل طرف إنساني ثالث يشارك في تكوين الجنين عن طريق نطفة أو بويضة أو رحم يستضيف تلك البويضة المخصبة. فكل الفتاوى الإسلامية تجمع على إباحة أخذ نطفة الزوج وحفظها في رحم زوجته نفسها، ولا تمانع في وضع كل من نطفة الزوج و بويضة الزوجة في أنبوب الاختبار، ثم زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة نفسها، و أنه باستثناء هاتين الوسيطتين فإن أي أسلوب آخر يبقى مرفوضا شرعا، و ذلك خشية حدوث تداخل و اختلاط في الأنساب.

كما تناولنا في نفس الإطار بالتحليل بعض التشريعات الوضعية المقارنة، فركزنا على القانون الجزائري إلى جانب القانون الفرنسي، و لاحظنا أن التشريع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي، لم يتناول بالتحليل، الأحكام القانونية المنظمة لعملية الإنجاب الإصطناعي، بالرغم من حتمية اللجوء إليها، و من أن انتشارها أصبح حقيقة لا يمكن إنكارها.

ففيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، فقد تعرضنا له انطلاقا من الأحكام التي خص بها موضوع النسب على هدى أحكامه التي ضمنها قانون الأسرة الجزائري و التي تتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الثاني للقاعدة القانونية في النظام القانوني الجزائري، موضحين موقف مشرعنا من التلقيح الإصطناعي قبل تعديله القانون الأسرة و بعد التعديل، أين أجاز صراحة إمكانية الإستعانة بهذا النظام متى توافرت الشروط المنصوص عليها في نفس القانون.

إنه ونظرا لانتشار نظام الإنجاب الإصطناعي، و تزايد الأشخاص الراغبين في إجراء عملياته، خاصة تلك المتعلقة بالتلقيح خارج الرحم، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى ضرورة وضع إطار قانوني لضبط عملية الإنجاب الإصطناعي بما يتماشى و القواعد الأخلاقية و الدينية و النظام العام الجزائري، و ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار عدة مبادئ نذكر من بينها: تطوير الأبحاث العلمية و العلاجية في مجال التلقيح الإصطناعي، و حصر كل النشاطات الطبية و البيولوجية المتعلقة بإجراء عمليات التلقيح بمراكز متخصصة، تنظم نشاطاتها بنصوص قانونية تحدد عمليات الإنجاب الإصطناعي المسموح باستعمالها.

تنظيم مراكز لحفظ و تجميد السائل المنوي و البويضات المخصبة بطريقة دقيقة وتحديد المدة القصوى للحفظ و التجميد، و هذا لتفادي الوقوع في مشكلة اختلاط النطف أو التلاعب بها.

وضع نصوص لتجريم كل عملية تلقيح إصطناعي تتم خارج العلاقة الزوجية، أو تلك الحالات التي يتم فيها استعمال نطفة غير نطفة الزوج أو بويضة متبرع بها أو عن طريق الحمل بالإنابة، مع تشديد العقاب بالنسبة لكل من يقوم باللجوء إلى استخدام التلقيح الإصطناعي دون رضا أحد الزوجين.

أنه وفي إطار البحث العلمي الذي تسعى الدولة الجزائرية دوماً إلى تحقيقه، يجب إخضاع التجارب العلمية و العلاجية المتعلقة بالبويضات المخصبة لضوابط والشروط دقيقة مع قصر الاستفادة منها على الزوجين اللذين يعانون فعلاً من ضعف الخصوبة أو من العقم، كما يجب أن تتم هذه التجارب في مخابر علمية مهيأة لغرض البحث العلمي و تحت إشراف متخصصين يتمتعون بكفاءات علمية، و مع وجوب إخضاع هذه التجارب الشرط الموافقة المسبقة للجنة الطبية المختصة.

