الجمهورية الجزائريــة الديمقـراطية الشعبيــة

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي – سعيدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الوسائل الطبية للإنجاب

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالب: **تحت إشراف**

الأستاذة:

تاهونز نور الدين **خاطر خيرة**

لجنة المناقشة

الأستاذة: د. هيشور أحمد .....رئيسا

الأستاذة: أ. خاطر خيرة.....مشرفا ومقررا

الأستاذة: د. قوادري مختار.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

التشكرات

أحمد الله حمدا كثيرا وأشكره أن وّفقني لإتمام هذا البحث، فله الحمد في الآخرة والأولى،وأسأله تعالى أن يبارك لي في طريق العلم والفضيلة.

كما أتوجه بعظيم شكري وتقديري إلى أستاذتي **خيرة خاطر** التي قامت بالإشراف على البحث، فلها عظيم الامتنان وجزاها الله عّني كل خير، والشكر موصول إلى أستاذة المشروع الدكتورة: **منادي مليكة** وكذا أعضاء لجنة المناقشة الموّقرة على تحملهم عناء تصّفح البحث وإثراءه، فلهم عظيم التوقير والشكر وجزاهم الله خير الجزاء.ولا يفوتني أن أتقدم بأصدق عبارات الوفاء للأستاذ **هيشور أحمد.**

وإلى كل من ساهم من قريب ومن بعيد في إتمام هذا البحث المتواضع وأخص بالذكر

مدير مدرسة : مسعودي أحمد بعين الحديد السيد تاهونزة لطفي الذي كان سنده ماديا ومعنويا ، كما لا أنسى كل من الأساتذة عبد الجبار أحمد ودواش عبد الرحمان الذين تركوا بصمة في هذا البحث .

مقدمـــــة

يعتبر الزواج أقدس وأنبل الروابط التي يمكن أن تنشأ بين رجل و امرأة و لقد أحاط الإسلام هذه الرابطة بعناية و جعلها ميثاقا غليظا لقوله تعالى ﴿و كيف تأخذونه قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذنا منكم ميثاقا غليظا ﴾ سورة النساء الآية21 ،علاقة قدسية بين الزوجين من أجل تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و إحصان النفس و المحافظة على الأنساب، ولعل أسمى الغايات التي يهدف إليها الزواج هي النسل لأن حاجة الإنسان إلى إنجاب ذرية تعتبر ضرورة فطريـــة ، ليتواصل به الأجيال و تعمر به

الأرض ، و تتكاثر به الأمة لقوله صلى الله عليه و سلم : " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة "[1].

غير أن هذه الغاية قد لا تحقق نتيجة لعوائق مرضية تحول دون ذلك ،ترجع أساسا إما إلى العقم التام لأحد الزوجين ،أو إلى خلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة ، دون تحميل أي طرف مسؤولية عدم الإنجاب ، لأن الطب الحديث كشف أن كلا الزوجين معرض لداء العقم لخلل في الجهاز التناسلي لأسباب مرضية أو وراثية أو لعوامل نفسية.

انطلاقا مما تقدم نجد أن هناك أسبابا عديدة تحول دون غرض الحمل،فمنها ما هو عائد إلى الزوجة و منها ما هو عائد إلى الزوج ومنها ما هو متعلق بهما معا ، وهذا ما دفع بالأطباء والأخصائيون في البحث لإيجاد العلاج لحالات العقم المختلفة، واقتراح حلول بديلة في الإنجاب في حال عدم القدرة على ذلك بالولادة الطبيعية .

و في ظل الثورة العلمية التي شهدتها علوم البيولوجيا بصفة عامة ، و علوم الأجنة بصفة خاصة ، توصل العلم إلى الكشف عن وسيلة حديثة تصدت لمشكلة العقم و هي تقنية التلقيح الاصطناعي كبديل للتلقيح الطبيعي ، و هي طريقة يتم فيها الإخصاب و الإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل و المرأة أي بغير جماع [2].

و لقد حاول الطب في بداية الأمر أن يحدث الإخصاب بين مني الزوج و بويضة رحم الزوجة بالأسلوب الصناعي ، حيث تأخذ النطفة الذكرية و تحقن مباشرة في رحم المرأة ليتم بعدها العلوق في جدار الرحم، فيتشكل الجنين و ينموا طبيعيا ، و هذه الطريقة شهدت نجاحا كبيرا و إقبالا كثيفا من الفئة غير القادرة على الإنجـــــاب ، كما أن هذه التقنية ساعدت بالقضاء على حالات العقم ، و مع تطور العلم تطورت معه هذه الوسيلة ، إذ بعد ما كانت البويضة تلقح داخل الرحم ، أصبح التلقيح خارجيا أي يأخذ الحيوان المنوي و يلقح بالبويضة خارجيا في أنبوب اختبار ثم يعاد زرعه داخل رحم

[1]- أحمد بن حنبل ، المسند، شرح وفهرسة أحمد محمد شاكر،(ط ، بلا) ، مصر ، دار المعارف،1955،ص 278،

[2] تشوار حميدو زكية ، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، م,ج ، ع، ق،إ، س ، 2003 ، ع01، ص26.

المرأة ، لكن هذه الصورة بالرغم من فوائدها الجمة ، إلا أنها فتحت المجال للتلاعب بالنطف و البويضات مسببة بذلك اختلاط الأنساب ، و ظهر على إثره أسلوب جديد يمسى التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة ، أي يعتمد على هذه العملية على شخص ثالث أجنبي على الزوجين يسمى المتبرع ، أن يتبرع إما بالخلية الجنسية أو بالرحم أو بكلاهما[1] .

و ما زاد الأمر تعقيدا ، توصل العلماء إلى إمكانية تجميد السائل المنوي و البيضات المخصبة ، فهذه التقنية ساعدت في ظهور ما يسمى بالبنوك المنويــة ، فبرز مع ظهورها مسائل أخرى تتمثل بالتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج الذي آثار التساؤل حول ما إذا كان بالإمكان إجراء هذا النوع من التلقيح في ظل التباين الذي أثاره الفقه في هذا الصدد و بغض النظر عن ايجابيات الإخصاب الاصطناعي و سلبياته و ما يترتب عنه من ولاة الطفل ، وبالتالي أن هذا الأسلوب لا يطرح مشاكل فقط أثناء ممارسة العملية بل تتعداها إلى ما بعد ولادة الطفل

إشكالية البحث: مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

أهمية الدراسة : تظهر أهمية موضوع التلقيح الاصطناعي في الآتي:

- ظهور عدة مستجدات طبية وقضايا قانونية متشعبة.
- إن عمليات التلقيح الاصطناعي أثارت ولا تزال تثير مشاكل شرعية وقانونية واجتماعية بخصوص طرق الإنجاب، زراعة الأجنة في الأرحام، وإثبات النسب.
- اعتناء كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالعنصر البشري في كافة أطوار حياته ابتداء من مرحلة البويضة الملقحة باعتبارها أول مراحل الحياة.

دعوات المختصين من الأطباء ورجال القانون إلى تقنين وتنظيم الممارسات الطبية الحديثة في ظل قلة النصوص التشريعية في الجزائر.

[1] حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، بدون دار النشر ، القاهرة ، 2006، ص124

صعوبات ومشاكل: في ظل قلة الدراسات والبحوث القانونية في مجال التلقيح الاصطناعي ، قد وجدت صعوبة في اقتناء مراجع وكتب تساعد في هذا العمل المتواضع، خاصة الكتب المتعلقة بالدراسة المقارنة،والكتب باللغة الأجنبية مترجمة إلى العربية التي اهتمت بتقنية التلقيح الاصطناعي ، و كذلك عامل الوقت الذي كان بالفعل عائق لإتمام هذا العمل على أكمل وجه .

منهجية البحث : يعتمد البحث على المنهج المقارن في اغلب عناصره ، و ذلك بمقارنة التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي بالقانون الفرنسي قصد تحديد أوجه الوفاق و الاختلاف بينهما ، و كذا بيان مواطن القوة و الضعف في التشريع القانون الجزائري ، كما يقتضي البحث توضيح الطرق العلمية و الطبية لصور الإخصاب الاصطناعي ، و مدعما بالآراء الفقهية و الأحكام القضائية .

تقسيم البحث: تم تقسيم الدراسة إلى فصلين ، فخصص الفصل الأول للوجه المشرع لصور التلقيح الاصطناعي واستيضاح موقف التشريعين الجزائري و الفرنسي منه .

أما الفصل الثاني فيتناول دراسة عدم مشروعية بعض صور التلقيح الاصطناعي ، خاصة فيما يخص بتدخل الطرف الثالث في الإخصاب وما يعرف بمصطلح الأم البديلة ، كذالك تحديد مسؤولية كل طرف عبر عقد تأجير الأرحام و يختتم البحث بخاتمة تتضمن بعض التوصيات في هذا الصدد.

أسأل الله العلي القدير التوفيق و السداد و الرشاد انه نعم المولى و نعم النصير.

المبحث التمهيدي

ماهية العقم

لقد شرع الإسلام القواعد الخاصة ببقاء النوع الإنساني ومراعاة النفس من جانب الوجود ، وذلك عن طريق التوالد والتناسل بالوسيلة الشرعية ، لكن قد تظهر هناك عقبات تحول دون تحقيق الحمل بسبب العقم ، وقد أجمع الفقهاء على أن العقم لا يعدوا أن يكون مرضا يستوجب علاجه ، لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ تداووا فإن الله عز وجل لم ينزل داء إلاّ وأنزل له الدواء ﴾[1].

ويكون التّداوي بكل الوسائل المتاحة ،ومن خلال ما سبق ذكره سيتم التطرق إلى ماهية العقم (المطلب الأول) والأسباب المؤدية له (المطلب الثاني) .

[1] محمد علي البار،حديث نبوي،أخرجه الإمام مالك في الموطأ ،باب القضاء في المرفق ،ج2، سنة 1988، ص 119.

المطلب الأول: ماهية العقم

يعتبر العقم عائقا مباشرا لاستمرارية النسل،حيث تختلف أسبابه فقد تكون وراثية أو مرضية أو راجعة إلى أسباب نفسية ، لكن كلها تؤدي إلى عدم تحقيق عملية الإنجاب، و لتسليط الضوء على هذا المشكل سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نعرف من خلالهما العقم لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف العقم لغة.

