الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):
مصطفى بن حميدة سعاد

تحت إشراف الأستاذ(ة):
حميدة نادية

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بن عديدة نبيل	رئيسا
الأستاذ(ة)	حميدة نادية	مشرفا مقررا.
الأستاذ(ة)	حيتالة معمر	مناقشا

تاريخ المناقشة :2020-09-21

السنة الجامعية: 2020/2019

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي و هذا العمل إلى

من جعل الله الجنة تحت أقدامهم أمي الغالية منبع العطف و الحنان و واحة السرور و الأمان و التي من تطمئن لها النفوس

إلى الرجل الذي ظل كالجبل الشامخ ولم يتزعزع، إلى من خدمني بأوتار عقله وسقاني بدم قلبه أبي الغالي

.

شكر و التقدير:

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:"من لم يشكر الناس لم يشكر الله".

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا

على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد

على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما وأجعناه من صعوبات

و نشكر الأستاذة "حميدة نادية "

كما لا يفوتني بالشكر الجزيل إلى أعوان مكتبة الحقوق و العلوم السياسية و "

و أخيرا أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد من أجل إنجاز هذا العمل المتواضع

مقدّمــة:

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، نظمته القوانين الوضعية بما يضمن حماية الحقوق ويحدد التزامات كل من الطرفين.

ويعد الإنجاب أهم غاية مشروعة يهدف إليها عقد الزواج، وتتطلع 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 الاصطناعي، 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 الذكرية والبويضات المخصبة، وطرق حفظها بمراكز متخصصة لفترة زمنية، ثم إعادة تسليمها لأصحابها بهدف ممارسة محاولات التلقيح الاصطناعي 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 الذكرية من الزوج إلى موقعها المناسب في رحم الزوجة، مع تحقيق عملية التلقيح داخل رحمها. وهناك وسيلة التلقيح الاصطناعي 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 الاصطناعي بغير نطفة الزوج، أو بواسطة استعمال بويضة مخصبة متبرع بها لإتمام عملية التلقيح. كما ظهرت إلى الوجود، وسيلة جديدة تقوم على الاستعانة بامرأة خارجة عن نطاق الزوجية، تتكفل بالحمل لصالح الزوجين.

غير أن هذه الأساليب العلاجية عرفت فيما بعد، الكثير من التجاوزات التي تتنافى و المبادئ 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 الاصطناعي.

و أمام التطور الذي عرفته وسائل مكافحة ضعف الخصوبة و العقم، برزت هناك عدة تساؤلات قانونية، تتعلق أساسا بالبحث عن الطبيعة القانونية لمختلف تقنيات الإنجاب الاصطناعي و مدى مشروعيتها، خاصة عندما يقتضي الأمر تدخل شخص ثالث أجنبي عن الزوجين، طبيبا 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 الاتفاقات المختلفة، الطبية منها و غير الطبية، التي يتم إبرامها لتحقيق العملية.

و إذا كانت هذه الأساليب المتنوعة للإنجاب الاصطناعي، قد تم الاعتراف بها في معظم المجتمعات الغربية التي طغت عليها الإباحية، و تم تنظيمها و تحديد 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 الاصطناعي من اختلاط في الأنساب، و هو ما يؤدي إلى خلق مشاكل أو حالات تتنافى و أحكام الميراث و إثبات النسب في هذه المجتمعات.

إن هذه التساؤلات و غيرها، هي ما سنحاول الإجابة عنها و مناقشتها من خلال هذه الدراسة محللا إياها وفقا لخطة أكاديمية مبسطة، عارضا على ضوئها التّقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي وطبيعتها القانونية (الفصل الأول)، مبرزا ذلك من خلال مبحثين، أتناول في الأول منهما تعدد هذه التقنيات، و أعالج في المبحث الثاني، الطّبيعة القانونيّة للعلاقات النّاشئة عن استخدام وسائل التّلقيح الاصطناعي، لأتعرض بعد ذلك إلى مسألة الإنجاب الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي (الفصل الثاني)، و هو الفصل الذي ارتأيت تقسيمه إلى مبحثين،

أتطرق في الأول إلى موقف الفقه الإسلامي من نظام الإنجاب الاصطناعي، ثم إلى موقف القانون من هذا نظام في المبحث الثاني.

يعرف بعض الفقه التلقيح الاصطناعي بأنه *" إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق العادي"*. غير أن هذا التعريف جاء شاملا لمجمل العمليات، التي تحقق عملية التلقيح بغير الطريق الطبيعي، حتى ولو لم تكن الغاية من ذلك هي العلاج. ونظرا لشمولية هذا التعريف، فقد اقترح جانب آخر من الفقه تعريفا آخر مؤداه، أن التلقيح الاصطناعي هو *"مجموعة الأعمال الهادفة إلى وضع البذور الذكرية والأنثوية معا بطريقة صناعية بقصد الاندماج"*[1]. إلا أن هذا التعريف هو الآخر يؤخذ عليه إهماله للطابع العلاجي للتلقيح الاصطناعي، كما أنه لم يعد قادرا على أن يشمل الأنواع والأساليب المستجدة في ميدان الإنجاب الاصطناعي.

وتفاديا للنقص الذي يشوب هذا التعريف، حاول بعض المشاركين في المؤتمر الدولي للعقم المنعقد بنيويورك سنة 1953 استبدال عبارة *"اصطناعي"* 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، والحموضة الزائدة للجهاز التناسلي للمرأة، وهو ما يسبب قتل الحيوانات المنوية، أو وجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلي للمرأة

[1]- إبراهيم القطان، ندوة "الإنجاب في الإسلام" المنعقدة في 24 ماي 1984- الطبعة الثانية 1991، ص 372.

والحيوانات المنوية أو الإفرازات الكثيفة لعنق رحم المرأة، وهو الأمر الذي يمنع دخول الحيوانات المنوية[1]. وهذا معناه أن عدم الإنجاب يرجع إلى ضعف خصوبة أحد الزوجين على الأقل أو عقمه.

إن التلقيح الاصطناعي وإن 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، ارتأيت تقسيم هذا الفصل من المذكرة إلى مبحثين، أتعرض في الأول إلى تعدد تقنيات الإنجاب الاصطناعي، وأعالج في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعمليات الإنجاب الاصطناعي.

[1] - محمد علي البار: " أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي"، طبعة دار السعودية للنشر والتوزيع، 1990، ص 18 وكذلك عبد الرزاق سوكة:" أسباب العقم"، الجمعية المصرية للطب والقانون- القاهرة- 1988، ص 28 وما بعدها.

المبحث الأوّل: 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 وعقمها. فإذا كان الزوج هو المسؤول عن حالة عدم الإنجاب، فإن أسلوب العلاج المقترح يتم إما عن طريق التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج ***L'insémination artificielle conjugale*** أو التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج ***L'insémination artificielle avec donneur***. أما في الحالة التي ترجع فيها مسؤولية عدم الإنجاب إلى المرأة، فإن أسلوب العلاج المتبع يتم بواسطة إحدى [1]الطريقتين، إما الإخصاب خارج الرحم ***Fécondation in vitro*** (طفل الأنابيب)، أو عن طريق الحمل لصالح الغير ***La gestation pour le compte d'autrui***، وهو ما اصطلح على تسميته بإيجار الرحم أو الحمل بالإنابة. ولكل وسيلة إشكالاتها القانونية.

[1] محمد علي البار،المرجع السابق ص 33.

المطلب الأوّل: أساليب الإنجاب الاصطناعي لمعالجة ضعف خصوبة الزّوج 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.

الفرع الأوّل: التلقيح الاصطناعي بنطفة الزّوج.

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، واستنكارها من طرف الرأي العام.

وإلى 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 للعقم[1].

[1] - العربي عبد القادر شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي، رسالة ماجستير، جامعة وهران، ص13.

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 الاستمناء، وتلك طريقة تبقى مستنكرة 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 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 وتفادي إفسادها، أو ما يعرف بالنطف المجمدة.

إن هذا التطور العلمي في ميدان الإنجاب الاصطناعي، 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 الاصطناعي، وكذلك الأحكام القانونية التي تنظم هذا العقد، أي هل هي نفس القواعد العامة للالتزامات، 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 استئناف ليون في الحكم الصادر عنها بتاريخ: 28 ماي 1956، بإدانة الزوجة بسبب رضائها بالقيام بعملية التلقيح الاصطناعي، 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، و لكن و بالرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسي لم ير مانعا من اعتماد حل مخالف في قضية أخرى، كان

موضوعها يتعلق بإنكار البنوة. ومن ذلك نذكر حكم محكمة استئناف باريس المؤرخ في 10 فبراير 1956، والذي اعترفت من خلاله ضمنيا بشرعية التلقيح الاصطناعي، وذلك حينما رتبت آثار قانونية عليه بإقرارها نسب الطفل للأب البيولوجي رغم عدم قيام رابطة الزوجية[1].

إن هذا الاجتهاد القضائي يبرز جليا الآثار القانونية المترتبة على تدخل الطبيب كوسيط بين الزوجين اللذين يخضعان لعملية التلقيح الاصطناعي. 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 الاصطناعي بعد وفاة زوجها، وكان ذلك في حكم محكمة كرتاي المؤرخ في:01 أوت 1984 حيث وافقت هذه الأخيرة على طلب المرأة التي توفى عنها زوجها، وألزمت مركز حفظ ودراسة السائل المنوي بتسليمها مجمل عينات نطف زوجها المتوفى عنها، والتي كانت محفوظة على مستواه.

ونظرا لما تلعبه مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي من دور هام في هذا المجال، فإنني أتعرض 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

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص16.

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 بالمشرع إلى التفكير في عرض مشاريع قوانين على البرلمان، لأجل محاولة تنظيم عمل المراكز والمخابر التي تسهر على عمليات الإنجاب[1]؛ 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 الاصطناعي.

وعلى المستوى الأوربي، فإن معظم الدول الأوربية عرفت انتشارا واسعا لنظام مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي، وهو الأمر الذي دعا المجلس الأوربي إلى عملية التنسيق بين أنشطة مختلف المراكز الأوربية، فوضع المشرع توصية حول التلقيح الاصطناعي الإنساني سنة 1979 تحول فيما بعد إلى مشروع اتفاقية أوربية لتنظيم التلقيح الاصطناعي الإنساني[2].

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 بالبعض من هذه الولايات إلى توسيع نشاطات هذه المراكز الموجودة بها، إلى حد المناداة بالحق في الإنجاب، وهو الأمر الذي نجم عنه فتح مراكز

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 19.

[2] - عملت معظم الدول الأوربية على تنظيم وتقنين نشاطات مراكز التلقيح الاصطناعي كبريطانيا في 1984 وإسبانيا في 1978 و كذلك السويد وألمانيا مع انعدام النصوص التشريعية وبالتالي انعدام الرقابة القانونية وفسح المجال للمتاجرة بالنطف الإنسانية في بعض الدول الأوربية مثل إيطاليا.

تحمل اسم "بنوك" للمرأة العزباء، وكذا لذوي العلاقات الشاذة، بل وإلى تشجيع بعض المراكز لفكرة تحسين الجنس البشري بمقابل[1].