فإذا ما تمت مراعاة هذه الإقتراحات و غيرها، مع الاستفادة من تجارب الدول الأخرى سواء الغربية منها أو الإسلامية، فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى وضع نظام قانوني للإنجاب الإصطناعي يتصف بالإحكام في النصوص و الدقة في العمل.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

1- القرآن الكريم

ثانياً: المراجع

المراجع باللغة العربية:

1- المؤلفات:

أ- المراجع العامة:

- إبراهيم القطان، ندوة "الإنجاب في الإسلام" المنعقدة في 24 ماي 1984- الطبعة الثانية 1991.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، طبعة 2009.
- إسحاق إبراهيم منصور "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1982.
- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالإجتهااد القضائي، طبعة 2010.
- التواتي بن التواتي، المسبب في الفقه المالكي بالأدلة. كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الجزائر 2009.
- جاد الحق علي جاد الحق، أحكام الشريعة في بعض المسائل الطبية، الأزهر 1991
- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. 2007.2008
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الإصطناعي، الطبعة الأولى 1996.
- زوييدة أقروفة، التلقيح الإصطناعي. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، طبعة 2010، دار الهدى، الجزائر.
- السباعي، الطبيب أدبه وفقهه.

- طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 2010.
- عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الإصطناعي. دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العملية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2001، عمان الأردن.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول ، الجزء السابع، بدون طبعة.
- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية 1986.
- عبد العزيز الخياط، "العقم في الإسلام" وزارة الشؤون و الأوقاف بالأردن، 1981.
- غنيم، كارم السيد، الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، طبعة الأولى 1998.
- ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب.
- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي.
- محمد علي البار، " أطفال الأنابيب و التلقيح الإصطناعي"، طبعة دار السعودية للنشر والتوزيع، 1990، وكذلك عبد الرزاق سوكة: " أسباب العقم"، الجمعية المصرية للطب و القانون - القاهرة.
- محمد فاروق النبهان، الضوابط الفقهية للإنجاب المشروع في الشريعة الإسلامية.
- محمد مرسي زهرة، الإنجاب الإصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة 1990.
- محمود نجيب مصطفى، "مشروع قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية 1988.
- مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى مصر 2004.

ب- المراجع الخاصة:

- حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الإصطناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية (دراسة مقارنة)، طبعة 2007.
- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الإصطناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، طبعة 2001.

2-مذكرات:

- العوفي لامية، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة. مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، للدفعة السادسة عشر 2005-2006.
- العربي عبد القادر شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الإصطناعي، رسالة ماجستير 2009، جامعة وهران.
- حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس 2005.
- حميدي حاج، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الإصطناعي. مذكرة تخرج لنيل إجازة. المدرسة العليا للقضاء 2006.
- عمران فاطمة، التلقيح الإصطناعي الفقه الإسلامي. القانون الوضعي، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص الأساسي السنة الجامعية، 2012 2013.

3- مجلات:.

- محمد المكي الناصر، موقف الإسلام من التلقيح الإصطناعي كوسيلة إنجاب، مجلة أكاديمية، المملكة المغربية، 1986.

4- النصوص القانونية:

أ- القوانين:

- قانون رقم 05-07 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية رقم 2008/31 .
- القانون رقم 09-05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 4 مايو سنة 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الفهرس

إهداء

شكر

01.....	مقدمة :
07.....	الفصل الأول : أساليب وطرق الإنجاب الإصطناعي
09.....	المبحث الأول: تعدد تقنيات الإنجاب الإصطناعي
09.....	المطلب الأول: أساليب الإنجاب الإصطناعي لمعالجة ضعف الزوج وعقمه
10.....	الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج
16.....	الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج
20..	المطلب الثاني: طرق الإنجاب الإصطناعي لعلاج ضعف خصوبة الزوجة و عقمها
21.....	الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي خارج الرحم (طفل الأنبوب)
27.....	الفرع الثاني: الحمل لصالح الغير
33.....	المبحث الثاني: طبيعة العلاقة الطبية بين الطبيب والام الحامل
33.....	المطلب الأول: طبيعة العلاقة الطبية
33.....	الفرع الأول: طبيعة العلاقة مع مركز حفظ و دراسة السائل المنوي
35.....	الفرع الثاني: طبيعة العلاقة مع الطبيب الممارس لعملية التلقيح الإصطناعي
37.....	المطلب الثاني: طبيعة العلاقة العقدية غير الطبية
38.....	الفرع الأول: طبيعة علاقة الأم الحامل بالإنابة مع الزوجين الراغبين في الإنجاب
43.....	الفصل الثاني : الإنجاب الإصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
44.....	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من الإنجاب الإصطناعي
44.....	المطلب الأول: مدى شرعية وسائل الإنجاب الإصطناعي
45.....	الفرع الأول: حالات الإنجاب الإصطناعي المتفق على شرعيتها
47.....	الفرع الثاني: حالات الإنجاب الإصطناعي غير المباحة شرعا
47.....	المطلب الثاني: بعض حالات الإنجاب الإصطناعي بين الأخذ و الرد