باعتبار العقم من الأمراض المستعصية التي أرقت الإنسان على مر العصور حيث يشكل عائقا أمام التناسل البشري الذي هو من أسمى أهداف الزواج مما يرتب حتما آثارا نفسية و اجتماعية على الأفراد وعلى المجتمع ،حيث يؤدي عدم الإنجاب إلى تهديد الحياة الأسرية واستقرارها ، وكذلك نبذ المجتمع أحيانا لهذه الفئة التي هي غير مسؤولة عن هذا القدر ، وقد يمتد آثاره سلبا على مستقبل الدول ،وهذا ما نلمسه في المجتمعات الغربية التي تعرف عدم الإنجاب الإرادي،أي بما يعرف بتحديد النسل ، حيث نتج عنها خلل في التوازن البشري من خلال زيادة عدد المسنين ونقص حاد في الولادات مما يستدعي اللجوء إلى توطين الأجانب لتدارك النقص من أجل المساهمة في تطوير أوطانهم.

حيث يعرف **العقم لغة** ،أن أصل العقم ليس المانع من قبول الأثر ، يقال عقمت مفاصله وداء العقم لا يقبل البرء ، والعقيم من النساء التي لا تقبل ماء الفحل ، يقال عقمت المرأة التي لا تقبل الولد ،عقمت ، كفرح ونصر وكرم وامرأة عقيم [1]

﴿ فصكت وجهها وقالت عجوز عقيم ﴾ سورة الذاريات، الآية 29، والمرأة العقيمة التي لا تقبل الولد ولا تلد، جمعها عقائم وعقمُ (بضمتين) والرجل العقيم الذي لا يولد له ولد وجمعه عقماء وعقام، ويقال أيضا الدنيا عقيم، أي لا تلد لأصحابها خيرا، يوم القيامة عقيم ، لأنه لا يوم بعده ، وريح عقيم لا تلقح سحابا ولا شجر.

الفرع الثاني : تعريف العقم اصطلاحا.

حيث يعرف **اصطلاحا أن** العقم هو عدم القدرة على الحمل والإنجاب في زوجين قد يشتركان في السبب، أو أن يكون أحدهما السبب[2]، ويعرف بأنه الفشل في حدوث الحمل بين الزوجين بعد مضي سنتين من حياة مستقرة لا يتخللها فترات رضاعة طبيعية أو استخدام لوسائل منع الحمل[3]. وهناك عقم أولي من حيث القواعد العلمية ، أي أن الحالة لا تسمى عقما إلا بعد مرور سنة أو سنتين من الزواج، لكن إذا حدث بعد هذه الحالة حمل أو أكثر تسمى بالعقم الثانوي و تتميز بضعف الخصوبة ، يكون فيها احتمال الحصول على الحمل ، لكن بين فترات طويلة ومعقدة ، و أن زيادة الخصوبة عند أحد الزوجين قد تعوض ضعف الخصوبة عند الأخر في حالة عدم وجود عائق رئيسي في احدهما ، وهناك من يفرق بين العقم و حالة عدم الخصوبة ، فأما عدم الخصوبة فهي حالة عدم القدرة على الإنجاب التي يمكن علاجها طبيا بعد فترات معينة، أما العقم فهو الذي لا علاج له حتى الآن ،مثل الأمراض الخلقية والوراثية التي تصيب الجهاز التناسلي، كغياب الخصية أو عدم وجود مبيض[4] .... الخ.

---

[1]- الإمام مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز بادي ، القاموس المحيط دار الكتب العلمية للنشر ، لبنان، ج 3 ، ص 261.

[2] د علي الأمير ، مرشد حواء الصحي ، دار الهدى، عين مليلة ،سنة2000 ، ص 570.

[3] د حسيني هيكل ، النظام القانوني لإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، بدون دار النشر، سنة 2006، ص 129.

[4] طالبة بوحوص أسماء ، تأجير الأرحام ، مذكرة مجيستير ، جامعة معسكر ، سنة 2009 ، ص03 .

المطلب الثاني : أسباب العقم .

يوجد كثير من الأسباب قد تحول دون تحقيق عملية الانجاب بسبب العقم وهي تختلف حسب الجنس، لتوضيح أكثر سوف يقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : أسباب العقم عند الرجل .

تعتبر أسباب العقم عند الرجال عديدة ومتعددة، ولعل من أهم أسبابها هو الخلل في نقل الحيوانات المنوية بلعلة في الجهاز التناسلي عند الرجل، وثانيا القذف الإرتجافي،وكذلك انسداد البربخ و قنوات قذف المني، و غياب تدفق المني ، وثالثا الخلل في انتصاب الإلية التي يقصد بها عدم القدرة على انتصاب القضيب أثناء الجماع .

وهناك أسباب أخرى منها أسباب عصبية وتتمثل في إصابة الحبل الشوكي أثنـاء الحوادث وخلال العمـليات الجراحية بالحوض التي تشمل البروستـاتا، وكذا القولون الشرجي.

والأسباب الهرمونية تتمثل في زيادة الهرمون البرولاكتين و هو الهرمون المسؤول عن إفراز اللبن و تصلب الشرايين الناتج عن داء السكـري ارتفاع الضغط، الكولسترول، التدخين.

وكذلك يوجد هناك أسباب نفسية، وتتمثل في التوتر العصبي والاكتئاب وعدم قبول الأخر...[1]

الفرع الثاني : أسباب العقم عند المرأة .

أما فيما يخص الأسباب العقم عند النساء، فيتمثل أولا الخلل في عملية التبويض الذي يعد مؤشرا في عدم القدرة على الحمل لعدم نزول البويضة إلى الرحم ، وكذلك العقم الناتج عن ضيق المهبل حيث ينتج عنه عدم قدرة الرجل على عملية الجماع بشكل تام و بالتالي عدم وصول السائل المنوي داخل المهبل مما يؤثر على عدم الإنجاب ، و هذا الخلل ناتج عن أسباب خلقية أوعصبية أو نفسية.

1 اقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دارالهدى،عين مليلة،سنة 2010،ص15.

2 اقروفة زبيدة، نفس المرجع، ص16 .

والعقم الناتج عن التهاب الرحم سببه الرئيسي عدم النظافة في بعض مواضع من جسد و منها عنق الرحم مما يؤدي إلى التهابات داخل الرحم قد تؤدي أحيانا إلى سرطان الرحم، وثانيا انسداد قنوات فالوب، وهناك أسباب أخرى[1].... يمكن العودة إليها.

أما فيما يخص الأسباب الثانوية المؤدية لضعف الإخصاب حيث يعتبر السل سبب باعتباره مرض ناتج عن قلة الرعاية الطبية وهو ينتشر في البلدان الفقيرة، وكذلك الجماع أثناء الحيض باعتباره أذى يخرج من فرج المرأة أثناء الدورة الجنسية ، و قد حرم الله التقرب من المرأة الحائض حتى تطهر ، لما ينتج عنه من أمراض و منها ضعف الإخصاب ، ومنها أيضا تأخر سن الزواج خاصة عند النساء، لأن المرأة كلما تخطت سن الثلاثين ضعفت خصوبتها ، كما تعد ممارسة الرياضة العنيفة من بين أهم الأسباب ، بالإضافة إلى التعرض للأشعة[2].

[1] انظر حسيني هيكل ، كتاب النظام القانوني الايجابي الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية مرجع سابق. ص15 .

[2] د حسيني هيكل ، نفس المرجع ، ص 17.

الفصـل الأول

التلقيح الاصطناعي و مشروعيته في ضوء القانون الجزائري

يعتبر التلقيح الاصطناعي اكتشافا علميا مهما ووسيلة ناجعة في إيجاد حلول لأشخاص حرمهم العقم من التمتع بنعمة البنوة بإعتبارها زينة الحياة واستمرارية النسل ومقصد من مقاصد الشريعة ، وبالرغم من الفوائد التي اتاحتها هذا التقنية الا انها افرزت العديد من المشاكل قد تنعكس سلبا على المجتمع، مما دفع بالتشريع الى التدخل لإيجاد ضوابط لهذه التقنية.

وفي هذا الصدد نتساءل ماهي الشروط التي اوجبها المشرع الجزائري للجوء الى عملية التلقيح الاصطناعي؟

المبحث الأول

أسلوب التلقيح الاصطناعي وبنوك الاجنة

يلجأ في بعض الحالات علاج العقم الناتج عن علل تركيبية في جهاز التوالد، مثل انسداد قنوات فالوب، كما يستخدم الأطباء المضادات الحيوية لعلاج علة في جهاز التكاثر و يمكن العلاج بالهرمونات إلى القضاء على عدم أداء الغدد لوظائفها بصورة سليمة ، وكحل أخير عندما تنفذ كل الوسائل الإنجاب الطبيعية يتم اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي ، هذه الأخيرة أكدت نجاعتها في إيجاد حلول للإنجاب بالاتصال غير الجنسي بإذن الله، و تتضمن عملية الإخصاب صورتين.

الأولى تتمثل في التلقيح الاصطناعي الداخلي وأما الثانية تسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي (المطلب الأول) وهذه الصورة لا يكتمل دورها المنوط بها إلا بوجود مراكز تجميد الأجنة التي تلعب دورا محوريا في عملية الإخصاب الاصطناعي وهذا ما سيتم تناوله في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صور التلقيح الاصطناعي .

كما أسلفنا الذكر أن عملية التلقيح الاصطناعي تتم في صورتين ، أما الصورة الأولى فتتمثل في التلقيح الداخلي ، حيث يأخذ السائل المنوي للرجل ويحقن داخل رحم المرأة (الفرع الأول) و الصورة الثانية فتتمثل في تقنية التلقيح الخارجي حيث تلقح بويضة الزوجة بمني زوجها خارج الجسد، داخل أنبوب اختبار ويعاد ثانية إلى رحمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي .

يعتبر التلقيح الداخلي من أولى الأساليب اكتشافا في تقنية الإخصاب الصناعي و هو يستعمل غالبا عندما يكون الرجل غير قادرا على الإنجاب بسبب إصابته بالعقم أو لضعف في خصوبته، و تكون الزوجة سليمة الرحم قادرة على حمل الجنين، و يكون اللجوء إلى هذه الأسباب من التلقيح كبديل للإخصاب الطبيعي إذ تحقن الزوجة بالمني في بوق رحمها، و لتوضيح كيفية إجراء هذه العملية نود أولا التعريف بهذه التقنية و من ثم ذكر الأسباب الداعية لذلك.