أما في البلاد العربية الإسلامية، فإننا نعتقد أن الإشكال لا يعود لوجود مانع شرعي أو قانوني، وإنما يرجع أصلا إلى عدم تطور وسائل الإنجاب الاصطناعي بها، وعدم توفير كل ضروريات نجاح مختلف عمليات التلقيح الاصطناعي، وهو عائق حال دون وجود مراكز حفظ السائل المنوي الإنساني، وبالتالي ممارسة مختلف عمليات التلقيح الاصطناعي، إضافة إلى أنه لا يخفى

على أحد مدى تعقيد وخطورة هذه العمليات، والتي من شأنها أن تتسبب في اختلاط الأنساب وبالتالي الدخول في المحرمات.

- **ممارسة التّلقيح الاصطّناعي بعد وفاة الزّوج:** إن من الحالات المتواترة في المجتمع البشري ميلاد الطفل بعد وفاة أبيه، فينسب أليه بالفراش. ويترتب عن ثبوت النسب حقوق والتزامات أهمها حق التوارث وحق الحضانة والنفقة وتحديد المحرمات من النساء[2].

ولقد أوجد الشرع الإسلامي من القرائن ما يكفي لإثبات نسب الولد لأبيه المتوفى، ومن بين هذه الوسائل العدة، وهي المدة التي تراعيها المرأة المتوفى عنها زوجها، حتى تتأكد من خلو الرحم قبل إقبالها على زواج ثاني ، وهذه المدة محددة شرعا وقانونا بأربعة أشهر وعشرة أيام[3].

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

[1] - محمد البار، المرجع السابق، ص 62 و مايليها.

[2] - المواد 41، 43، 44، 173 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984.

[3] - المادة 59 من نفس القانون.

الوفاة[1] فإن آراء فقهية أخرى أوصلتها إلى مدة سنة أو سنتين، بل ووصلت عند البعض إلى خمس سنوات وهو ما اصطلح على تسميته "بالطفل النائم".

و بالنسبة 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 المتوفى، محفوظ بمركز حفظ والسائل المنوي، و أن الزوجة وبرغبة منها في إنجاب ذرية من زوجها المتوفى، 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 الاصطناعي بواسطة السائل المنوي لزوجها المتوفى، بين مؤيدين لفكرة حقها في ذلك ومعارضين، يعتبرون هذه الفكرة

ابتعادا كبيرا عن الوضع العادي والطبيعي لعملية الإنجاب[2]، 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 المتوفى مادام ذلك ممكنا.
- ❖ أن الأرملة التي تلجأ إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة زوجها، فإنها بذلك تحفظ ذاكرته بأن يكون لها طفل منه بعد وفاته.

[1] - المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بالمادة 15 من القانون المصري رقم 29- 59لسنة 1929 الذي حدد المدة بسنة واحدة، والمشرع الفرنسي في المادة 315 من القانون المدني حددها بـ300 يوم من تاريخ وفاة الزوج، وتترتب على ذلك كل الآثار القانونية المتعلقة بالنسب.

[2] - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، الطبعة الأولى 1996، ص39 و ماليها.

أما الاتجاه 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 الاصطناعي بعد وفاة زوجها. ثم أن الهدف المرجو من التلقيح الاصطناعي 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 الاصطناعي.

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 المتوفى[1].

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 وامرأتان عند الحنفية، فإن المولود يثبت تسميته لأبيه مادام الفراش قائم بقيام العدة، والنسب ثابت قبل الولادة وكذلك مادامت النطفة من الأب[2].

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 الاصطناعي. 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

[1] - توفيق حسن فرج "التنظيم القضائي لطفل الأنبوب" ندوة الإسكندرية 1985، ص104.

[2] - عبد العزيز الخياط "العقم في الإسلام" وزارة الشؤون و الأوقاف بالأردن، 1981، ص30.

اصطناعيا بمائه في حالة الاحتفاظ بعينات منه، فكيف يكون الحل إذا كانت هذه العينات غير كافية لتلقيح كل زوجاته. ثم إن هناك تساؤل جوهري مؤداه، هل يعتبر السائل المنوي للزوج المتوفى 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 الاصطناعي من شأنه حجب باقي الورثة حجب نقصان أو حجب حرمان؟.

إنّه من الصّعب بما كان المفاضلة[1] بين الاتجاهين، لذلك أعتقد أنه مادام المسلم به قانونا أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، فإنّه يستحسن منع اللّجوء إلى الإنجاب بعد وفاة الزوج بسائله المنوي المحفوظ، حفاظا على أحكام الإرث.

الفرع الثّاني: التّلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزّوج.

لقد استقبل العديد من اللذين كانوا محرومين من الذرية نجاح تجارب التلقيح الاصطناعي بكثير من الإعجاب والأمل، لكن مقابل ذلك تعددت المشاكل القانونية وتعقدت، 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

[1] - توفيق حسن فرج "التنظيم القضائي لطفل الانبوب،المرجع السابق.

ميدان التلقيح الاصطناعي، عرفت تباينا وجدلا واضحين، بالإضافة إلى إثارتها لإشكالات قانونية.

أوّلا: الجدل حول التّلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزّوج.

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

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 الاصطناعي 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.[1]

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

فبالنسبة للاتجاه الأول، فإنه يرى أن هذه الممارسة غير مشروعة، وأن أي تصرف قانوني يبرم بشأنها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا. فهذه العملية حسب رأي هذا الاتجاه، تتنافى ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص، وأن اللجوء إلى التلقيح بهبة النطف البشرية لصالح الغير ينجم عنه إحلال شخص أجنبي محل الأب البيولوجي والحقيقي للمولود. كما يضيفون

[1] رضا عبد الحليم عبد المجيد،المرجع السابق ص 30.

أن لعملية التلقيح الاصطناعي 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 لاكتشاف الطفل للحقيقة آثار نفسية خطيرة عليه، ورد فعل عنيف على أسرته.

أما الاتجاه 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 يضفي تقديرا لعملية التبرع بالنطف. كما يرى هذا الاتجاه حول شرعية هذا النوع من التلقيح، أنه يمارس في أطار 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 الاتجاه، 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[1] على وجه الخصوص لقواعد الأخلاق والدين. فقواعد الدين في المجتمعات الإسلامية

[1] الرضا عبد الحليم عبد المجيد،المرجع السابق ص55..

تحرم مثل هذه الممارسات التي تؤدي إلى اختلاط 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 البنوة، استنادا على المعيار البيولوجي كما فعل ذلك المشرع الكويتي[1].

ثانيا: المشاكل القانونية المترتّبة على عملية التّلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزّوج.

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.

إن هذه الحالة تدعونا إلى إثارة تساؤل، يتعلق بحكم إخضاع الزوجة جسدها لوسيلة التلقيح الاصطناعي 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 الجزائية[2]. ففي علاقة هذه الجنحة بهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي، 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 المواقعة؟، وهو إيلاج عضو التذكير في الموضع

[1] - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص69.

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

الطبيعي المعد له[1]. 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؟[2].

لقد حاول الفقه الفرنسي الإجابة على ذلك، وانقسم إلى اتجاهين؛ 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 ورضائه[3]. أما الاتجاه 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 المواقعة 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

[1] - إسحاق إبراهيم منصور "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1982.

[2] - يراجع في هذا الصدد، رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص72.

[3] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 40.

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 تفادي اختلاط الأنساب، ولذلك فإنه يعاقب على الزنا سواء كانت الزوجة قد بلغت سن اليأس أو كان شريكها لم يبلغ سن الرشد[1]، وعليه فإن عملية التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج لا يمكن أبدا تكييفها على أنها جنحة زنا، مادام المشرع لم يجرم هذه الأفعال بنص قانوني.

المطلب الثّاني: طرق الإنجاب الاصطناعي لعلاج ضعف خصوبة الزّوجة و عقمها.

إن التلقيح الاصطناعي 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، (F.I.V) La fécondation in vitro، بسبب نقص الحيوانات المنوية في السائل المنوي للرجل، علما وأن المرأة قد تعاني صعوبات خلقية تمنعها

من تحقيق الإنجاب الطبيعي، مع أنها تتوافر أصلا على إمكانيات الإنجاب، أي أنه يكون لها مبيض سليم قادر على إفراز البويضات ورحم مهيأ لحمل الجنين، غير أن هناك صعوبات تنتج عن امتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية والأنثوية معا 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 طبيعيا. و لكن 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. كما أننا قد نجد

[1] - محمود نجيب مصطفى، "مشروع قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية 1988، ص97.

أنفسنا أمام حالة أخرى أكثر تعقيدا، تشمل حالة عدم قدرة رحم المرأة على حمل الجنين، وبذلك عدم تحقيق رغبتها في الإنجاب؛ إذ استدعت هذه الحالة الباحثين إلى إحلال امرأة أخرى متبرعة محلها للقيام بالحمل، وبعد ذلك تتم إعادة الطفل إلى أمه الجينية، أو إلى الأم التي دفعت الأجر في حالة الزوجة العقيمة تماما، وهو ما اصطلح على تسميته بإيجار الرحم أو الأم بالإنابة.

الفرع الأوّل: التّلقيح الاصطناعي خارج الرّحم(طفل الأنابيب).

إن استخدام تعبير الأنابيب بالنسبة إلى عملية الإخصاب خارج الرحم، لا يعني إطلاقا نمو البويضات الملقحة في الأنبوب كما قد يمكن تصوره؛ فهذه التقنية الحديثة للإخصاب الاصطناعي تعتمد على أخذ بويضة من المرأة وقت خروجها من المبيض، ثم يتم وضعها في طبق يحتوي على سائل يضمن بقاء البويضة ونموها مع عينة من نطف الرجل. وبعد حدوث الإخصاب في الطبق فإن هذه البويضة الملقحة تترك في الطبق، حيث تتابع نموها ليوم أو يومين ثم تنقل إلى الرحم لتكمل نموها به. و الواقع أن هذه التقنية في الإنجاب ليست حديثة، فهي تعود إلى القرن الثامن عشر حينما بدأ العالم الإيطالي Spallanzani (1729-1799)، يقوم بتجارب الإخصاب الخارجي على البرمائيات، ثم تعددت التجارب على الثدييات.[1]

أما بالنسبة لتجربة هذا الأسلوب على الكائن الإنساني فلم تتم إلا في الستينات، حيث كللت تجارب الطبيب الإيطالي Petrucci سنة 1960 بالنجاح في الحصول على بويضة مخصبة خارج الرحم. وفي 25 جويلية 1978، فتحت صفحة جديدة في تاريخ الإخصاب الإنساني بميلاد الطفلة

[1] محمد البار،المرجع السابق ،ص 30.

Louisa BROWN التي تعتبر أول طفلة أنبوب في العالم[1].