49.....	الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي بين الزوجين دون إسهام الغير
51.....	الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي بين الزوجين بإسهام الغير
53.....	الفرع الثالث: التعامل مع البويضات الملقحة
55.....	الفرع الرابع: استخدام الأجنة المجمدة في البحوث العملية
57.....	المبحث الثاني: موقف القانون من نظام الإنجاب الإصطناعي
57.....	المطلب الأول: الإنجاب الإصطناعي في التشريع المقارن
58.....	الفرع الأول: الأحكام القانونية للتلقيح الإصطناعي في التشريع الفرنسي
60.....	الفرع الثاني: التلقيح الإصطناعي في ظل بعض التشريعات الأخرى
61.....	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الإصطناعي
62.....	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور الأمر رقم 02-05
66.....	الفرع الثاني: موقف المشروع الجزائري بعد صدور الأمر رقم 02 - 05
71.....	خاتمة
75.....	قائمة المراجع

ملخص مذكرة الماستر

ومن هنا نستخلص الموضوع المتواضعة، فإنه يتضح أن لجوء الزوجين اللذين يعانون من ضعف الخصوبة أو من العقم إلى استعمال وسائل الإنجاب الإصطناعي المختلفة، قد أصبح حقيقة لا يمكن تجاهلها، و أن استعمال مختلف طرق الإنجاب الإصطناعي قد انعكس على الساحة القانونية بطرح مشاكل قانونية جديدة من حيث نوعيتها و معقدة من حيث طبيعتها.

وأوضحت أن وسائل الإنجاب الإصطناعي المختلفة تقتضي إلى جانب الزوجين حضور طرف ثالث يتمثل في الطبيب المعالج الذي أصبح يلعب دورا مهما، و ذلك بمتابعته لحالة الزوجين منذ الوهلة الأولى التي يقرران فيها اللجوء إلى إحدى وسائل الإنجاب الإصطناعي إلى غاية تحقيق الغرض المرجو من ذلك.

وبتعدد وسائل الإنجاب الإصطناعي و ازديادها دقة و تعقيدا، فقد تعددت المشاكل القانونية وتضاربت الحلول القضائية حولها و من بين هذه المشاكل التي كثرت حولها المناقشات واختلفت بشأنها وجهات النظر الفقهية، يمكن ذكر المسألة المتعلقة بالبحث عن الطبيعة القانونية للذمة الجينية، سواء اتخذت صورة بسيطة أي النطفة أو صورة البويضة غير المخصبة، أو خضعت هذه البويضة لعملية التلقيح قبل زرعها في رحم المرأة.

الكلمات المفتاحية:

1/. التلقيح الإصطناعي 2/ الفقه الإسلامي 3/ الإنجاب الإصطناعي. 4/.. القانون الوضعي

Abstract of The master thesis

From here we draw the modest subject, it becomes clear that the resort of spouses who suffer from infertility or infertility to the use of various artificial procreation methods, has become a fact that cannot be ignored, and that the use of various methods of artificial procreation has been reflected in the legal arena by raising new legal problems from In terms of quality and complex in nature.

She explained that the various artificial procreation methods require the presence of a third party besides the spouses represented by the attending physician, who has become an important role, by following up on the condition of the spouses from the first moment they decide to resort to one of the means of artificial procreation until the desired purpose is achieved.

With the multiplicity of artificial procreation methods and their increasing in accuracy and complexity, there have been many legal problems and conflicting judicial solutions around them. Or a picture of the unfertilized egg, or this egg underwent the process of fertilization before it was implanted in the woman's uterus.