حيث يعرف لغة أنه لقحت الناقة لقحا ولقاحا، وكذلك الشجرة ، و لقح الفحل الناقة و لقاحا أي قبلت اللقاح ، فهي لاقح من اللواقح و لقاح النخلة تلقيحا لقحا ، وريح السحاب"[1] و قوله تعالى: (وأرسلنا الرياح لواقح) سورة الحجر الآية 22.

لقد تنوعت التعريفات وتعددت حسب الدراسات التي أقامها الباحثون والمختصون في هذا المجال ، لكن هناك اتفاقا في المضمون يبدو جليا وفي هذا الصدد نأخذ بعض التعريفات حيث عرف اصطلاحا "هو إدخال السائل المنوي للرجل في المجاري التناسلية عند المرأة و لكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل بحقنة بطريقة اصطناعية و بهدف إحداث الحمل عند المرأة "[2] .

وعرفه حسيني إبراهيم أحمد " هو مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب وذلك

---

[1] الإمام مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز بادي، القاموس المحيط ذار الكتب العلمية للنشر ، لبنان، ج 3 ، ص 232.

[2] د أمير فرج يوسف ، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية ، مرجع سابق ، ص11.

لضرورة علاجية و بضوابط لا بد من توفرها[1] " كما عرفه الدكتور محمود المسلمي: " عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج على نحو تلتقي فيه هذه المادة مع بيضة الزوجة ، إذا كان هناك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي"[2]، ويفهم من مضمون هذه التعريفات أن العملية تتم بغير علاقة جنسية مباشرة حيث يتم أخذ الحيوان المنوي للرجل بإبرة وبعدها يتم حقن هذا السائل الذكري في رحم الزوجة بعدها تلتقي نطفة الزوج و بويضة الزوجة ويتم الإخصاب و من ثم تأخذ عملية النمو مراحلها في وضع طبيعي حتى يتم الوضع بإذن الله

وللملاحظة قد تكون نطفة الزوج التي استعملت في عملية التلقيح طازجة أو تكون مجمدة ، فإذا كانت طازجة يكون معدل نجاحها متوفر أعلى من الحالة الثانية و يتم الاستعانة بالمجمدة في حالة عدم نجاح عملية التلقيح الأولى[3] ، حيث تبلغ نسبة نجاح الإخصاب الداخلي 30% [4].

أما فيما يخص أسباب التلقيح الاصطناعي التي تؤدي إلى عملية التلقيح الداخلي مختلفة و متعددة لا يمكن حصرها ، لكن هناك أسباب مهمة نالت الإجماع من طرف المختصين في هذا المجال و لعل من أبرزها، أولا ضعف الحيوانات المنوية لرجل غير قادر على إخصاب بويضة المرأة ، وثانيا إذا كانت حموضة الجهاز التناسلي للمرأة تؤدي إلى قتل الحيوانات المنوية المتدفقة إلى داخل رحم المرأة بصورة غيرإعتيادية ، وثالثا وجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلي و الحيوانات المنوية للإخصاب البويضة ، ورابعا الإفرازات الكثيفة لعنق الرحم التي تعيق دخول الحيوانات المنوية للرجل ، وخامسا انسداد الأنابيب الموصلة للمبيض بالرحم وفشل عمليات فتحها و أخيرا امتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية و الأنثوية معا بالطريق الطبيعي بالرغم من سلامة رحم المرأة وتهيئه لحمل الجنين[5] ، وإذا سجلت ملاحظات على هذه الأسباب نجد أنها تشترك بين الرجال

---

[1] د زبيدة اقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص43

[2] د حسيني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص125.

[3] د أمير فرج يوسف، نفس المرجع ،ص12.

[4] د حسيني هيكل، مرجع سابق، ص129.

[5] د حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 122.

والنساء سواء حيث لا يقتصر الخلل على أحدهم لكن العلل التي ترتب على هذه الأسباب فإنها تختلف.

و أخرى عوامل ذاتية كالأمراض التي تصيب الجهاز التناسلي للمرأة كالتهاب عنق الرحم و عدم إنتاج الخلايا الجنسية بصورة طبيعية مما ينتج عنها ضعف في الخصوبة.

أما في ما يخص الخطوات المتبعة في كيفية التلقيح فإنها تتم عبر وضع السائل المنوي للزوج بعد الحصول عليه في حقنة خاصة ، وبعد أن يتم غسله و تجهيزه تحقن كمية قليلة منه رأسا في داخل عنق الرحم بعد الكشف عليه بواسطة المنظار وتعقيمه و تطهيره ، بعد ذلك تبقى الزوجة مستلقية على ظهرها مدة ساعة و هذا يتوافق مع تجهيز بطانة الرحم و تحديد الزمن ولا يتم ذلك إلا عبر مراحل.

حيث تتمثل الخطوة الأولى عند بدء بداية الدورة الشهرية بثلاثة أيام، وبعدها يقوم الطبيب خلالها بإعطاء الزوجة أدوية عن طريق الحقن لغرض تنشيط عملية التبييض و بعدها ا يجري لها تحليل الدم للتأكد من وجود النسبة الكافية لهرمون الأستروجين.

أما فيما يخص الخطوة الثانية ، تبدأ هذه المرحلة بعد مرور اثنا عشر يوم حيث تسمى هذه المرحلة بأيام التبييض، وفيها يقوم الطبيب بقياس حجم الحويصلات عن طريق الأشعة ثلاثية الأبعاد ليقرر ما إذا كانت مناسبة للتلقيح من عدمه ،فإذا وجد الحجم مناسبا أعطى الزوجة علاجا هرمونيا منشطا لانطلاق البويضة وتتم هذه العملية قبل الحقن بمدة لا تقل عن 24 سا[1] .

و الخطوة الثالثة، تعتبر المرحلة الأخيرة ،حيث يتم أخذ الحيوانات المنوية للرجل بعد تنقيتها من الشوائب العالقة بها في المختبر و اختيار الجيد منها لينقلها إلى التجويف الرحمي للمرأة بواسطة جهاز خاص وذلك حتى يتم الحمل بإذن الله و ترك الزوجة بعدها ممدودة على ظهرها ساعة على الأقل لتساعد النطف الذكرية على الوصول إلى جهازها التناسلي ، حيث تنتظرها البيضات في البوق ومن الأفضل أن ترتاح الزوجة يومان أو ثلاث أيام بعد العملية[2].

[1] طالبة بوحوص أسماء ، تأجير الأرحام ، مذكرة مجيستير ، مرجع سابق ، ص 8.
[2] د زبيدة أقروفة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثرها على النسب ، دار الأمل للطباعة،2012 ، ص143

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي.

بعدما تم التطرق إلى التلقيح الداخلي و عرف أنه هو تحصيل السائل المنوي لرجل ونقله عبر إبرة اصطناعية إلى رحم المرأة ، فإن التلقيح الخارجي يتم خارج رحم الزوجة بأخذ الخلية الجنسية لذكر وبويضة المرأة ووضعها في أنبوب حيث تتم عملية الإخصاب وإعادة زرعها إلى داخل رحم المرأة ، وقبل الخوض في الخطوات الواجب إتباعها في هذا الصدد نود إلقاء الضوء على هذه التقنية من خلال هذا التعريف، حيث يتمثل بأخذ بويضة المرأة وتلقيحها بمني الرجل خارج الجسد (في أنبوب) وذلك بوسيلة طبية معينة و بعد أن يتم تكوين البويضة الملقحة تنتقل إلى داخل الرحم و تزرع في جداره ثم ترك بعد ذلك في النمو[1] وعرف أيضا هو جمع الحيوانات المنوية مع البيضات في أنبوب مخبري في وسط مهيأ اصطناعيا وبعد الالتحام تنقل الملقحة إلى الرحم [2] .

إذن يتم التلقيح الخارجي في حالة عدم جدوى الإخصاب الداخلي ، حيث يقوم على إثرها بعد تجهيز المرأة للتلقيح بإعطائها هرمونات لتنشيط عملية التبييض بأخذ بويضات ثم توضع في محلول خاص في أنبوب،وبعد ذلك يقوم بتلقيحها بواسطة مني الزوج وعند نمو البويضة الملقحة بعد مرور ثمانية و أربعون ساعة أو أكثر تعاد إلى الرحم لتثبت في جداره و تعلق به و تترك لتأخذ مراحلها الخلقية بإذن الله حتى يتم الوضع .

للتذكير فإن أول عملية تمت في هذا المجال و كللت بالنجاح كانت للعلمين البريطانيين دكتور' اوربت إيدواردز' و الدكتور' باتريك إستبتو' ، حيث ولدت ' لويزا براون' بهذه التقنية و أصبحت أول طفلة أنبوب في العالم يوم 25 جويلية1978 ، وأما في يخص العالم العربي فكانت المملكة العربية السعودية سباقة في هذا المجال حيث شهدت ولادة أول طفل سعودي عبر الأنابيب يوم 28 أفريل 1986[3].

---

[1] د حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية مرجع سابق ، ص129.

[2] مرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدود الشرعية ،دار النهضة مصر،2008 ، ص75.

[3] د حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية مرجع سابق ، ص 234 .

وهناك تقنية أخرى في هذا لمجال تعتبر أكثر تطورا وأكثر فاعلية من التلقيح المخبري تمسى (الإخصاب المجهري) أو التلقيح الميكروسكوبي وهي تقنية يمارسها الأطباء في حالة ضعف الحيوانات المنوية و عجزها عن اقتحام جدار البويضة أو تكون المبايض غير فعالة ،عندها يقوم الطبيب المختص بعمل ثقب أو فتحة دقيقة في جدار البويضة باستعمال المجهر في طبق بيتري بواسطة جهاز الكتروني له إبرة بالغة الدقة ثم يقوم الطبيب بإدخاله إجباريا وحسب الإحصاءات فإن نسبة النجاح من خلال هذه التقنية تزيد عن (50-80%) من مجموع الحالات[1].