وأما في مصر، وفي سنة 1992 رصد حوالي125 طفل تمت ولادتهم عن طريق التقنية الحديثة للإخصاب، وذلك بفضل دور مركز أطفال الأنابيب الذي تم فتحه سنة 1986 بالمعادي. والملاحظ أن إجراء مختلف عمليات التلقيح الاصطناعي من هذا النوع، يكلف أموالا باهظة مقارنة بمداخيل وإمكانيات الأفراد وكذا نسب نجاح هذه العمليات، حيث لازالت نسبة نجاح المحاولات محدودة نظرا لصعوبة ودقة العملية، فهي تستلزم معرفة موعد خروج البويضة من المبيض بالتحديد، ومنح المرأة منشطات لزيادة فرص تبويضها لأكثر من واحدة، مع احتمال رفض الرحم للجسم الغريب، وهو الأمر الذي يستدعي مهارة فائقة في عملية زرع البويضات[2].

أوّلا: التّلقيح الاصطناعي ببويضة أجنبية عن الزّوج.

مقابل التبرع بالسائل المنوي أو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي 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 الاجتماعي.

ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة للإنجاب في حالات معينة، بقصد تلافي 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

[1] - أول نجاح سجل في فرنسا سنة 1982 بميلاد الطفلة" أمندين،" منى عبد الرحمن," تجارب على الجنين"، المكتبة الأكاديمية، 1992، ص125.

[2] - يراجع في هذا الصدد محمد البار، مرجع سابق، ص 34.

عاطلا عن وظيفته. كما أنه قد يتم استخدامها إذا كانت الأم مصابة بمرض وراثي خطير، يخشى انتقاله إلى الجنين أو تأثيره على البنية الخلقية للمولود المنتظر[1].

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 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،

[1] - محمد البار، نفس المرجع، ص 45.

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: النّظام القانوني لعمليّة تجميد و حفظ البويضات المخصّبة.

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. [1]هذا، وإنه يخشى من عدم نجاح عملية التخصيب وتفاديا للجوء ثانية إلى عملية سحب البويضات من المتبرعة، فإن الأطباء (البيولوجيون) يعمدون إلى الاحتفاظ بمجموعة من البويضات التي يتم سحبها في المرحلة الأولى بتجميدها مدة زمنية، حتى يتسنى

الرجوع إليها عند الاقتضاء. 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 الاحتفاظ 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

[1] أول نجاح سجل في فرنسا سنة 1982 بميلاد الطفلة" أمندين،" منى عبد الرحمن," تجارب على الجنين"، المكتبة الأكاديمية، 1992، ص125

التي يمكن جلبها من عمليات تجميد وحفظ البويضات، فإن ذلك لا يمنع من أن هناك مخاطر تكتنفها، سواء فيما يخص كيفيات الاستعمال أو فيما يخص الانحرافات التي سجلت بشأنها والمتمثلة في اعتمادها وسيلة للاتجار ولاستغلال 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 يجرنا 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 اتخذت موقفا يمنع ذلك[1].

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

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص59.

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 اتجاه منهما إلى أسانيد وحجج.

فعن معارضي فكرة الزرع بعد الوفاة، فإنهم تحججوا بأن الهدف المرجو من عملية التلقيح الاصطناعي بمختلف أنواعه، هو مواجهة حالة عقم الزوجين، وأنه بوفاة الزوج الذي يعاني من هذه الحالة، ينعدم سبب إجراء عملية التلقيح الاصطناعي؛ 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 يتمكنا من تحقيق ذلك [1]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 بناءا 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 اتفاق مشترك للزوجين. كذلك إن تحقيق عملية تخصيب بويضة معناه خلق "كائن"

[1] محمد البار، نفس المرجع ص66.

إنساني ينتظر النمو ويحقق حقه في الحياة، وليس لأحد أن يتصرف في البويضة المخصبة ماعدا صانعها وهو الأرملة.

إن هذا الاختلاف 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 بالمشرع 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.[1]

وفي حقيقة الأمر، فإن موقف المشرع 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 ذاتها. فهل يحق للزوج أن يتصرف في هذه البويضات بالتبرع بها أو إتلافها؟، وهل يحق له في حالة دخوله في علاقة زوجية أخرى، أن يطالب بزرع هذه البويضات في رحم الزوجة الجديدة بحجة أن حالته الصحية لم تعد تسمح له بالإنجاب؟.

[1] محمد البار ،نفس المرجع ص 93.

الفرع الثّاني: 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 اصطلح 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 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 الاستعانة بمتبرع بالسائل المنوي أو بمتبرعة ببويضة، مع ما قد يستلزمه ذلك كله من تدخل وسيط للربط ما بين مختلف هذه العلاقات.

أوّلا: 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 مثلا

أن يكون الحمل من شأنه أن يسبب أمراضا 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 راجعا لأسباب اقتصادية ولعدم تحمل الزوجة لآلام الحمل والوضع.

لقد كان لهذه الطريقة تطورا سريعا، وفي مقابل ذلك ظهرت مشاكل قانونية عديدة وشائكة. ذلك أن الأم الحامل قد تمتنع 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 صورتين:

أما الصورة الأولى فتتعلق بحالة الأم بالإنابة، وهي التي تستجمع في نفس الوقت صفتي صاحبة البويضة والحاملة للجنين. ففي هذه الحالة تكون علاقة الأم بالإنابة بالجنين مزدوجة، فهي علاقة جينية، كما أنها تتقرر عن طريق الحمل.

وأما الصورة الثانية، فهي التي تعبر حقيقة عن المقصود بالأم بالإنابة. فهي تكمن في قيام هذه الأخيرة بالحمل بواسطة بويضة أجنبية عنها. وقد تكون هذه البويضة ملقحة من الزوجين الطالبين أو من غيرهما، كما أنه قد تتم بواسطة بويضة غير مخصبة، يتم التبرع بها للزوجة الحاملة مع تخصيبها بنطفة زوجها كما، قد يتم تخصيبها بغير نطفة زوجها، وهنا يقتصر دور الأم بالإنابة على القيام بعملية الحمل فقط ليتم تسليم الطفل بعد ولادته إلى من يعود إليهم.

وفي إطار الموازنة بين هذين الصورتين، فقد ذهب بعض الفقه في مصر إلى الأخذ بالصورة الثانية فقط، على اعتبار أن المعيار البيولوجي يبقى العنصر الحاسم في العملية، وبذلك فإن الصورة الأولى لا يتم اعتمادها ضمن حالات الحمل بالإنابة لخصوصيتها[1]، وعليه فإن المعيار الذي يتعين الاعتماد عليه، يجب أن يراعي الهدف الذي تمت العملية من أجله، والذي يتمثل في إتمام الحمل لصالح غير الحاملة.

ثانيا: الالتزامات المترتّبة 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 اتفاق 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 والتزامات كل واحد منهما.

- **التزامات الأب البيولوجي**: يلتزم المتعاقد الأول وهو الأب البيولوجي بمايلي:

- تحمل كل المصاريف والنفقات المالية بما فيها أتعاب كل الفحوص والتحاليل الطبية، التي تجرى على الأم الحامل، قبل إجراء العملية وكذلك بدل أتعاب الطبيب، إلى جانب نفقات الغذاء والمسكن والملبس التي تحتاجها الحامل إلى غاية مرحلة الوضع، مضافا إليها مستلزمات المرحلة اللاحقة والمحددة بثمانية أسابيع بعد تحقق عملية الولادة.
- الاعتراف بالمولود الجديد مهما كانت حالته الصحية.
- الحفاظ على سرية العملية إذا طلبت الأم الحامل ذلك.

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 73.

- دفع المقابل المادي المتفق عليه للأم الحامل بمجرد انتهاء مهمتها.
- التأمين على حياة الأم الحامل لمصلحة من تحددهم هي.

- **التزامات الأم الحامل:** يمكن حصر هذه الالتزامات فيما يلي:

- إجراء كل الفحوصات والتحاليل الطبية اللازمة، قبل البدء في عملية التلقيح والزرع وأثناء مرحلة الحمل وبعد الولادة.
- عدم تعاطيها أثناء عملية الحمل أية مواد، من شأنها التأثير على النمو الطبيعي للحمل كالتدخين أو المشروبات الكحولية وغيرها.
- عدم مطالبتها هي وزوجها إن كان موجودا بأية حقوق تتعلق بالطفل المرتقب، وبتسليمه بعد ولادته لأبيه البيولوجي بعد إقراره ببنوته.
- وإلى جانب هذه الالتزامات، فإن الأم تتعهد بالحفاظ على سرية العملية، كما تلتزم بقبول كل المخاطر المحتملة للعملية، دون ترتيب المسؤولية الناتجة على ذلك في جانب الأب البيولوجي بالإضافة إلى تعهدها بعدم إتيان أية علاقة جنسية مع زوجها، خلال فترة معينة بعد عملية الزرع أو التلقيح.

وإذا ما تحققت عملية الوضع، فإن المولود الجديد يتم إخضاعه بعد تسليمه إلى أسرة أبيه البيولوجي لنظام التبني، بتقديم طلب إلى المحكمة بواسطة زوجة الأب البيولوجي، على اعتبار أن المولود يعتبر من الناحية القانونية بدون أم.

ثالثا: الحمل لصالح الغير بين الرّفض والتّأييد.

لقد كان لظهور هذه التقنية الحديثة للإنجاب الاصطناعي وتطورها عبر العالم، أثر كبير بين رجال القانون والطب.[1] وقد انقسم الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض لهذه الوسيلة.

[1] العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 70.

فإذا رجعنا إلى الاتجاه المنادي 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 للأمومة. وتتمثل 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.

_ ويضيف 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 انتمائه السياسي لدولة معينة، مع العلم أن هذه المسائل كلها تعتبر من النظام العام لمساسها بالنظام القانوني للمجتمع، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها[1].

_ وأخيرا فإن عملية الحمل لصالح الغير تمس بأحكام قانون التبني الفرنسي، وخاصة المادة 1168 مدني. ذلك أن كلا من الحمل لصالح الغير والتبني يعتبران وسيلة لجلب طفل أجنبي عن الأسرة وإدخاله ضمنها[2]. 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

[1]- العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 83.

[2] - العربي عبد القادر شحط، نفس المرجع ، ص 87.

يتعين أن تلجأ 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 الاستجابة إلى طلبها، مع أن الشروط القانونية المتطلبة للتبني قد لا تكون متوفرة بكاملها.

وعليه فحسب الاتجاه المعارض لعملية الحمل لصالح الغير، فإن مثل هذا النشاط يشكل خرقا لأحكام القانون المدني، ومساسا صارخا للنظام العام ولحسن الآداب، وأن ذلك يقتضي استبعاده وإبطال كل تصرف أو اتفاق، يستهدف تحقيق مثل هذا العمل غير الأخلاقي أو تشجيع ممارسته.

أما أنصار الاتجاه المؤيد، فيرون في هذه العملية وسيلة من شأنها أن تحقق إنجاب الذرية وإنهم يرتكزون 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 يلجآن إلى استعمالها.[1]

[1] العربي عبد القادر شحط، نفس المرجع ، ص 100.

المبحث الثّاني:

الطّبيعة القانونيّة للعلاقات النّاشئة عن استخدام وسائل التّلقيح الاصطناعي.