فيما يخص أسباب التلقيح الخارجي فتتمثل في أسباب علمية مؤدية إلى الإخصاب الخارجي ،حيث يقوم الطبيب باللجوء إلى هذه التقنية في عدة حالات ومن أهمها ،أولا انسداد الأنابيب عند الزوجة و يعتبر دور هذه الأنابيب (قنوات فالوب) مهم في عملية نقل الحيوان المنوي من لحظة القذف إلى الرحم لتلقيح البيضات الصالحة في عملية الإخصاب الطبيعي ، ويبقى لها نفس الدور كذلك في حالة التلقيح الخارجي .

وبالتالي فإن إنسداد هذه القنوات نتيجة إلتصاقات بسبب عمليات جراحية كفتح البطن أو التهابات أو عيب خلقي يؤدي إلى العقم حينئذ يتم اللجوء إلى هذه التقنية والسبب الثاني هو إصابة الرجل بدوالي الخصي أو سرعة القذف أو وجود خلل هرموني في تكوين الحيوانات المنوية أو وجود أسباب وراثية تؤدي إلى ذلك أما السبب الثالث يتمثل في حالات إنخفاض عدد الحيوانات المنوية عند الزوج ،لأنه عند حدوث الإخصاب في المعمل يحتاج إلى مئة ألف (100.000) حيوان منوي عند الإخصاب ، ويتراوح عدد الحيوانات عند الرجل الطبيعي في النطفة الواحدة بين 60 مليون إلى 200 مليون حيوان منوي ، وبالتالي إدا ترتب لدى الزوج نقص في الخلايا الجنسية الذكرية يمكن اللجوء إلى الإخصاب الخارجي .

وهناك سبب رابع يتمثل في حالات مستعصية لم يتوصل العلم فيها إلى معرفة الأسباب المؤدية إلى العقم حيث يقوم الطبيب بإجراء فحوصات طبية لكل من الزوجين،

[1] د حسيني محمود عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحضر والإباحة ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2007،ص11.

ومع ذلك لم يستطيع تحديد السبب المباشر للعقم، فالزوجة لديها تبييض منتظم وأنابيب سليمة والزوج لديه عدد كافي من الحيوانات المنوية ومع ذلك لم يحدث الحمل[1].

وقبل الانتقال إلى كيفية إجراء عملية التلقيح الخارجي هناك شروط يطلب توفرها لدى الزوجة لإنجاح العملية وتتمثل أولا في صغر السن لأن الزوجة عند تخطيها سن الأربعين تقل حظوظ نجاحها في الإنجاب و العنصر الثاني عامل الرشاقة، فلا ينصح للبدينات إجرائها حتى يتم خفض أوزانهن، أما الثالث فيجب توفر الإرادة و القناعة النفسية حتى لا يترتب عند الزوجة شك في نجاح العملية، أما رابعا فيتمثل في سلامة الرحم من مرض أو علة تعيق قبول الجنين[2].

أما فيما يخص الخطوات المتبعة لإجراء عملية الإخصاب الخارجي فإنها تتم عبر مراحل طبية وزمنية، حتى تكون فرص النجاح متوفرة وهذه الخطوات تتمثل أولا في عملية تنشيط المبيض حيث تفرز عادة المرأة بيضة واحدة خلال الدورة الجنسي في الظروف الطبيعية ، لكن في حالة التلقيح الخارجي البويضة الواحدة لا تكفي ، وبالتالي يقوم الطبيب بحقن الزوجة بهرمونات مثل عقار " كلوميفين " أو خلاصة الغدة النخامية أو الاثنين مع لتنشيط هرمون الإباضة لإفراز لأكبر عدد من البويضات و ذلك بعد ثلاثة أيام من بداية الدورة الشهرية ، لأنه كلما أخذ عدد كبير من البويضات زادت فرص نجاح العملية ، ويمكن تحديد ميعاد الإباضة عن طريق قياس نسبة هرمون " الأستروجين" من تحاليل الدم أو البول أو الاستعانة بالموجات فوق الصوتية لقياس حجم الحويصلات، وبعد مدة زمنية تتراوح من اثني عشر(12) يوما إلى أسبوعين تكون البويضات قد بلغت العدد والحجم المطلوب ، ومن ثم تعطى الزوجة "وبعدها يتم استخراج البويضات بعد خمس و ثلاثين ساعة " إلى ثمان وثلاثين ساعة بعد هذه الحقنة[3].

أما الخطوة الثانية تتمثل في استخراج البيضات الصالحة للإنجاب حيث تم تطوير تقنية استخراج البيضات ، بعدما كانت في السابق تستخرج من فتحة بجوار السرة بواسطة منظار البطن تحت التخدير الكلي للزوجة ، أما في الحاضر أصبحت هذه التقنية أكثر سرعة وسلسة حيث يتم استخراج البويضات عن طريق إبرة يتم إدخالها في البطن

[1] د محمود احمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية ، نشأة توزيع المعارف،مصر،2008،ص63.
[2] د محمود احمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية ، نشأة توزيع المعارف،مصر،2008،ص67.
[3] د اقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية ، مرجع سابق ، ،ص140.

تحت المخدر الموضعي ويمكن متابعتها من خلال جهاز الموجات الصوتية حتى يتم استخراج البويضات.[1]

أما الخطوة الثالثة فتكون بعد اخذ الطبيب السائل المنوي للزوج ، يقوم باختيار الحيوانات المنوية الصالحة والقوية الموجودة به وذلك عن طريق الطرد المركزي و يركز هذا الأخير في أعلى الأنبوب ليوضع مع البويضة في طبق بيتري مع البويضة في محضن لغرض تلقيحها[2] .

رابعا يتم وضع أكثر من بويضة للزوجة وحوالي مئة ألف حيوان منوي للزوج في أنابيب اختبار خاصة ، وتوضع هذه الأنابيب في محضن يتوفر على درجة حرارة مناسبة و كذا الرطوبة و الحموضة أي في وسط يكون مطابقا تماما للموضع الطبيعي داخل جسم المرأة وهذه المرحلة تستغرق 24 ساعة حتى تشرع البويضة المخصبة في الانقسامات إلى غاية أن تصل إلى مرحلة التوتة .

أما الخطوة الخامسة و الأخيرة فتتمثل في مرحلة زرع الأجنة في الرحم في خلال يومين أو ثلاثة يقوم الطبيب بزرع ثلاث أجنة أو أربعة في الرحم عن طريق قسطرة خاصة رفيعة يتم إدخالها عن طريق المهبل وعنق الرحم لتثبيتها في جدار الرحم ، ثم بعد ذلك يتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل من عدمه من خلال إجراء اختبارات عن طريق الدم أو البول و كذلك الفحص بالموجات فوق الصوتية [3].

الموقف الشرعي بخصوص التلقيح الاصطناعي

قد أجاز المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة لكنه لم يشترط إن كانت العملية تتم داخليا أم خارجيا.

---

[1] د حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية ،مرجع سابق، ص 238.

[2] د محمود أحمد طه ، الإنجاب بين التجريم و المشروعية ، مرجع سابق ، ص66.

[3] د حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية ،مرجع سابق ، ص 240.

ومع أنه سكت عن بيان موقفه من أسلوب التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب، إلا أنه يتعين الرجوع لموقف الفقه الإسلامي المعاصر استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: {كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية}.

في هذا الصدد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر إلى اتجاهين، ذهب الأول إلى القول بعدم جواز هذا النوع من التلقيح، وحجته في ذلك أن أسلوب التلقيح الاصطناعي يفترض كشف المرأة عن عورتها وتصويب النظر إلى مواطن الفتنة لديها ، وهذا يتنافى مع قاعدة سد الذرائع، لذا يمنع ولادة الطفل الناتج عن هذه التقنية.

كما أن العملية هذه قد تتسبب في حدوث اختلاط في الأنساب نتيجة ارتكاب خطأ في خلط الأنابيب التي تحمل لقيحة الزوجين ، أضف إلى ذلك طفل الأنبوب ليس سوى تجربة علمية ظنية .

هذا وقد قدم الدكتور عبد الرحمان بن عبد الخالق مجموعة من الأسباب التي تجعل الفقهاء المسلمون يعارضون هذه الطريقة في الإخصاب حيث يعتبر السبب الأول، أن هذه الطريقة التي يسلكها الأزواج هي غير الطريق الفطري الذي هدى الله الرجل والمرأة إليه، إذ هذه الوسيلة تحذوها المخاطر من كل جانب، فلا يؤمن الخطأ في الأنابيب، وهو أمر وارد في كل المختبرات و التحاليل، فيعطى مني رجل بدل الأخر، وتسلم اللقيحة مكان الأخرى وبالتالي تختلط الأنساب .

ويقول أيضا أنصار هذا الفريق أيضا أننا لا نأمل سوء النية من أن يستعير الرجل ماء غيره تلبيسا على زوجته، وان تحصل الزوجة على مني غير زوجها، وأن يتساهل الناس شيئا فشيئا في هذا الحيوان المنوي وفي هذه البويضة حتى يصبح الامر هينا ولا يحتاط به، وان هذه المراكز ستفتح باب الشر كله حيث يصبح التلقيح عملا تجاريا مربحا باعتبار أن الغش فيه وارد ، و هذا تحجج به الرأي المعارض.

يوجد فريق مؤيد للتلقيح الاصطناعي، حيث عبر على أن العقم حالة مرضية يستوجب علاجها، ولعل من أبرز العلماء المؤيدين الشيخ يوسف القرضاوي، دكتور محمود شلتون، شيخ مصطفى الزرقا، الشيخ صالح فوزان، شيخ عثيمين، وغيرهم.

حيث يبدأ العلاج أولا بالمستحضرات الطبية الحديثة لتنشيط الأجهزة لكلا الزوجين ومحاولة إسعافهما لإتمام الإخصاب وتسهيل عملية الإنجاب، ويمكن أيضا اللجوء أيضا إلى إجراء عملية جراحية أو غيرها من الوسائل التي ليس فيها محذور شرعي فان لم تجد نفعا، فحينئذ يمكن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، مع أخذ الاحتياطات اللازمة، بل قد يكون واجبا خاصة إذا ترتب عليه حفظ النفس باعتبارها من الضرورات الخمس[1]، لقوله تعالى(وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ...) سورة الشعراء الآية 90.