إن البحث في موضوع التكييف 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 ينتفي فيه الوصف الطبي، ويخص العلاقات التي تربط الزوجين الطالبين لوسيلة التلقيح الاصطناعي عن طريق التلقيح بالأم الحاملة مباشرة، أو عن طريق تدخل الوسيط لإيجار الرحم.

المطلب الأوّل: طبيعة العلاقة الطّبية.

إن المتتبع لمختلف مراحل التلقيح الاصطناعي، يكتشف أن هناك سلسلة عقدية تهدف إلى تحقيق غرض الإنجاب، سواء أتعلق 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.[1]

الفرع الأوّل: طبيعة العلاقة مع مركز حفظ و دراسة السّائل المنوي.

كما سبقت الإشارة فإن هذه العلاقة تكتسي طابعا تعاقديا، غير أنه بالرجوع إلى النظرية العامة للالتزامات، 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

[1] المادة590 من القانون المدني الجزائري.

المشرع بتنظيمها في إطار قواعد قانونية خاصة، كعقد البيع والإيجار والوديعة. أما العقود غير المسماة فهي تلك التي لم يعتن المشرع بتنظيمها بمقتضى قواعد قانونية، ولم يحدد لها اسما معينا، إذ تخضع أصلا لمبدأ سلطان الإرادة من حيث إبرامه، على أن يبقى مجالها محصورا في حدود النظام العام والآداب العامة.

وإذا حللنا الاتفاقات التي تبرم مع مركز حفظ ودراسة السائل المنوي لإعداد 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.

- **بالنّسبة للعقد المبرم مع مركز حفظ و دراسة السّائل المنوي:** فبالنسبة للعقد المبرم بين هذا المركز وصاحب السائل المنوي بقصد حفظه له، فإن جانبا من الفقه والقضاء يكيفه على أساس أنه عقد من العقود المسماة في القانون المدني، وهو عقد الوديعة؛ وذلك بما يقرره المشرع الفرنسي في المادة 1915 من القانون المدني[1]، التي تقابلها المادة 590 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا[2].

وإذا ما تم اعتماد هذا الرأي، فإننا نستخلص أن موضوع الاتفاق 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 ملزما برد الوديعة للورثة حسب أنصبتهم الشرعية كباقي أموال تركته، فإن استحال تجزئة هذه الوديعة بين الورثة، فإنها ترد للوارث الذي يتم تعيينه من قبل ورثة الهالك، والذي قد يكون أرملته؛

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 95.

[2] - المادة590 من القانون المدني الجزائري.

وهنا يصبح بإمكان هذه الأرملة استعمال هذه الوديعة (النطف)، وهو ما قد ينتج عنه ميلاد طفل للمتوفى قد يؤدي إلى حجب ورثته إما حجب نقصان أو حجب حرمان.

غير أن هذا الرأي ليس متفقا عليه. فهناك رأي يذهب إلى إعطاء هذه العلاقة وصفا خاصا مرتكزا في ذلك إلى أن المنتجات أو ما يسمى بإفرازات الجسم البشري (السائل المنوي)، لا يمكن قياسها بالأشياء المنقولة، وتبعا لذلك ليس بإمكان الورثة الشرعيين للمتوفى، أن يدعوا 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 التزام بعلاج المريض، ولذلك فهم يرون ضرورة تطبيق أحكام عقد العلاج على عقد حفظ السائل المنوي، بحيث يلتزم المركز المعالج بتقديم

الرعاية الطبية اللازمة للمريض، لغرض رفع حالة العقم أو على الأقل 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 للالتزامات.

- **بالنّسبة للعقد المتعلّق بحفظ البويضات المخصّبة:** 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[1] رحمها، أما المتبقى من البويضات المخصبة فيتم حفظه لدى المركز المعالج بناءا على اتفاق مبرم بين الطرفين.

[1] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، ص11 .

وإذا أجرينا مقارنة بين مسألة حفظ البويضات المخصبة، مع الحالة السابقة والمتعلقة بحفظ السائل المنوي، فإنه لا وجود لاختلاف 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 للالتزام.

الفرع الثّاني: طبيعة العلاقة مع الطّبيب الممارس لعملية التّلقيح الاصطّناعي.

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 الاتفاقات 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 الطّبيب والمريض المستفيد من التّلقيح الاصطناعي:** إن الشخص الذي يعاني من عدم الخصوبة أو حالة العقم، هو الذي يختار الطبيب المعالج الذي غالبا ما يكون متخصصا في ميدان التلقيح[1] 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 يشمله بالرعاية على وجه

[1] عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، 1986، ص06.

فعال ومطابق للأصول والقواعد العلمية، لعلاجه قدر الإمكان من المرض الذي يشكو منه أو على الأقل ليخفف عنه الآلام التي يعاني منها[1].

ويرى الدكتور السنهوري في مؤلفه "الوسيط في شرح القانون المدني"، أن هذا العقد يشبه عقد المقاولة 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"[2]. 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 المقاولة أصلا. ولهذا يرى البعض أن هذا العقد هو أصله عقد مقاولة.

غير أنّ هذا الرأي لا يمكن اعتماده على إطلاقه. ذلك أن عملية العلاج يغلب عليها الطابع الفكري، وأن محل الالتزام فيه هو التزام ببذل عناية، كما أن شخصية الطبيب تبقى دائما محل اعتبار بالنسبة للمريض، وتلك كلها مميزات خاصة بعقد العلاج لا يتصف بها عقد المقاولة[3].

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.

---

[1] - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، 1986، ص13.

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

[3] - عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، ص25 و ما بعدها.

▪ **طبيعة العلاقة بين الطّبيب والمتبرّعة 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 اتصال المتبرعة بالطبيب أو بالمركز المختص، لتحقيق مشروع الإنجاب الاصطناعي 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، و كذلك 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 للطبيب الذي يسهر على تحقيق العملية،[1] على أن تتحمل المستفيدة أو الزوجين معا، كل مصاريف وأتعاب الطبيب أو المركز المعالج.

المطلب الثّاني: طبيعة العلاقة العقدية غير الطّبية.

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

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

[1] عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص55.

لحمل الجنين ليس من زوجها لصالح امرأة أخرى، على أن تتنازل عنه لهذه الأخيرة بعد ميلاده.

الفرع الأوّل: طبيعة علاقة الأم الحامل بالإنابة مع الزّوجين الرّاغبين في الإنجاب.

يتمثل أساس هذه العلاقة في إبرام اتفاق تعاقدي 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.[1] هل تخضع هذه العلاقة لأحكام نظرية العقود والتي تضمنها القانون المدني؟، وأي نوع من العقود المسماة يمكن تصنيف هذا الاتفاق؟. 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 الانتفاع 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 والالتزام 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

[1] المادة 467 من القانون المدني الجزائري.

أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر، في مقابل ثمن نقدي[1] . وهو التعريف الذي يتضح من خلاله أن من خصائص عقد البيع أنه من عقود المعاوضة دون التبرع، حيث هناك 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، والاتفاق 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 الانتفاع بشيء معين مدة معينة، لقاء أجر معلوم[2]. فمن خصائصه أنه يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفع أجرة، تكون إما نقودا أو تقديم عمل آخر[3]. كما أنه يعد من العقود المسماة، ينعقد بتطابق الإرادتين، وهو من عقود المعاوضة.

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

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

[3] - المادة 470 من القانون المدني الجزائري.

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، وماعدا ذلك فالاختلاف 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.

- أما بالنسبة لعقد العارية، فإن القول بتطبيق أحكام هذا العقد على الاتفاق 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 مستعيرا، 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 الاستعمال، الذي يعرف بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك، ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال[1]. إلى جانب هذا، يبقى دائما محل العقد هو معيار تحديد طبيعة هذا الاتفاق الذي ليس بشيء مادي و إنما شخص أو جزءا منه.
- وأما فيما يتعلق بعقد الوديعة، فهو من العقود المسماة، رضائي، ملزم أصلا 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 اصطناعيا، أو بويضة

[1] - المادة 538 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 635 من القانون المدني المصري.

[2]- المادة 590 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 718 من القانون المدني المصري.

.

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 الاتفاق المبرم بغرض الحمل لصالح الغير، وهذا بالنظر دائما إلى محل العقد؛ ذلك أن الوديعة عي عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا.[1]

كما أن المودع لديه يلتزم برد الشيء محل الوديعة عينا إلى المودع، وهو ما لا يمكن حدوثه في الاتفاق بين الأب البيولوجي والأم الحامل، باعتبار أن محل الوديعة يتحول من سائل 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 لاستلامه وهذا ما لا يتصور في عملية الوضع بعد الحمل لصالح الغير.

[1] المادة 590 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 718 من القانون المدنيالمصري .

خلاصة الفصل:

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 لسبب 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.

عندما نجحت أولى محاولات التلقيح الاصطناعي لعلاج بعض حالات العقم سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة، استقبلها الأشخاص الذين كانوا محرومين من الذرية بكثير من الإعجاب والأمل. غير أنه سرعان ما استعملت هذه الوسائل بطريقة غير إنسانية، وعرفت الكثير من التجاوزات المنافية للقيم الأخلاقية والمبادئ الدينية، وفتح المجال واسعا للمتلاعبين بالبنوة وبالأمومة وبالأبوة، وشجعت على المتاجرة بالنطف والبويضات والأرحام، خاصة في المجتمعات الغربية التي طغت عليها الإباحية.

وحتى تكون دراسة هذا الموضوع مكتملة نوعا ما، فإن ذلك يقتضي بيان موقف كل من الشرع أو الفقه الإسلامي على وجه التحديد، والتشريع الوضعي من الإنجاب الاصطناعي، وعليه فإنني سأتولى التعرض لموقف كل الفقه الإسلامي في المبحث الأول من هذا الفصل، ثم أتطرق في المبحث الثاني منه لموقف القانون الوضعي من هذا الإنجاب.

المبحث الأوّل: موقف الفقه الإسلامي من نظام الإنجاب الاصطناعي

إن الكشف عن موقف الفقه الإسلامي من التقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي، والتطور الذي عرفته، يستلزم منا البحث في مدى شرعية استخدام أسلوب الإنجاب الاصطناعي، وتوضيح ما يمكن قبوله وما يمكن استبعاده منها، فنشير في هذا المقام إلى أن الفقهاء المحدثون قد تناولوا هذا الموضوع ببالغ الأهمية، نظرا لما تتميز به أنظمة الدول العربية الإسلامية، سيما فيما يتعلق بأحكام المواريث و إثبات النسب، و مدى تأثر هذه الأخيرة بمسألة الإنجاب الاصطناعي، فمن هذه المسائل ما اعتبروه مشروعا، و منها ما هو محظور في نظرهم. و فيما يلي التعرض لموقف هؤلاء بقليل من التفصيل ضمن المطلبين التاليين.

المطلب الأوّل: مدى شرعية وسائل الإنجاب الاصطناعي.