ولقوله صلى الله عليه وسلم لما جاءه الأعراب فقالوا يا رسول الله أنتداوى؟ قال رسول الله (تداووا فان الله لم يضع داء إلا وضع دواء غير داء واحد هو الهرم)[2] حيث يسري هذا الأمر على علاج حالة العقم حفظا لنوع الإنساني والتي تستدعي تلقيحا اصطناعيا بحقن المرأة بالسائل المنوي لزوجها،ان هذا التصرف لا إثم فيه ولا حرج منه يتحقق به الحمل ويمتد به وجود الأسرة[3] ، وبما ان الإخصاب الاصطناعي عملية طبية ينبغي إخضاعها لشريعة الله لان هذه الأخيرة تقيد الأفعال حسب نتائجها وثمراتها المترتبة عليها في ذاتها ،فما كان فيه نفع أباحه الله أو أمر به، وما فيه ضرر نهى عنه وحذر منه، وذلك مع مراعاة المصلحة بضوابطها الشرعية .

وبما أن جمهور العلماء أجازوا هذه التقنية إلا أنهم حذروا التوسيع في إجراء هذه العمليات وإبقائها في نطاق ضيق، عملا بالقاعدة الفقهية التي تنص "أن الأصل في الفروج التحريم"، وبالتالي إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة[4].

حيث أن هناك شروط وضوابط يلزم إتباعها وضعها علماء الشريعة فيها صحة وقوة الأدلة التي استدلوا بها وسلامتها من المناقشة والرد فيما يخص الحكم من التلقيح الاصطناعي وهي في مضمونها كالأتي:

اولا إن العملية لا تتعارض مع خلق لله للإنسان فالجنين يمر بكافة المراحل الخلقية التي شرعها الله وبالتالي فلا توجد في هذه التقنية أي مخالفة لقواعد الطبيعية وما

---

[1] د أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية ،مكتبة الوفاء القانونية لنشر، مصر،سنة2013 ،ص37..

[2] حديث شريف ، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود،(ط،بلا) القاهرة ،الدار المصرية اللبنانية ،1988،ج4، ص 33.

[3] د عامر قاسم أحمد القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي ،بدون دار النشر ،200، ص30.

[4] د عامر قاسم أحمد القيسي ، نفس المرجع، ص35.

تقتضي الفطرة الحسنة، وثانيا يعتبر التلقيح الاصطناعي من أحداث وسائل لعلاج أثار العقم أو عدم القدرة على العلاج الذي يعتبره الفقهاء مرض يستوجب العلاج.

إن الشريعة جاءت لتحقيق جملة من المقاصد ومن أهمها حفظ النسل وبقاءه، وهذه التقنية تحقق هذا المقصد وتعززه[1]، وان لأصل في طلب الذرية لن يأتي إلا بالتكاثر الجنسي الطبيعي، وبالتالي لا يجوز العمل بالتلقيح الاصطناعي إلا إذا استدعته داعية، كأن يكون أحد الزوجين به عقم، واستنفذا كل الطرق العلاجية، وأن تكون المعاشرة الزوجية والاتصال الجنسي المباشر لمدة سنة على الأقل، فان لم تؤد الغرض جاز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي[2].

إن التلقيح سواء الداخلي أو الخارجي يتطلب كشف العورة لزوجين أمام الأطباء، حيث ان العلماء أجازوا النظر إلى العورة ولمسها لتداوي فالضرورات تبيح المحظورات، بالقدر الذي تستلزمه الضرورة، وإذا أمكن يؤهل أن يعالج الزوجة، طبيبة مسلمة، فان لم يكن فطبيبة غير مسلمة فإذا لم يتوفر ذلك فطبيب مسلم، وأخيرا طبيب غير مسلم، وفي الحالتين الأخيرتين يجب عدم الخلوة، فحضور الزوج واجب.

للحصول على نطفة الزوج يقوم هذا الأخير بالإستمناء لغرض التلقيح، وبالرغم أن بعض العلماء أجازوا هذا الفعل، إلا أنهم نصحوا في البحث عن وسائل أخرى لتحصيل نطفة الزوج كأن يجامع الزوج زوجته وعندا يشعر بنزول الماء من يضعه في أنبوبة، او قد يجامع الزوج زوجته جماعا طبيعيا ثم يقوم الطبيب باستخراج الحيوان المنوي من داخل رحم زوجته .

ألا تورث هذه العمليات أضرار جسمية أو عقلية أو نفسية أو تشوهات خلقية للجنين، ومن هنا إذا تيقن الطبيب أن ضررها سيلحق الجنين أو أمه فانه مطالب بالامتناع عن إجراء عملية التلقيح عملا بالحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار).

فيما يخص تحديد الجنس كاختيار نوع الجنين فانه يترك لزوجين حسب الحاجة ولكنه يقيد بضوابط صارمة ولا يجوز تعميم هذه الحالة حتى لا يغلب جنس على جنس أخر، وما يترتب عليه من إخلال في التوازن البشري.

---

[1] شادية صادق لحسن ،حكم الاسلامي في التلقيح الاصطناعي ، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، سودان ،عدد الثاني،2011، ص07.

[2] طالبة بوحوص أسماء ، تأجير الأرحام ، مذكرة مجيستير ،مرجع سابق ،2009، ص21.

أن لا يؤدي التلقيح الاصطناعي إلى اختلاط الأنساب سواء كان عمدا من الطبيب المعالج أو غلطا منه في تغيير أنبوبة بأخرى، فيجب أخذ الحيطة والفطنة لان النسب ونقاؤه من اشرف ما يشرف به المسلم وهذا ما حرصت عليه وحمته الشريعة الإسلامية[1]، و يعتبر الولد الذي يولد نتيجة عملية الإخصاب الاصطناعي سواء في التلقيح الداخلي أو الخارجي والذي يكون بمني الزوج وبويضة الزوجة حصرا يأخذ حكم نسب المولود من الاتصال الجنسي الطبيعي ينسب إلى لأبيه وأمه ويرتب كل أثاره من نفقة وحضانة وميراث، وكذا إعمالا بالحديث الشريف (الولد للفراش...)[2]

هذه الشروط والأدلة التي قدمها علماء الشريعة في حكمهم على عملية التلقيح الاصطناعي.

المطلب الثاني: بنـوك الأجنـة

تعتبر مسألة تجميد الأجنة أحد المشاكل التي تفرزها عملية التلقيح الصناعي الخارجي أو أطفال الأنابيب، والأجنة الجامدة هي اللقائح الزائدة التي يتم حفظها في ثلاجات خاصة تحت درجة حرارة معينة وفي سوائل خاصة لتبقى على حالها دون نموها و يتم اللجوء اليها وقت الحاجة إليها، وهي أفضل طريقة للحفاظ عليها من الإتلاف.

وسيتم التطرق في هذا المطلب عن ماهية بنوك الأجنة و الأسباب الداعية الى التجميد وأهم وظائفها (الفرع الأول) ومدى مشروعية تجميد الأجنة في ظل المشاكل التي يثيرها هذا الأسلوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية بنوك الأجنة.

يعتبر دور بنوك الأجنة حيوي ومحوري، حيث لا نستطيع التعامل مع تقنية التلقيح الإصطناعي دون اللجوء إليها، لأن الحاجة إلى زيادة فرص نجاح عملية الإخصاب داخل الأنبوب يتم عبر الاحتفاظ باللقائح عن طريق التجميد، بعدما تزرع بعضها داخلي

1 مجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في عمان، سنة 1407هـ

2 ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، مجمع الفقه الإسلامي ، الكويت، سنة 1403هـ

الرّحم.[1] وباعتبارها تقنية حديثة وما يترتب عليها من مسائل قانونية وأخلاقية لم يتعرض الفقه في معظمه لوضع تعريف دقيق، بل عبر عنها من خلال المعيار الوظيفي الذي تؤديه هذه البنوك[2]، وبالرغم من ذلك فهناك تعريفات سنتناولها من خلال الفرع التالي وذكر الأسباب الداعية للتجميد.

حيث عرفت بنوك الأجنة في بعض الفقه بأنها ثلاجات أو غرف كيميائية صغيرة يستخدم فيها النتروجين السائل بغرض التبريد ويتم الحفظ بتجميد الأنسجة والخلايا تماما، وتقف كل التفاعلات، وحينما يريد الأطباء الاستفادة منها، يسمحوا بارتفاع درجة الحرارة تدريجيا فتعود الحياة لهذه الأنسجة والخلايا مرة أخرى[3].

وعرفت أيضا أن بنوك الأجنة هي أجهزة طبيّة معدّة سلفا بتقنية شديدة الاحتفاظ بالأجنة الزائدة عن الحاجة في عمليات الإخصاب الطبي المساعد، وذلك بغرض احتياجها بعد ذلك من قبل واضعيها وأصحاب الحق فيها، ويجب أن تخضع هذه البنوك لرقابة صارمة من قبل المشرع القانوني ووزارة الصحة[4].

ويستنتج من خلال هذه التعاريف أن الأجنة الزائدة يحتفظ بها في غرف مجمدة حتى تبقى منتجة وقت الحاجة إليها وذلك بإعادة الحياة إليها برفع درجة الحرارة وبهذه الطريقة يستطيع الطبيب استخدامها في الوقت الذي يحدده.

وقد شهدت أول واقعة ولادة عن طريق الأنبوب في أستراليا سنة 1984، بعد ان كان جنينا مجمدا لمدة شهرين، ولدت الطفلة (زومي) في المركز الطبي بعملية قيصرية وثاني حالة ولادة بجامعة بولونيا بإيطاليا ولدت (إيلينا) في 16 فيفري 1997 بعد أن كانت بويضة مجمدة، وفي سنة 1993 تم بفرنسا إحصاء 38000 لقيحة مجمدة منها 5400 لقيحة لم يعد يطلبها أصحابها[5].

---

[1] د.محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، دار النهضة ، مصر ، سنة 2008 ، ص 107 .

[2] د. حسني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية، مرجع سابق ، ، ص 400 .

[3] د. محمد مرسي زهرة، نفس المرجع ، ص 108.

[1] د.حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ، ص404

-[5] د.شيخ صالح البشير، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية، مذكرة ماجستير، الجزائر سنة 2013. ص 63.

ولعل من أهم الاسباب الداعية لاستخدام هذه التقنية تكمن في عدد البويضات التي يفرزها الجهاز التناسلي للمرأة بعد تحفيز المبيض بالأدوية والعقاقير التي تؤدي إلى إفراز عدد كبير من البويضات مما يترتب على الفائض منها وضعها في غرف التجميد، حيث يسمح ذلك بتجنيب المرأة مشاكل ومتاعب أخذ العقاقير فضلا عن تجنيبها مخاطر سحب البويضات في كل محاولة فاشلة.