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

- احترام الحياة الزوجية، على اعتبار أن علاقة الزواج تعتبر خلية التواصل بين الأجيال وأنه تترتب عليها حقوق وواجبات 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". و المراد بالفراش هو الزوجية القائمة، لأن الولد ينسب لأمه بالولادة منها و لأبيه بالزوجية.[1] كما اشترط الفقهاء المسلمون لإثبات النسب عن طريق الزوجية مجموعة من الضوابط تتمثل في:

- إمكانية حمل الزوجة من زوجها، بألا يكون عقيما أو صغيرا أو مصابا بعاهة جنسية.

[1] محمد فاروق النبهان، الضوابط الفقهية للإنجاب المشروع في الشريعة الإسلامية، ص100

- مضي أقل مدة الحمل على الزواج وهي 06 أشهر، للتأكد من انتماء الولود لأبيه.
- ألا تنقضي على فراق الزوج لزوجته أكثر من المدة المحددة شرعا للحمل، و هي 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 الزوجية[1]. فابن الزنا لا يثبت لأبيه، والأمر نفسه بالنسبة للمولود نتيجة عقد زواج فاسد إلا بإقرار أبيه، متى كان هذا الإقرار
قابلا للتصديق. وعليه، فمن الضروري عند دراسة تقنيات الإنجاب الاصطناعي، أن نضع نصب أعيننا كل هذه المبادئ لتحديد ما هو مقبول شرعا وما هو مرفوض، حتى لا تكون هذه التقنيات عاملا من عوامل تفكك الأسرة وهدم المؤسسات الزوجية.

الفرع الأوّل: حالات الإنجاب الاصطناعي المتّفق على شرعيتها.

الواقع أن العالم الإسلامي لم يكن لتثار فيه مسألة الإنجاب الاصطناعي، لو لم يلجأ الأطباء في بعض الأقطار الإسلامية إلى إجراء بعض تجارب التلقيح الاصطناعي، بالتعاون مع أطباء من الغرب، وهو ما حصل مثلا 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 العمليات[2].

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

[1] - محمد فاروق النبهان، الضوابط الفقهية للإنجاب المشروع في الشريعة الإسلامية،المرجع السابق ، ص155.

[2] - محمد المكي الناصر، موقف الإسلام من التلقيح الصناعي كوسيلة للإنجاب، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، 1986.

1. تتمثل الحالة الأولى في جواز أخذ نطفة الزوج وحقنها في رحم زوجته، مادام لم يقم أي شك حول استبدال أو اختلاط هذه النطفة بنطف الغير[1].

2. وتتمثل الحالة الثانية في جواز أخذ بويضة الزوجة العاقم، وتخصيبها بنطفة زوجها خارج الرحم في أنبوب الاختبار، ثم زرع البويضة الملقحة في رحم زوجته نفسها، مع وجوب التأكد من عدم اختلاط هذه النطفة أو البويضة، بنطفة أو بويضة أجنبية عن الزوجين. فإذا ما تم التأكد 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 و بين زوجته، لأن حدوث الحمل بعد وفاة الزوج أو بعد الطلاق يلغي النسب.

ولقد اعتمد الفقهاء لإباحة هاتين الحالتين على دليل شرعي يتمثل في مبدأين شرعيين هما:

- **تحقيق المقاصد الشّرعية:** يعتمد هذا الدليل على أساس مصدره قاعدة مستنبطة عن طريق

الاستقرار؛ 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 لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، لأن فقدها يؤدي إلى الاختلال في الحياة البشرية، وتشمل حفظ الدين والنسل والنفس والمال[2]. 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.

[1] - العربي عبد القادر شحط، مرجع سابق، ص158.

[2] - جاد الحق علي جاد الحق، "احكام الشريعة في بعض المسائل الطبية"، الأزهر، 1991، ص 6- 10.

▪ **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 وغلبتها. وأنه مادامت المصلحة في إباحة الاستعانة 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 الاستعانة بها.

الفرع الثّاني: حالات الإنجاب الاصطناعي غير المباحة شرعا.

إنه و في مقابل الحالتين السابق ذكرهما اللتين اتفق الفقهاء المسلمون على شرعيتهما، فإن هناك حالات أخرى أجمع الفقهاء على عدم شرعيتها.

1- وتتمثل الحالة الأولى في تحريم تدخل "الغير" في عملية الإنجاب 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 شرعا[1].

2- وأما الثانية، فتتعلق بتلك الحالة التي تكون فيها كل من النطفة والبويضة تابعتين للزوجين غير أن عملية التلقيح يتم إجراؤها، 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.

3- 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

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص161.

اصطلح على تسميته في القانون الوضعي بالطفل الطبيعي، وبذلك فإنه لا ينسب إلى الأب وإنما لمن حملته ووضعته، أي أنه يأخذ حكم ولد الزنا الذي ينسب لأمه فقط.

المطلب الثّاني: بعض حالات الإنجاب الاصطناعي بين الأخذ و الرد.

لقد اختلف الفقهاء المحدثون حول مدى شرعية بعض أساليب الإنجاب الاصطناعي. ولا شك أن السبب في ذلك راجع إلى التطور العلمي الذي مس نظام التلقيح الاصطناعي، 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 عدمها. وفي هذا الإطار، ننوه أن هناك من الحالات التي لا يزال الفقه الإسلامي مختلف بشأنها، منقسمين في ذلك إلى مؤيد ومعارض.

حالات الإنجاب الاصطناعي المختلف بشأن شرعيتها.

من الحالات التي ما تزال محل خلاف بين الفقهاء المحدثين، نشير 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 الزوج أية علاقة. والحكم في هذه الحالة هو التحريم[1].

2- أما الصورة الثانية، فتتعلق بتلك التي يتم فيها زرع بويضة مخصبة من زوجين في رحم زوجة أخرى لهذا الزوج، وهي حالة تفترض تعدد الزوجات، باعتباره نظاما معروفا في الدول

3- 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.

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 163.

وما يجدر ذكره هنا، أن أغلب الفقه كان يرجح هذه العملية، وتم التأكيد على شرعيتها خلال الدورة السابعة للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد بمكة المكرمة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني سنة 1404هـ، حول مشكلة التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، وذلك بتقريره[1]:

- أن حاجة الزوجين إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا، يبيح معالجتها عن طريق التلقيح الاصطناعي، متى تمت إحاطته بالضوابط الشرعية السابق ذكرها.
- إن الأسلوب التي تؤخذ فيه النطفة من رجل متزوج، ثم تحقن في رحم زوجته نفسها بطريقة التلقيح الداخلي، هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة الآنفة الذكر، متى ثبتت حاجة المرأة إلى هذه العملية.
- أن الأسلوب الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من الزوجين، ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها، هو أسلوب مقبول مبدئيا، لكنه غير سليم من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، فينبغي اللجوء إليه فقط 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 سابقا.

غير أن المجلس تراجع عن مواقفه فما يتعلق بجواز زرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، وذلك بعد الملاحظات التي أبداها بعض أعضائه، والتي ورد التركيز ضمنها، على أن الزوجة التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى، قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها

على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها فترة متقاربة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما قد تمت علقة أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة

[1] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 165.

الحمل الآخر الذي لا يعرف أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة الزوج، وذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهو ما أوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة.

ويبدو أن المجمع قد أصاب حينما تراجع عن رأيه بخصوص هذه المسألة، فالاستعانة في موضوع الإنجاب بطرف ثالث، سيؤدي حتما إلى تشابك في العلاقات النسبية، وتنازع في ادعاء الأحقية في القرابة النسبية، وأن الرحم الإنساني ليس كالرحم الاصطناعي، وأن صاحبة الرحم هي أم، ودورها في احتضان الجنين لا يقل أهمية عن الأم صاحبة البويضة الأولى، وبذلك لا يمكن قياس العلاقة الرحمية بالرضاع، وهو قياس مع الفارق، لأن الرضاع لا يكون إلى بعد تمام التكوين الإنساني وفي ظل وضوح النسب.

المبحث الثّاني: موقف القانون من نظام الإنجاب الاصطناعي

سأخصص هذا المبحث من الفصل الثاني لهذه المذكرة، لبيان حكم الإنجاب الاصطناعي في ظل القانون الوضعي لاسيما 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 السباق للفصل في الكثير من المنازعات، التي أثيرت أمامه بخصوص العلاقات التي تتشابك وتتعقد لتحقيق الهدف المتوخى من الإنجاب الاصطناعي، مشيرا في الأخير إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة التلقيح الاصطناعي، قبل وبعد تعديله لقانون الأسرة الجزائري بموجب [1]الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 2005/2/27. لذلك سأعالج موقف القانون من هذه المسألة في مطلبين، أتناول في المطلب الأول الإنجاب الاصطناعي في ظل القانون المقارن، وفي المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري منه.

[1] الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 2005/2/27.

المطلب الأوّل: الإنجاب الاصطناعي في التّشريع المقارن.

نحاول من خلال هذا المطلب الإطلاع على أهم المسائل القانونية التي تطرحها وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة في التشريع المقارن. ولكن ونظرا لاستحالة معالجة ذلك على ضوء قوانين جميع الدول، فإنني أكتفي في ذلك ببعض التشريعات المختلفة، الغربية منها والعربية من خلال فرعين. أعالج في الأول، الأحكام القانونية التي تنظم التلقيح الاصطناعي في

التشريع الفرنسي، كونه المصدر الذي استنبط منه المشرع الجزائري معظم قوانينه، والفرع الثاني أتناول فيه أحكام بعض القوانين الأخرى.

الفرع الأوّل: الأحكام القانونية للتّلقيح الاصطناعي في التّشريع الفرنسي.

لقد أصدر المشرع الفرنسي في هذا السياق قانونين بتاريخ 1994/07/29، أولهما يحمل رقم 653/94 ويتعلق باحترام الجسد الإنساني، ويحمل الثاني رقم 654/94،[1] وهو القانون المنظم للمسائل المتعلقة بهبة واستعمال عناصر ومنتجات الجسد الإنساني، والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص المبكر، ضامنا احترام أحكامه بالاستعانة بقانون العقوبات، وذلك من خلاله استحداثه لحوالي 35 جنحة جديدة معاقب عليها بعقوبة الحبس[2].

ومن استقراء مجمل النصوص التي أوردها المشرع الفرنسي في هذا الإطار، نستخلص أنه أقر مشروعية ممارسة أغلب عمليات التلقيح الاصطناعي، موقفا ذلك على شروط يتعلق بعضها بالجانب الشكلي، وهي إما تخص طالب الاستفادة من التلقيح أو تخص الجانب الطبي، وبعضها الآخر ذو طابع موضوعي.

♦ 1)- فعن الشروط الشكلية المتعلقة بطالب الاستفادة من التلقيح، فإن الأمر هنا يخص كل شخص يتقدم بطلب الاستفادة من مختلف وسائل التلقيح الاصطناعي، لأجل غرض

[1] المشرع الفرنسي في هذا السياق قانونين بتاريخ 1994/07/29، أولهما يحمل رقم 653/94 ويتعلق باحترام الجسد الإنساني

[2] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 244.

الإنجاب سواء أكان ذلك في إطار العلاقات الزوجية، أو العلاقات الحرة و كذا 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 لارتباطها بعلاقة شرعية مع رجل. وتتمثل هذه الشروط في:

- وجود رابطة معترف بها قانونا بين طالبي الاستفادة من الإنجاب، سواء أكانت رابطة زواج شرعية بين الرجل و المرأة، أو في إطار ما يسمى بالعلاقات الحرة، القائمة لمدة لا تقل عن السنتين، حسب مقتضيات المادة 2/152 من قانون الصحة العمومية رقم 654/94[1]. وهو النص الذي يفهم منه أنه لا يجوز للمرأة العزباء أو الأرملة، المطالبة بالاستفادة من وسائل الإنجاب الاصطناعي، كما أن إجراء عملية زرع البويضة بعد الوفاة، أصبح أمرا محظورا وبالتالي، فإنه لا يبقى لها سوى التبرع بالبويضات المخصبة والمحفوظة على مستوى مراكز الحفظ لمن هو في حاجة إليها[2].

- بلوغ الطالبين سن الإنجاب، وهو الشرط الذي تناولته نفس المادة أي المادة 2/152 من نفس القانون المذكور سابقا[3].

- توافر الرضا لدى الطرفين لاستخدام إحدى وسائل التلقيح. و هذا الشرط أشارت إليه ذات المادة من نفس القانون[4]. وهنا نشير إلى أن جل التشريعات أكدت صراحة على وجوب الإفصاح عن الرضا، بقبول إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في شكل كتابي سابق على العملية. وهو نفس الشرط المطلوب في حالة ما إذا كان التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج، طبقا للمادة 10 من القانون رقم 94/653 إضافة إلى شرط السرية التامة، وهذا تحت طائلة عقوبة الحبس والغرامة، حسب أحكام المادة 17 من القانون رقم 94/654، وهو

[1] - "يجب أن يكون الرجل و المرأة متزوجين أو في حالة حياة مشتركة مدة سنتين على الأقل...".

[2] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص 247.

[3] - "يجب أن يكون الرجل و المرأة... في سن الرشد".

[4] - "يشترط أن يكون كل من الرجل و المرأة، قد رضيا مسبقا بعملية التلقيح أو نقل البويضات".

الجزاء ذاته الذي قرره المشرع في حالة استعمال وسيلة الحمل لصالح الغير، أو إيجار الرحم بموجب نص المادة 227 مكرر 12 من قانون العقوبات، باعتبارها وسيلة محظورة في ظل القانون رقم 94/653. [1]

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 المؤسسات الصحية 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، اللذين يرغبان في الاستفادة من وسائل الإنجاب الاصطناعي بحضور فريق طبي متعدد التخصصات، وذلك حتى يتسنى للمعنيين طرح اختيارهم وأبعادهم من وراء إجراء عملية التلقيح، وتلقي الإجابات على ذلك من المتخصصين في هذا الميدان، فإذا ما تم هذا اللقاء، فإن الطرفين يقدمان طلبا خطيا للجنة الطبية للإجابة عليه إما بالقبول أو بالرفض.

♦ وأما عن الشروط الموضوعية لممارسة التلقيح الاصطناعي، فإن المشرع الفرنسي حدد الإطار أو الغرض المرجو من وراء اللجوء إلى عملية هذا التلقيح. فنص في المادة 152 من القانون رقم 654/94 المؤرخ في1994/07/29، على أن موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب هو علاج العقم، وأن مخالفة هذا الحكم، يعد جريمة معاقب عليها بالحبس لمدة خمس سنوات، وغرامة مالية قدرها 500 ألف فرنك فرنسي. كما حصر في المادة 5/673 من قانون الصحة العمومية، القيام بعمليات جمع ومعالجة وحفظ البويضات والتنازل عنها لصالح الهيآت والمؤسسات الصحية، عامة كانت أو خاصة والخيرية منها

[1] - "يعاقب بالحبس لمدة سنة و بغرامة مالية مقدرة بـ 100.000,00 فرنك فرنسي كل وساطة بين شخصين أو زوجين راغبين في استقبال طفل و امرأة توافق على حمل هذا الطفل لتسليمه لهما عند الولادة".

فقط. ولذلك فإنه 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 للعقوبة[1].

الفرع الثاني: التّلقيح الاصطناعي في ظلّ بعض التّشريعات الأخرى.

لقد سايرت أغلبية الدول الغربية التشريع الفرنسي، من حيث توحيد الأحكام المنظمة لعمليات الإنجاب الاصطناعي، كتقنية مساعدة على الإنجاب ومعالجة مشكلة العقم، و ضبطته كل دولة حسب الشروط والأحكام التي تتلاءم مع نظامها ومبادئها القانونية، بل وحتى الدينية. فنجد ليبيا استراليا والسويد مثلا يجرمون، تلقيح المرأة غير المتزوجة. كما تستبعد مجمل التشريعات الحديثة الطابع التجاري لكل عملية من عمليات التلقيح الاصطناعي.

أما فيما يتعلق بالعلاقات الحرة، فإن بعض التشريعات الغربية لا تعترف لأفرادها بالحق في طلب الاستفادة من التلقيح الاصطناعي 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 الاصطناعي على الأزواج فقط، شأنه في ذلك شأن المشرع النرويجي في المادة 04 من القانون المنظم للإنجاب الاصطناعي، بنصه على أن التخصيب الاصطناعي الذي يتم خارج الرحم، يبقى مقصورا على النساء المتزوجات وحدهن[2].

لكن تبقى التقنية الأكثر إثارة للإشكاليات والاختلافات هي مسألة الأم البديلة. وفي هذا السياق وجد على مستوى الاتحاد الأوروبي جمعية من الخبراء، يبحثون حول تطورات

[1] - المادة 152 تعاقب الوسيط بالحبس لمدة تصل إلى05 سنوات و غرامة مالية تصل إلى 500 ألف فرنك فرنسي، و مخالفة نص المادة 5/673 من قانون الصحة العمومية، تعرض مرتكبها للحبس لمدة تصل إلى سنتين و غرامة قدرها 200 ألف فرنك فرنسي طبقا لأحكام المادة 16/675 من قانون الصحة العمومية.

[2] - العربي عبد القادر شحط، المرجع السابق، ص246.

العلوم الطبية والاكتشافات الحديثة، وقد حضّرت مشروع توصية في:1987/5/21 محتواه، أن كرامة المرأة تفرض على أنه لا يمكن أن يكون جسمها أداة لحساب و فائدة الغير. كما نصت على أنه " *لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن يستعمل تقنيات الإنجاب الاصطناعي، لأجل حمل الطفل من طرف الأم بالإنابة*".

وفي بريطانيا جاء المشرع بنص، يقضى بمعاقبة الوسيط أو الوكالات المختصة بالبحث والتفاوض وإبرام العقود الخاصة بالأمهات بالإنابة، وهو نفس الموقف الذي وقفه المشرع الألماني[1].

وإذا كانت هذه الوسيلة في التلقيح الاصطناعي تأخذ هذا الحكم في فرنسا على غرار العديد من الدول الأوربية والعربية، فإن هناك تشريعات أخرى تجيز استعمال هذا الأسلوب، كما هي الحال

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

المطلب الثّاني: موقف المشرّع الجزائري من التّلقيح الاصطناعي.

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب، بالتعديل الحاصل في2005/2/27 بموجب الأمر رقم 02/05، المتضمن تعديل قانون الأسرة، والذي أحدث قفزة ونوعية في موقف مشرعنا مقارنة بما كان عليه، لذا سأتطرق لموقف المشرع الجزائري قبل التعديل في الفرع الأول من هذا المطلب، ثم موقفه بعد التعديل في الفرع الثاني.

[1] - العوفي لامية، "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة"، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2008، ص23.

الفرع الأوّل: موقف المشرّع الجزائري قبل صدور الأمر رقم 05-02.

لم يتصد المشرع الجزائري لعملية التلقيح الاصطناعي وصوره المختلفة، بنصوص تشريعية صريحة أو قواعد تنظيمية لها. وبما أن مسألة التلقيح الاصطناعي تخص إنجاب الأولاد، فهو وثيق الصلة بمسألة النسب، وبالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة للنسب في قانون الأسرة الجزائري، نجد المادة 40 التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: *"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"*. ونصت المادة 41 من نفس القانون على أنه: *"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم 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 النظام الاجتماعي في الجزائر طبقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة[1]. بل ولم يقصر ثبوت النسب بالزواج الصحيح فقط، وإنما نص على إمكانية ثبوته على أساس نكاح الشبهة، وكل زواج تم فسخه بعد الدخول لأي سبب من الأسباب المقررة شرعا وقانونا. في حين ومن جهة أخرى خص ثبوت النسب من جهة الأبوة بنص المادة 41، واضعا ثلاثة شروط له هي كالتالي:

أن يكون الزّواج شرعيا: ويقصد بهذا الشرط أن يكون الزواج مكتمل الشروط والأركان المقررة بنص المادة 9 من قانون الأسرة، ومن ثم فهو يعد صحيحا. ويترتب على ذلك أنه إذا وضعت الأم (الزوجة) مولودها في الأجل الذي حدده القانون، فإن نسبه يلحق بزوجها تلقائيا، أي بوالده، وذلك من دون الحاجة إلى الاعتراف أو البينة على هذا النسب، وهذا أخذا بالمبدأ الوارد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: *"الولد للفراش و للعاهر الحجر"*،

[1] - تنص المادة 04 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري: "الزواج... من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

فبالزواج أصبحت الزوجة فرشا لزوجها دون غيره من الرجال، و يحرم عليها تمكين غيره منها، وبالتالي يفترض إن كل حمل تحمله الزوجة يكون من زوجها.

ونتساءل نحن بدورنا عن مدى شرعية الزواج العرفي. فنقول أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي، كلما 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 طريق 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.

1- **إمكانية الاتّصال الجنسي بين الزّوجين**: وهو الشرط الذي يتعين توافره بعد إبرام عقد الزواج. و نشير 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 بالغا أو مراهقا، خاليا من كل ما من شأنه الحيلولة دون الإنجاب. فإن كان صغيرا أو عقيما أو مصابا 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 لهذا الشرط، لأنه حدد أهلية الزواج من خلال المادة 07 من قانون الأسرة لكل من الرجل بـ21 سنة و المرأة بـ18 سنة وإن كان في نفس المادة قد اشترط استصدار إذن من رئيس المحكمة، إذا ما رغبوا بالزواج وكانوا لم يبلغوا بعد سن الرشد القانوني. وهو أمر جوازي متروك للقاضي، ويخضع لسلطته التقديرية. غير أنه لم نصادف ولا حالة واحدة رخص فيها بالزواج، لصبي في العاشرة من عمره أو حتى 15 سنة. فبالنسبة إذن لشرط إمكانية الاتصال، فمؤداه أنه لا يكفي وجود عقد زواج شرعي، إذ لابد من وجود دخول و اتصال جنسي، وإذا استحال هذا الأخير، فإن نسب الولد لا يلحق أبيه. 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 امرأة وطلقها في مجلس العقد، ثم أتت بولد بعد ستة أشهر أو أكثر فلا يثبت نسب المولود منه. وإذا تم العقد بين زوجين غائبين بالوكالة، ووضعت الزوجة خلال الفترة المقررة قانونا، فإنه يثبت نسب المولود للزوج، إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، بأن كانا يتلاقيان. أما إذا استحال تلاقيهما كون كل واحد في بلد ولم يسافر أحدهما للآخر أبدا، فإن نسب الولد لا يلحق بالزوج، وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة، و هذا على خلاف أنصار المذهب الحنفي، اللذين قالوا أن مجرد الفراش أي العقد، يكفي لإلحاق النسب بصاحب الفراش ولو لم يعقب الزواج دخول بالزوجة، وهذا رغبة منهم في حماية الولد من الضياع، و ستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء.