كما يسمح تجميد البويضات إلى معاودة عملية التلقيح مرة أخرى وذلك عند فشل المحاولة الأولى مما يؤدي إلى خفض تكاليف العلاج حيث يصعب توفر المال خاصة لأصحاب الدخل الضعيف، كما أن من أهم الأسباب الداعية إلى تجميد البويضات الزائدة هي استغلالها في التجارب والأبحاث العلمية مما يؤدي إلى سبل جديدة من العلاج.

كما تتيح عملية التجميد بالنسبة لأحد الزوجين، الذي يخشى عقما بسبب مرض أو ورم يؤدي إلى استئصال المبيض أو الخصية، فيتم اللّجوء إلى مركز التجميد لسحب الخلية الجنسية والاحتفاظ بها قبل إجراء عملية الاستئصال وبالتالي تبقى إمكانية الأمومة أو الأبوة قائمة بدلا من فقدان الأمل[1].

تتم عملية تجميد اللقائح بإزالة الماء منها وإضافة مواد حافظة للخلايا ثم تعرّض هذه اللقائح للبرودة تدريجيا إلى أن تبلغ 296 تحت الصفر، أما لإزالة التجميد توضع اللقائح في درجة 37 ° ثم تنقل في أحواض مختلفة تحتوي على محاليل لغسل الأجنة وإزالة المواد الحافظة عنها، وإعادة الماء فيها تدريجيا[2].

أما الوظيفة الأخرى التي يستفاد منها من خلال التجميد هي البحوث و التجارب التي تجرى على الأجنة المجمّدة.

لا شك أن إجراء التجارب الطبية على الإنسان ضرورة ملحّة لتقدّم الأبحاث الطبية و الجراحية، رغم أن التجارب على الإنسان تستلزم سبق إجرائها على الحيوان لفترة طويلة ،لأنه مهما بلغت دقة التجربة التي تجرى على الحيوانات القريبة من الإنسان بيولوجيا إلا أنه لا يمكن تطبيق نتائجها على الإنسان مباشرة[3].

---

[1] د.محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، مرجع سابق، ص 109.

[1] حسيني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية، مرجع سابق ، ص 397 .

[3] شيخ صالح البشير، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق، ص 64.

إن إمكانية إجراء التجارب الطبية على الجنين و أخذ بعض أعضائه للاستفادة منها و القيام بزراعتها يمثل دافعا قويا لإجراء الإجهاض في الوقت الحاضر، فيمكن الحصول على هذه الأجنة عن طريق إجراء التلقيح الاصطناعي بأن يسعى الطبيب الذي يشرف على عملية التلقيح الإصطناعي إلى الحصول على أكبر قدر من البويضات لضمان نتائج أفضل و للحصول على نسبة أعلى من احتمال العلوق، و الاحتفاظ بهذه البويضات يفتح أمام الأطباء العديد من الأهداف العلمية للتصرف بها و محاولة الوصول إلى بعض الحلول التي مازالت مستعصية في الأبحاث الطبية[1]، ومن بين هذه الحالات :

- البحث في العقم عند الذكور و اختبار قدرة الحيوان المنوي على التلقيح.
- البحث في سبب فشل البويضات حتى يستفاد منها في دورة طمثية قادمة.
- دراسة حالات الإجهاض المتكرر.
- دراسة حامض البتريك في البويضة الملقّحة لتشخيص الأمراض الوراثية.
- البحث في طرق تنظيم النسل.
- دراسة عمليات الانقسام و التكاثر و الأمراض الوراثية و أمراض الصبغيات.
- دراسة التشوهات الخلقية الناتجة عن عوامل البيئة.
- معرفة عمليات التغذية في الأجنة واحتياط الطاقة لديها لتحسين البيئة التي تعيش فيها الأجنة قبل أن تنتقل إلى الرّحم لرفع احتمالات نجاح زراعتها في الرّحم.

وبالمقابل ارتفعت أصوات المعارضين للقيام بالتجارب على الأجنة خشية أن يتمّ التلاعب بها أو أن تلجأ المرأة للحمل قصد الإجهاض لبيع جنينها و الانتفاع ببعض أعضائه. فاقترح البعض خدمة للمنفعة العلمية الاكتفاء بالإجهاض التلقائي، ورأى البعض الآخر الاستفادة من الإجهاض العلاجي الذي يلجأ إليه لإنقاض الأم من ضرر محقق. واتجه بعض الأطباء إلى محاولة الاستفادة من الأطفال الذين يولدون من دون دماغ[2].

---

[3] هجيرة خدام،التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير ، جامعة تلمسان ،سنة2008 ،ص 137 .

[1] د بلحاج العربي، مبادئ الشرعية و القانونية في التلقيح الاصطناعي ، ديوان المطبوعات الجامعية تلمسان ، سنة 2008 ، ص293.

ينبغي ضبط هذه الأعمال الطبية التي فتحت آفاقا واسعة للأبحاث والاكتشافات والتجارب المفيدة، لأن احترام الجانب الأخلاقي والإنساني والقانوني لهذه الأبحاث ضروري حتى لا تكون وباءا على الإنسانية ولا تكون سببا في القضاء على القيم الأخلاقية والدّينية، وهذا ما دفع البعض إلى المناداة بالصرامة في احترام أخلاقيات البحث العلمي وتطويرها على حسب المستجدّات الطبية وخاصّة في الأبحاث البيولوجية الواقعة على الجنين[1].

لكن كل هذه التجارب حتى يكون لها مردود نفعي يجب أن تكون مقيّدة بشروط و قيود و يختلف حكم التجربة تبعا للهدف المرجو من ورائها، و يشترط لجواز إجراء التجارب على البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة أن يكون الهدف من هذه التجارب هو العلاج، وهو أمر لا شكّ في جوازه، لأن في نجاح هذه التجارب فائدة عامة، قد تكون للمرضى و قد تكون فائدة لمهنة الطب، ومن ثم فهي في هذه الحالة تكون من قبيل المصالح، والمصالح لا ينكرها الشرع، إذ القاعدة " حيثما وجدت المصلحة فثمّ شرع الله"، أضف إلى ذلك أن إجراء هذه التجارب قد يصل في بعض الأحيان إلى مرتبة الوجوب، وذلك في حالة ما إذا كانت التجربة ضرورية لإيجاد العلاج، حيث إن التوصل إلى أدوية تعالج الأمراض واجب و إذا كانت التجربة هي الوسيلة الوحيدة لإيجاد هذه الأدوية تكون واجبة، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[2].

فإذا حادت هذه التجربة عن الهدف العلاجي، فإنها عندئذ تكون غير مشروعة ولا يجوز إجراؤها؛ ويكون الهدف غير مشروع إذا كان الغرض من هذه التجارب التحكم في جنس الجنين، واختيار جنس المولود، وكذلك الأبحاث المتعلقة بتغيير الجنس البشري. ويرجع السبب في عدم إجراء هذا النوع من التجارب إلى أن المبدأ العام في هذا الأمر هو حظر إجراء التجارب العلمية على الإنسان.

أما الشّرط الثاني فهو انعدام الخطر في التجربة، ومقتضى هذا الشرط ألاّ يكون في إجراء التجربة تعريض حياة المريض للخطر أو إصابته بمرض مستديم، وأن تكون

[1] شيخ صالح البشير، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ، ص 129.
[2] هجيرةخدام، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 158.

الآلام التي يتعرّض لها الشخص المريض تتناسب مع ما يحصل عليه من علاج. ويقترح البعض[1]أن تجرى هذه التجارب تحت إشراف نقابة الأطباء إذ هي الوحيدة التي تملك المقدرة على اختيار الأطباء الأكفاء للقيام بهذه التجارب،و أنه يجب أن تجرى هذه التجربة قبل أن يتم عمر البويضة المخصّبة 14 يوما من تاريخ التخصيب أو من تاريخ فك التجميد إن كانت مجمدة، مع احتساب المدة قبل التجميد، إذ أنه بعد تلك الفترة يتم تشكيل الجهاز العصبي للبويضات الملقّحة[2].

أما الشّرط الثالث، أن تكون التجربة قد لقيت حظا من النجاح، وذلك يتحقق إذا كانت احتمالات نجاح التجربة أكثر من احتمالات فشلها في ضوء إجراء تلك التجربة على الحيوانات مثلا، ومن مقتضيات نجاح التجربة أن تكون قائمة على أسس علمية واضحة تقرها الجماعات الطبية المعترف بها[3].

فيما يتعلّق بالقيود الخاصة بحماية الكيان البشري، فإذا كانت الأبحاث و التجارب مشروعة وفق قيود و ضوابط محددة وهدفها و خدمة المرضى أو الفائدة العّامة ؛فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن تؤدي هذه التجارب إلى إلحاق الضرر بالإنسان أو بالكيان البشري، إذ التجربة لا فائدة فيها فضررها عندئذ يكون أكبر من نفعها.

لذلك يشترط لجواز اجراء التجارب على البويضات الملقحة ألا يتم زرعها في رحم المرأة بعد انتهاء التجارب عليها؛ ويكون مصيرها هو الإتلاف، ويرجع البعض سبب في ذلك إلى أن احتمالات تشوه الجنين، واحتمالات التغيير في الصفات الوراثية تزداد بدرجة خطيرة، ولا يوجد ما يدعوا إلى المخاطرة بالإقدام على زرع بويضة كانت محلا للأبحاث والتجارب خشية حدوث تشوهات جسدية أو عقلية أو وراثية للجنين.

فيما يخص القيد الأهم من هذه القيود فيجب أن لا تؤدي هذه التجارب إلى الإضرار بالمجتمع، وهذا بدوره يستلزم أن تكون هذه التجارب متفقة مع قواعد النظام العام ، والسبب في ذلك أن التقدم الهائل في مجال التلقيح خارج الرّحم أثار إمكانية التحكم في الكروموزومات، بحيث يمكن بناءا على ذلك التأثير في الصفات الوراثية التي تنتقل

---

[1] د. حسام الأهواني، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق ، ص46.

[2] د. محمد علي البار : طفل الأنبوب و التلقيح الصناعي ، مرجع سابق ، ص 39.

[3] د.حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد ، مرجع سابق، ص 49 .

من جيل إلى جيل وفي الأمراض التي تنتقل بالوراثة، ومن حيث المبدأ يجب تقييد الأبحاث و التجارب التي تؤدي إلى تغيير خلقة الإنسان عن التحكم في هذه الكروموزومات، لأن هذا التغيير قد وصفته الآية بأنه ليعدو أن يكون استجابة لأمر الشيطان[1]، لقوله تعالى : (ولأمرنهم فليغيّرنّ خلق الله) سورةالنسـاء الآية 119 .

كذلك يجب تقييد الأبحاث التي يكون الهدف منها تحقيق نتائج غير مشروعة لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الأخلاقية كمحاولة تحقيق الإخصاب بين الجنس البشري والحيوان، أو الاستنساخ[2]. وفي ظل هذا الجواز مع التحفظ التي تطرحها تقنية التجميد نحاول معرفة ما مدى مشروعية هذه البنوك بين الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفرع الثاني: مدى مشروعية بنوك الأجنّة .

لقد أغفل المشرّع الجزائري أحكام و أخلاقيات و تنظيم عمليات تجميد اللقائح وما ينشأ عليها من مشاكل متعدّدة، وهذا دون نسيان كيفية إتلاف الأجنة المجمّدة الزائدة وكذا الأبحاث العلمية، وفي ظل غياب نصوص تشريعية تؤطّر هذه التقنية[1]، يتم اللّجوء إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة مشروعية هذه المراكز.

بداية لقد أثار التجميد الخلاف بين الفقهاء بشأن مدى جوازه، فذهب البعض إلى تأييده، بينما اتجه الفريق الآخر إلى معارضته، ولكل منهما أسانيده وحججه.

حيث يرى الرّأي المؤيد أنه يجوز التجميد ولا مانع من ذلك لأنه يساعد على إجراء التلقيح الإصطناعي،إذ أنه قد يفشل العلوق المرّة الأولى فيمكن حينئذ الاستفادة من البويضات المجمّدة في دورة طمثية أخرى وذلك لإعادة الزّرع مرّة أخرى، دون أن تضطرّ الزّوجة لتدخّل جراحي لسحب بويضات أخرى، وكذلك أنه يساعد الطّبيب على اختيار اللّحظة المناسبة طبيّا لإجراء عملية الزّرع حتّى يضمن أعلى فرص النّجاح.

فيما يخصّ أحد الزّوجين الذي يخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخّل جراحي معيّن كاستئصال الخصية أو المبيض بسبب ورم أو ما شابه، فيمكنه الاستفادة من هذه التقنية

[1] د. بلحاج العربي، البحوث في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، وهران ، سنة 2015 ، ص295 .
2د بلحاج العربي،نفس المرجع، ص 295.

حيث يتمّ سحب بعض الخلايا الجنسية لتجميدها ويبقى الأمل على فرص الأبوّة قائمـ[1]، و في نفس السّياق يؤدي تجميد اللّقائح إلى فتح باب الأبحاث و الدّراسة لمعرفة الكثير من الأمراض و سبل جديدة للعلاج[2]، شرط أن يكون إجراء البحوث في فترة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ الإخصاب[3].

وقد أصدر مجمّع الفقه الإسلامي في دورته السّادسة، استفادة من الأجنة للعلاج والتّجارب الطبية لغرض العلاج[4]. هذه هي حجج وأدلّة أصحاب جواز التجميد من الفريق المؤيّد.

وفي نفس السياق، تحجّج أصحاب الرّأي المعارض بعدم جواز التجميد، واستندوا إلى حجج عديدة ومن أهمّها، أن التجميد يؤدي إلى تجزئة الحمل إلى فترتين، فترة سابقة على التجميد وفترة لاحقة عليه، وقد يتراخى الفاصل الزّمني بين المدّتين حتى يتجاوز الحد الأقصى للحمل. كما أن الحمل يحتمل التّقديم والتّأخير حسب تخطيط الزّوجين وهذا يخرج عن داخل الأخلاق. كما أن التجميد لا يزال في مرحلة التجارب ولم يحدّد الطّب على وجه الدّقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطّفل في المدى القريب أو البعيد نتيجة هذا التّجميد.

كما لم يستطع العلم أن يقدّر تماما المخاطر المترتبة عن استعمال البويضة المجمّدة في الإنجاب، وقد أكد هذا الفريق أن التجميد يساعد على اختلاط النطف المخلقة وتفشي الأمراض، وفتح باب الإتجار في هذا المجال[5].

كما أن عدم تحديد المدة الزمنية للقيحة المجمّدة قد يحدث آثارا غير مرغوب فيها على المولود، لأن تحديد القيد الزّمني يكون في مشروع حالي للإنجاب وليس في نطاق برنامج غير محدّد، وهذا ما جاء في تقرير اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا[6] التي

---

[1] د.حسني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 412.

[2] محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصّناعي، مرجع سابق ، ص 101.

[3] شوقي زكريا الصّالحي، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مرجع سابق، ص 284.

[4] منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمّع الفقه الإسلامي،الاستفادة من الأجنّة المجهضة،الدّورة السّادسة،ج3،ص1050.

[1] د.حسني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية،مرجع سابق ، ص 412.

[6] محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مرجع سابق ، ص 112.

دعت الى ضرورة زرع البويضة في رحم المرأة خلال ستة أشهر من تاريخ تمام التلقيح في الأنبوب، وبعد نجاح العملية لا يجب الاحتفاظ باللّقائح المجمدة لمدّة تزيد عن 12 شهر من تاريخ الميلاد، وأنه يجب إعدام البويضات بعد انتهاء هذه المدّة.

ولقد قرّر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان –الأردن- أكتوبر 1986، بعدم جواز تجميد اللقائح الزّائدة "فإذا حصل فائض من البويضات الملقّحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة البويضات الزّائدة عن الحاجة على الوجه الطّبيعي"[1].

كما أوصى هذا المجمّع بعدم إجراء التجارب و الدّراسات على اللّقائح المجمّدة إلا وفقا للضوابط الشّرعية و العلمية والأخلاقية المعتبرة و ضرورة الموازنة الشّرعية بين المفاسد و المصالح[2].

ومن خلال ما قدمّه هذا الرّأي المعارض لعملية التّجميد فنجد انّ هذا الفريق بنى موقفه على أساس سدّ الذرائع لما يترتب عليه من جرائم أخلاقية واجتماعية وكذا على مستوى الأفراد، وفي سياق آخر، بالنسبة للبويضة الملقحّة؛ هل يعتبر الاعتداء عليها بالإتلاف أو بغيره ممّا يعدمه قبل نقله إلى رحم المرأة يعدّ إجهاضا أم لا يعتبر كذلك؟ هذا ما سيتم توضيحه خلال الفرع التالي.

لقد اتفقّ الفقه الإسلامي والتشريع القانوني على أن للجنين حرمة، حيث وضعا له أحكاما تحقق له الحماية، لكن الإشكال يكمن في مدى تطبيق ذات الأحكام قبل زرعه في رحم أمه، في هذا الصّدد تباينت آراء الفقهاء، حيث اعتبر فريق أن بأن اللقيحة هي جنين ورتبّ على موقفه أحكام، أما الفريق المعارض قدم حججا تبرر عكس ذلك.

ذهب أنصار الرّأي المؤيّد على أن البويضات الملقّحة هي في الواقع أجنّة بالعرف الشرعي والعلمي[3]،وبالتالي تكتسي حرمة الجنين ولا يجب بأي حال إجهاضها ولا استغلالها في مآرب أخرى، وقاسوا على ذلك بالقول بأن اللقيحة في بطن الأم لها كرامتها من وقت التحام الخلايا الجنسية الذكرية والمؤنثة مع بعضها ، ويعني ذلك أن النطفة ذاتها

[1] د.بلحاج العربي، البحوث في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ،مرجع سابق ، ص 296.

[2] د.بلحاج العربي، موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية، المجلّة القانونية؛ 1994، ع4، ص 65 وما بعدها.

[3] د.بلحاج العربي، البحوث في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ،مرجع سابق، ، ص298.

يجب أن تكون لها حرمتها وقيمتها ولو في أنبوب اختبار ولقد استدل هذا الفريق بقول الإمام الغزالي الذي أكدّمن خلال نصه " أن في ذلك جناية على موجود حاصل ... والموجود له مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرّحم وتخلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية، فإذا صارت نطفة معلّقة كانت الجناية أفحش "[1].

ورتبّ أنصار هذا الرّأي أحكام على هذا الموقف حيث أوجبوا الغرة[2] على من أعدم بويضات مخصّبة في أنبوب الاختبار. والحكم الثاني هو أن البويضة الملقّحة لها نصيب من الميراث، حيث يحجز للجنين أوفر النصيبين في حال موت المورث ولو كان في الحمل في أيامه الأولى، ويقاس ذلك على لقيحة الأنبوب باعتبارها جنينا، كما يصح له الوصية، والوقف عليه[3].

لكن الأغلبية من الفقهاء لا يؤيدون الحكم السّابق و ذهبوا أن البويضة الملقّحة في الأنبوب لا تكون في أي حال جنينا إلا عند إعادة زرعها في رحم الزّوجة، واستندوا على أن الجنين هو الذي يتكون في الرّحم من لقيحة مخصّبة لأن معنى الجنين يرجع إلى الاستتار، أي يستتر في رحم أمه في ظلمات ثلاث لقوله تعالى (يخلقكم في بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق في ظلمات ثلاث) سورة الرّوم الآية 6، وقوله أيضا (و إذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا) سورة النّجم الآية 32.

حيث فسّر بعض الفقهاء هذه الآيات أن الجنين هو الحمل في بطن أمّه، وبالتالي فإن قيمة البويضة الملقحة مرتبطة بمكان وجودها، و من ثم فإن النّطفة المخصّبة إذا كانت في أنبوب لا تعتبر جنينا و لا ترقى إلى مرحلة الحياة و بالتالي لا يجوز أن تبنى عليها الأحكام الشرعية وهذا ردّا على الفريق الأول، حيث لا يحق أن يكون للبيضة الملقّحة نصيب من التّركة؛ كما أنّه لا تجب الغرة على من أتلفها لأنّها ليست جنينا، كما أنّ المجمّع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة بعمان، السّالفة الذّكر، أوصى أن لا يكون هناك فائض منها، أما إذا حصل فائض لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة درءا للمفاسد[4].