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 بها[1].

2- **عدم نفي النّسب بالطّرق المشروعة:** إن وجود الزواج الشرعي وإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين، لا يكفيان لثبوت النسب. بل يجب ألاّ يكون الزوج قد لجأ إلى الطرق المقررة شرعا و قانونا لنفي هذا النسب.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري، فإننا لا نجد في مجال نفي النسب نصا صريحا بالوسائل المتاحة لهذا الغرض، إلا نص المادة 138 منه، التي نصت على اللعان كسبب أو مانع من موانع الإرث، الأمر الذي نستنتج من خلاله أن المشرع اعتد باللعان كطريق لنفي النسب. وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا، عندما اعتبرته الوسيلة الوحيدة لنفي

[1] - العوفي لامية، المرجع السابق، ص 24.

النسب. و هذا الموقف أنكره عليها رجال القانون، على أساس أن المادة 41 نصت على شروط ثبوت النسب، [1]وهي ضرورة وجود زواج شرعي، إمكانية الاتصال بين الزوجين وعدم نفيه بالطرق المشروعة،وهي شروط مرتبطة ومكملة لبعضها البعض، وعليه فإنه إذا تخلف شرط منها يترتب عليه عدم ثبوت النسب، إعمالا لمفهوم المخالفة. كما أخذوا على المحكمة العليا التناقض في قراراتها و مواقفها. فمن جهة ترفض إثبات النسب في حالة انتفاء أحد شروط المادتين 41 و42 من قانون الأسرة لكن بالمقابل ترفض نفي النسب عندما تتخلف إحدى هذه الشروط المذكورة، على أساس أن الولد لم يتم نفيه باللعان.

وبالنسبة للطرق العلمية الحديثة المعمول بها في هذا المجال، وهي فحص الدم وفحص الحمض النووي، فإن المشرع سكت عنها و لم يتطرق لها إطلاقا. وقد اعتبرت المحكمة العليا هذا السكوت بمثابة رفض، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/6/15 ملف رقم 222674 والذي جاء فيه: *"..... ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا للأحكام 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 يجيزونها لإثبات النسب وليس لنفيه، لأن النص القرآني فصل في ذلك باللعان.

وفي إطار تطبيق نفس المادة، فإنه في مجال التلقيح الاصطناعي، يمكن القول أن مشرعنا قبل تعديله لقانون الأسرة، لم يمنع صراحة اللجوء إلى هذا التلقيح، مما يفيد أنه أجاز ذلك ضمنيا باعتبار أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في الأمر، واستقروا على إباحة استعمال أسلوب

[1] المادة 41 نصت على شروط ثبوت النسب.

الإنجاب الاصطناعي 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، و كذا توافر رضا كل طرف منهما، وذلك في الحالات التي سبق الإشارة إليها في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة، مادام ذلك لا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تعتمدها الشريعة الإسلامية. وما يبرر ذلك، هو الحالات التطبيقية التي عرفها هذا النظام في الجزائر، ونستشهد في ذلك بأول عملية تلقيح خارج الرحم، التي أجريت في الجزائر بعيادة الفارابي بولاية عنابة، في بداية شهر أوت من سنة 1999[1].

الفرع الثّاني: موقف المشرّع الجزائري بعد صدور الأمر رقم 05-02.

لقد تطرقنا في الفرع السابق، إلى أن المشرع الجزائري أورد عبارة " *أمكن الاتصال*" في المادة41 من قانون الأسرة. وقد فسرها بعض رجال القانون على كون المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي، في حين أن المشرع أتى بها كطريقة من طرق إلحاق نسب الولد بأبيه، وهي لا تنفي وجود وسائل أخرى. فالوسائل الحديثة للحمل وبعض الفقه الإسلامي المعاصر كما رأينا لا يشترطان ضرورة الاتصال الجنسي، حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه. فالعبرة هي بحمل المرأة من مني زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل، والذي على أساسه أبيحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي، الذي أجازه المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، المستحدثة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ 2005/02/27[2]، ووضع لها إطار قانوني وضوابط تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.

و في إطار دراسة هذه المادة، نستطيع تقسيمها إلى ثلاث فقرات، فقرة تتضمن حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فقرة تتناول شروط إجراء هذه العملية و اللجوء إليها، وفقرة نص فيها على الممنوع عند اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

[1] - العربي عبد القادر شحط، "، المرجع السابق، ص276.

[2] - "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

أ- حكم اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي: لقد ورد بشأن هذه المسالة في المادة 45 مكرر الفقرة الأولى العبارة التالية: " *يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي*[1]"، وما يمكن فهمه منها هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة الجزائري، المستمد لأحكامه من الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو مباح. لكن بالاطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول

التي أخذت به، فإن هذه الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات مثل: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية و محاولة العلاج؟، أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب، سواء وجد عند الزوج أو الزوجة، يمنع من تلاقي البويضات والحيوانات المنوية؟. وهل يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب، والاتفاق مع الطبيب؟، أم لابد من إجراءات تتبع في ذلك، كضرورة المرور على لجنة طبية، الأمر الذي سيضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم، كما في حالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماما؟، لاسيما وأنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجه، وهي حصول الحمل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية، فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها. فنجد القانون الفرنسي كما تطرقنا إليه سابقا، نص صراحة على أن المساعدة الطبية- التلقيح الاصطناعي- تهدف أساسا إلى معالجة العقم الثابت طبيا، وبالتالي فهو يشترط صفة العقم في أحد أو كلا الزوجين، وتقديم طلب المساعدة الطبية، ليفصل فيها الأطباء الذين لهم إما رفضه، أو قبوله بعد التشخيص الطبي للمرض.

[1] المادة 45 مكرر الفقرة الأولى العبارة التالية: " *يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.*

ب- شروط اللّجوء إلى عمليّة التّلقيح الاصطناعي: نصت على هذه الشروط المادة 45 مكرر، وهي ثلاثة تتمثل فيما يلي:

الشّرط الأوّل: أن يكون الزّواج شرعيا.

ومعناه أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح، مرتبطين بعقد زواج شرعي، يعطي للعملية أساسها القانوني. فهنا أيضا لم يحدد المشرع الجزائري ما هو المقصود بأن يكون الزواج شرعيا. هل يقصد به أن يكون الزواج صحيحا، رسميا أو حتى عرفيا؟. فباستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 22 منه، نجد أن الزواج الشرعي هو الزواج المسجل بالحالة المدنية، والذي يثبت بمستخرج منها، لكن وإلى جانبه،[1] يعترف أيضا بالزواج العرفي عندما يكون مكتمل الأركان والشروط، والذي لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي، صادر عن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هو هل يمكن للزوجين المتزوجين عرفيا، اللجوء مباشرة للتلقيح الاصطناعي، والاكتفاء بحضور أولياء الزوجين والشهود الذين حضروا الزواج؟، أم لا بد من تقديم الحكم المثبت لزواجهما العرفي؟ تلك هي التساؤلات و الإشكالات التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري.

الشّرط الثّاني: أن يكون التّلقيح برضا من الزّوجين وأثناء حياتهما.

أ- أن يكون التّلقيح برضا الزّوجين: يظهر هذا الشرط مبهما، ويبقى الهدف من ورائه غامضا في ظل الشرط الثالث الذي سنتطرق إليه لاحقا. فالمنطق يفرض اتفاق ورضا الزوجين على إجرائه. لكن ماذا لو حدثت حالة شاذة كتلقيح الزوجة في غياب إرادتها؟، كأن يتم تلقيح الزوجة بماء زوجها في غياب رضاها، أوكأن تلقح بماء رجل أجنبي عنها. ففي كلتا الحالتين لم يرتب المشرع صراحة الأثر على ذلك. كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها، وهنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها. لكن وبما أن المشرع اشترط أن

[1] المادة 22 ،من قانون الأسرة الجزائري.

يكون التلقيح ببويضة الزوجة ومني الزوج دون غيرهما، فما المقصود إذن بشرط رضا الزوجين؟.

وأحيانا ورغم توافر شرط رضا الزوجين بل وإصرارهما على ذلك، فقد لا يسمح لهما بإجراء التلقيح، وهو الأمر الذي ناقشه رجال القانون. وتتعلق المسألة بإمكانية إجراء التلقيح في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، لمدة طويلة مدى الحياة، أو أن يكون محكوم عليه بالإعدام. فالبعض من هؤلاء لا يمانع من إجرائه في هذه الحالة، على أساس أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه، والتي منها حقه في الإنجاب وإلا فإن العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات،[1] لاسيما وأن طول مدة العقوبة، أمر يحتمل معه فقدان المحكوم عليه هو أو زوجته، القدرة الطبيعية على الإنجاب الذي هو من الحقوق الشخصية، التي نصت عليه المواثيق الدولية بعد الدساتير والقوانين.

أمّا الفئة الأخرى من الفقهاء، فيرون أن الحكم الجنائي الصادر في حق الزوج أو الزوجة يكون دليلا على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم، حيث يعين قيما عليه. و لكن لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يمتد فقد الأهلية إلى جميع الحقوق الشخصية، سيما وأن التلقيح الاصطناعي استثناء، فلا يجوز التوسع فيه، إلا بقدر ما إذا ظهر مانع طبي.

ووجدت فئة أخرى تستند إلى إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي، في حالة وجود الزوج أو الزوجة في السجن، طالما أن هناك من القوانين ما يسمح للسجين الاختلاء بزوجته، كما هو الحال في الأرجنتين والسعودية، فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي، خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة.

ب- أن يتم التّلقيح أثناء حياتهما: نرى أن هذا الشرط جاء سابقا لأوانه في الجزائر، وإن كنا لا ننكر على المشرع حيطته وحذره. لأن خلفية هذا الشرط كما عرفنا سابقا، هو وجود ما يعرف ببنوك المني، الموجودة على مستوى الدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية،

[1] المادة 22 من القانون الجزائري.

والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته، وهذا أمر يثير إشكالات في النسب والميراث عندنا

لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث.

وبما أن المشرع الجزائري اشترط قيام الزوجية أثناء التلقيح من جهة، ونص على الوفاة كطريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية من جهة أخرى، فما الغرض من إعادة النص واشتراط أن يتم التلقيح أثناء الحياة. وفرضا أنه أخذنا بهذا الشرط، فإننا نرى . و حسب رأينا المتواضع . أنه كان على مشرعنا اشتراط التلقيح أثناء قيام العلاقة الزوجية، ليستبعد بذلك التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية سواء بالوفاة أو بالطلاق.

الشّرط الثّالث: أن يتم بمني الزّوج وبويضة رحم الزّوجة دون غيرهما.

لقد سبق التطرق إلى هذا الشرط عند حديثنا عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية. وقلنا أن التلقيح الاصطناعي هو الحل، عندما يكون الزوج والزوجة قادرين على الإنجاب، أي أن تكون هناك بويضات وحيوانات منوية، ولكن رغم ذلك نكون أمام استحالة حدوث التلاقي و الإخصاب عن طريق الاتصال الجنسي، نظرا لوجود عيب في الزوج أو الزوجة، مما يجعل الأمر في حاجة ماسة إلى المساعدة الطبية.

وبتطبيق هذا الشرط أيضا، فإننا نجد أن الأساليب المعترف بها من مشرعنا هي:

الصورة الأولى من التلقيح الداخلي، وهي أخذ مني الزوج وحقنه مباشرة في الموضع المناسب له من رحم الزوجة.

الصورة الثانية من التلقيح الخارجي، وهي أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختبار (طبق بتري)، وإعادة اللقيحة بعد ذلك إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة.

ج- الموانع عند اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي: تنص المادة 45 مكرر[1] الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على: *"لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".*

[1] المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على: *"لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".*

فهذا المنع هو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة. لأن الاكتفاء بالشروط السابقة، يفهم منه فقط أن يكون الزوجين هما مصدري البذرتين، ولا يهم أين تزرع اللقيحة بعدها، وهذا مالا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي، أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجرائه، وفي الفقرة الأخيرة أورد حكما لبعض أساليب التلقيح، الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منع اللجوء إلى الأم البديلة ولم يستثن صورة أخرى من التلقيح الخارجي، وهي زرع اللقيحة في رحم زوجة ثانية ليست صاحبة البويضة، رغم أن بعض أعضاء مجلس المجمع الفقهي الإسلامي وجل فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوها شرعا

خلاصة الفصل:

حسب رأينا المتواضع، فإن المشرع الجزائري وإدراكا منه لصعوبة تجسيد عملية التلقيح الاصطناعي في هذه الصورة، وللمخاطر والشكوك التي يمكن أن تشوب نسب الطفل، من حيث أمه على النحو الذي ذكرناه آنفا، لم يقر بهذه الصورة واضعا إياها في حكم الأم البديلة.

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.

و أوضحت أن وسائل الإنجاب الاصطناعي المختلفة تقتضي . إلى جانب الزوجين . حضور طرف ثالث يتمثل في الطبيب المعالج الذي أصب 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.

و بتعدد 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 و اختلفت 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، و لا بشيء يدخل في دائرة التعامل. بل الأمر يتعلق بأحد إفرازات الجسم الإنساني، و الذي يكتسي طبيعة خاصة تستلزم إحاطته بنظام قانوني خاص. و عليه تناولت في موضوعي هذا تقنيات التلقيح الاصطناعي المختلفة، سواء تعلق الأمر بتلك الوسائل التي تهدف لمعالجة 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 تنجو من الانتقادات الدينية و الفقهية.

و فيما يخص وسائل علاج ضعف خصوبة أو عقم الزوجة، فقد ركزت على نوعين من وسائل الإنجاب الاصطناعي و هما: الإخصاب خارج الرحم، و الحمل لصالح الغير، متعرضا في ذلك لوقف 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

و حقنها في رحم زوجته نفسها، و لا 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 الوسيلتين فإن أي أسلوب آخر يبقى مرفوضا شرعا، و ذلك خشية حدوث تداخل و اختلاط في الأنساب.

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

ففيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، فقد تعرضت 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، موضحا موقف مشرعنا من التلقيح الاصطناعي قبل تعديله لقانون الأسرة و بعد التعديل، أين أجاز صراحة إمكانية الاستعانة بهذا النظام متى توافرت الشروط المنصوص عليها في نفس القانون.

إنه و نظرا لانتشار نظام الإنجاب الاصطناعي، 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 الاصطناعي 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 الاصطناعي، و حصر كل النشاطات الطبية و البيولوجية المتعلقة بإجراء عمليات التلقيح بمراكز متخصصة، تنظم نشاطاتها بنصوص قانونية تحدد عمليات الإنجاب الاصطناعي المسموح باستعمالها.

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

. وضع نصوص لتجريم كل عملية تلقيح اصطناعي 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 الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين.

. أنه و في إطار البحث العلمي الذي تسعى الدولة الجزائرية دوما إلى تحقيقه، يجب إخضاع التجارب العلمية و العلاجية المتعلقة بالبويضات المخصبة لضوابط و لشروط دقيقة مع قصر الاستفادة منها على الزوجين اللذين يعانيان فعلا 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 لشرط الموافقة المسبقة للجنة الطبية المختصة.

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

* الكتب باللغة العربية:

1. محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، الدار السعودية للطبع و النشـر و التوزيع، جده، 1991.
2. إبراهيم القطان: "الإنجاب في الإسلام"، الطبعة الثانية، 1991.
3. إسحاق إبراهيم منصور: "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2 ، 1982.
4. توفيق حسن فرج: "التنظيم القانوني لطفل الأنابيب"، الجمعية المصرية للطب و القانون ندوة طفل الأنبوب، الإسكندرية، 1985.
5. رضا عبد الحليم عبد المجيد: "النظام القانوني للإنجاب الصناعي"، دار النهضة العربية 1996.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1989.
7. عبد الرزاق سوكة: "أسباب العقم"، الجمعية المصرية للطب و القانون، ط 1988، القاهرة.
8. عبد الرشيد مأمون: "عقد العلاج بين النظرية و التطبيق"، دار النهضة العربية، 1986.

عبد العزيز الخياط: "حكم العقم في الإسلام"، وزارة الأوقاف بالأردن، عمان 1981.

9. محمد المكي الناصري: "موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب"، مجلة الأكاديمية الملكية، المغرب، 1986.
10. محمد فاروق النبهان: "الضوابط الفقهية للإنجاب المشروع في الشريعة

الإسلامية" مجلة الأكاديمية الملكية، المغرب، 1986.

11. محمود نجيب مصطفى: "مشروع قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية 1988.

-"شرح قانون العقوبات الجزائري"،(جنائي خاص) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.

12. الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: "أحكام الشريعة في بعض المسائل الطبية"، مطبوعات المركز الدولي للدراسات و البحوث السكانية في العالم، الأزهر، 1991.

*** النصوص التشريعية:**

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل و المتمم.

3- التقنين المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

4- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

5- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

المذكرات والرسائل:

1. العربي عبد القادر شحط: "الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي"، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2001

2-العوفي لامية: "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة" مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا لقضاء، الجزائر، 2008.

3. محمد المكي الناصري: "موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب"، مجلة الأكاديمية الملكية، المغرب، 1986.

الفهرس

الإهداء

الشكر

مقدمـة.....**01**

الفصــل الأوّل: التّقنيات المختلفة للإنجاب الاصطناعي وطبيعتها القانونية. 04

المبحـث الأوّل: تعدد تقنيات الإنجاب الاصطناعي 06

المطلب الأوّل: أساليب الإنجاب الاصطناعي لمعالجة ضعف خصوبة الزّوج و عقمه.....07

الفرع الأوّل: التلقيح الاصطناعي بنطفة الزّوج I.A.C) 07

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزّوج وإشكالاته القانونية **14**

المطلب الثّاني: طرق الإنجاب الاصطناعي لعلاج ضعف خصوبة الزّوجة و عقمها 19

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي خارج الرّحم(أطفال الأنابيب). 20

الفرع الثّاني: الحمل لصالح الغير.....27

المبحـث الثّاني: الطّبيعة القانونيّة للعلاقات النّاشئة عن استخدام وسائل التّلقيح الاصطناعي.....33

المطلب الأوّل: طبيعة العلاقة الطّبية. **الفرع الأوّل**: طبيعة العلاقة مع مركز حفظ و دراسة السّائل المنوي33

الفرع الأوّل: طبيعة العلاقة مع مركز حفظ و دراسة السّائل المنوي.....**33**

الفرع الثّاني: طبيعة العلاقة مع الطّبيب الممارس لعملية التّلقيح الاصطناعي.....36

المطلب الثّاني: طبيعة العلاقة العقدية غير الطّبية. 38

الفرع الأوّل: طبيعة علاقة الأم الحامل بالإنابة مع الزّوجين الرّاغبين في الإنجاب.....39

الفصــل الثّاني: الإنجاب الاصطناعي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.....45

المبحـث الأوّل: موقف الفقه الإسلامي من نظام الإنجاب الاصطناعي.....45

المطلب الأوّل: مدى شرعية وسائل الإنجاب الاصطناعي.....45

الفرع الأوّل: حالات الإنجاب الاصطناعي المتّفق على شرعيتها.....46

الفرع الثّاني: حالات الإنجاب الاصطناعي غير المباحة شرعا.....48

المطلب الثّاني: بعض حالات الإنجاب الاصطناعي بين الأخذ و الرد.....49

المبحـث الثّاني: موقف القانون من نظام الإنجاب الاصطناعي. 50

المطلب الأوّل: الإنجاب الاصطناعي في التّشريع المقارن.....52

الفرع الأوّل: الأحكام القانونية للتّلقيح الاصطناعي في التّشريع الفرنسي.....52

الفرع الثاني: التّلقيح الاصطناعي في ظلّ بعض التّشريعات الأخرى.....55

المطلب الثّاني: موقف المشرّع الجزائري من التّلقيح الاصطناع.....56

الفرع الأوّل: موقف المشرّع الجزائري قبل صدور الأمر رقم 05-02.....57

الفرع الثّاني: موقف المشرّع الجزائري بعد صدور الأمر رقم 05-02.....58

خاتمة 70

قائمة المراجع.....74

مـلخص مذكرة الماستر

ويعد الإنجاب أهم غاية مشروعة يهدف إليها عقد الزواج، وتتطلع 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.

الكلمات المفتاحية:

/1 الانجاب ./2 السلطة / 4/ الإجراءات 5/ التأديبية 6/العقوبات

Abstract of The master thesis

most important legitimate goal aimed at the marriage contract and the human soul aspires to. However, this may be encountered by pathological obstacles that prevent this result, which are mainly due to either the complete sterility of one of the spouses, or a biological defect that would cause poor fertility in one of them. Knowing that infertility has become a common denominator between the spouses, as it is contrary to what was previously believed in holding the wife alone responsible for not having children, modern medicine has revealed that both spouses bear a role in this. Modern medical science has dealt with treating cases of infertility and proposing alternative solutions to infertility, using methods that some of them are in line with the rules of religion and morals, and with the legal texts in force, and others contradict them for violating the principles and rules of public order