---

[1] د.محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مرجع سابق ، ص 298.

[2] الغرة تعتبر عشر الدية وهي عقوبة مالية على من أنزل أو أسقط جنينا.

[4] د.حسيني هيكل، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية،مرجع سابق ، ص417 .

[4] د.مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مرجع سابق ، ص102.

أما فيما يخص تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة بالنسبة للقانون الفرنسي فكان في السّابق يطرح الإشكال حول ما إذا كانت البويضات المخصّبة داخل الرّحم تتمتع بالشّخصية القانونية، وحول حقّه في مواصلة نموّه لحين ولادته، وقد أجاب القانون الفرنسي الصادر سنة 1975 في مادّته الأولى عن هذه الإشكالية[1]

وبهذا القانون كانت تضمن فرنسا احترام وحماية الكائن البشري ضدّ أي اعتداء عليه؛ فيكون لهذه البويضات المخصّبة الحق في مواصلة نموّها بشكل طبيعي استنادا لمبدأ الحق في الحياة، وبالمقابل يسمح القانون للمرأة بالإجهاض متى تبيّن أنّ ذلك يشكل خطرا على حياتها أو يؤدي إلى ولادة طفل مصاب بتشوّهات خلقية. غير أنه و بعد اكتشاف أساليب التّلقيح الاصطناعي الخارجي المتمثّل في التلقيح داخل الأنبوب تغيّر طرح الإشكال ليصبح ما هو الوضع القانوني للبويضات الملقّحة داخل الأنبوب؟
للإجابة عن هذا التّساؤل اختلف الفقه الفرنسي إلى ثلاثة آراء.

الاتجاه الأول الذي يمثّله الفقيه "لابي إكزافي" صاحب نظرية الخيال الذي دعا أن الاعترافات للبويضات المخصّبة بالشخصية القانونية يعتبر وهم وخيال وأنّ هذه ليست سوى مجرّد أشياء محمية.

وأما الاتجاه الثّاني فتبنّى نظرية الشخصية المشروطة مفادها أن هذه البويضات تتمتع بشخصية قانونية محدودة، وتكون كاملة إذا ولد جنينا حيّا قابلا للحياة، أي شخصية غير كاملة، أما الاتجاه الأخير الذي يتزعّمه "ميميتو جيرارد" صاحب نظرية الشخصية الحالية؛ يرى أن اشتراط ولادة الطّفل حيّا للاعتراف له بالشّخصية القانونية يعتبر أمرا غير منطقي، لأن هناك حقوق معترف بها للمولود حتى وهو مجرّد بويضة مخصّبة[2]. وهذا الرأي الأخير شاطره كثير من الفقهاء الذين عبّروا بأن الطفل حتى وإن لم يولد بعد يعتبر إنسانا كسائر الإنس.

وإذا كان الفقه الفرنسي قد انقسم الى ثلاثة اتجاهات فإن القانون الذي صدر سنة 1994 لم يتطرّق لتحديد المعنى القانوني لها بالرّغم من أنه استعمل مصطلح

---

[1] « la loi garantit le respet de tout être humain dès le commençement de sa vie » .

[1]مقتبس من مذكرة صالح البشير، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية، مذكرة ماجستير ،مرجع سابق ، ص 112 .

البويضات المخصّبة في عدّة مواد ضمن قانون العقوبات، مثلا نص المّادة 511-19 منه الذي يمنع إجراء التجارب على البويضات المخصّبة ح والمّادة 511-15 منه التي تمنع بيعها وشراءها، وكذا نصوص في القانون المدني الذي نصّت المّادة 16 منه باحترام الجسد البشري واحترام الكائن البشري ابتداءا من بدأ حياته "as eiv". وهذه المادة تدفع بالاعتقاد أن هذه البويضات عبارة عن كائن بشري، لكن هناك نصوص أخرى تفنّد هذا المفهوم، وهذا ما تضمّنته المّادة 152-3 من قانون الصّحة استخراج الفائض في البويضات مع إمكانية تجميدها، كما أجازت المّادة 162-16 من نفس القانون التشخيص المبكّر لها، أو إهدارها بعد مضي خمسة سنوات.

واستنادا لما تقدّم فالمشرّع الفرنسي لم يحدّد الوضع القانوني للبويضات المخصّبة داخل الأنبوب فتارة يعتبرها كائنا بشريا و تارة تدخل في طائفة الأشياء. وزيادة على ذلك لم يجعل لها حماية جنائية ممّا جعل الباب مفتوحا لإجراء بحوث علمية واكتشافات طبية عليها وهذا ما جعل الموقف الفرنسي مبهما.

أمّا فيما يخص المشرّع الجزائري فإنّه نص بموجب المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني أن الشخصية القانونية تثبت للشخص بمجرّد ولادته حيا؛ كما أن كل من القانون الصّحة و قانون العقوبات يمنعان الإجهاض إلا للضرورة القصوى.

المبحث الثاني

شروط التلقيح الاصطناعي وفق التشريع الجزائري والفرنسي

نتطرق عن التكييف القانوني لتشريع الجزائري من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وكذا التشريع الفرنسي من خلال القانون 94-654 حيث أن المشرع الجزائري خلافا لنظيره الفرنسي لم ينظم مسألة التلقيح الاصطناعي بالشكل الكافي إذا خصص لها مادة وحيدة المذكورة أعلاه والتي أجازت اللجوء إلى هذه التقنية وتقييدها ببعض الشروط والتي سيتم تناولها في المطلبين التاليين كما سيتم توضيح موقف المشرع الفرنسي باعتباره كان سابقا وأكثر تنظيما ووضوحا في هذا المجال.

المطلب الأول: شرطي الزواج الشرعي وعنصر الرضا

يعتبر المشرع الجزائري أن عملية التلقيح الاصطناعي حق مشروع للأشخاص الذين يعانون من داء العقم شريطة أن يكون الطرفين المقبلين على هذه التقنية يربطهما عقد زواج شرعي وأن تتم هذه العملية برضاهما التام والمطلق وسيتم تناول هذين الشرطين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أن يكون الزواج شرعيا

لقد عبر المشرع الجزائري عن موقفه الصريح والصارم من خلال اشتراطه أن لا يتم اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي إلا على الزوجين، أي بين رجل و امرأة يربطهما عقد يتوفر فيه أركان وشروط الزواج، ويكون قد نشأ إما أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق[1] حتى لا يثير أي منازعة في شرعيته وصحته ويكون قادرا على ترتيب أثاره ، بمعنى أن المولود الذي يأتي عبر هذه التقنية بإذن الله يحمل نسب أبيه ويتمتع بكامل حقوقه من ولاية ،نفقة وحضانة وميراث [2] أي بمعنى أدق لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض ، وهذا الشرط يعتبر وجوبيا ، لأنه يقوم على ترجيح بصفة مطلقة العلاقة الشرعية على العلاقة الغير شرعية ، بعكس السائد في أغلبية المجتمعات الغربية، والحكمة الذي أرادها المشرع هو أن يقضي على تفكير يؤدي إلى إنشاء أسرة من زوجية غير شرعية ، ومن خلالها تتجلى أهمية وقدسية الزواج في المجتمع من الناحية الأخلاقية والاجتماعية[3]،ومن هنا نستنتج أن شرط الزواج هو وسيلة وتأشيرة للعبور إلى التلقيح الإصطناعي حتى يرتب عن نتائجه و ثبوتيته.

وفي سياق أخر لم يكتف المشرع الجزائري بوضع شرط الزوجية لإثبات نسب المولود الذي يأتي عبر هذه التقنية، بل أوجب أن يكون هناك اتصال جنسي بين الزوجين

---

[1]- أنظر المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- د زبيدة أقروفة ،الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2001،ص104.

[3]د، العربي بلحاج، مبادئ الشرعية والقانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 49.

أي الدخول الفعلي وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة[1]، حيث اشترط المعاشرة الجنسية للاعتراف بالنسب وهذا ما عبر عليه جمهور العلماء، عكس الحنفية الذين يقرون نسب الولد بمجرد العقد، أي العبرة في العقد وليس بالدخول حسب رأيهم.

أما فيما يخص الزواج العرفي، هل يستطيع الزوجان إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بالعقد العرفي؟ خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري اعترف بهذا النوع من الزواج في مادته السادسة فقرة واحد[2] ،حتى وإذا قرأنا في المادة 45 من قانون الأسرة تنص الفقرة الأولى كالأتي "أن يكون الزواج شرعيا" بمعنى شرعيا أي وفق الأحكام الشرعية أم يقصد رسميا وفق المادة 18 من قانون الأسرة [3] أي يقول المشرع "أن يكون الزواج رسميا" ولحل هذا الإشكال ،قد نجد الإجابة عند الطبيب المختص لإجراء عملية التلقيح ، حيث يجب التوضيح أن هذه العمليات تجري في مؤسسات صحية متخصصة والتي تكون قد تحصلت على رخصة إدارية لممارسة نشاطها وهي تتم تحت إشراف طبيب الذي يتولى مسؤولية مراقبة توافر الشروط الخاصة بالزوجين وبالعملية حيث يحرص شخصيا على تحرير ملف الزوجين ، ولما يترتب عليه من مسؤولية مدنية في تخلف أي وثيقة ولعل من أوليات هذه الوثائق أن ملفهما يتوفر على شهادة عقد الزواج مستخرجة من دفتر الحالة المدنية أو الموثق ولا يعتد إطلاقا بالعقد العرفي حتى يثبت بحكم قضائي.

ومن هنا نستنأن المشرع يقصد في المادة 45 من قانون الأسرة أن الزواج يجب أن يكون رسميا[4].

وكذا رغبة المشرع أن يقيد عملية إجراء عملية التلقيح وسمح به عبر بوابة الزواج الشرعي حتى يتسنى له غلق باب المفاسد خاصة إذا علم الخاص والعام ما يحدث في هذا العصر من تجاوزات أخلاقية و اجتماعية من خلال الخروج عن النظام الكلاسيكي لزواج، وما يعرف الآن بمصطلح الزواج المثلي التي أباحت بعض التشريعات الغربية

---

[1] المادة 41 من ق أ"ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية".

[2] المادة 6 من ق أ "غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

[3] مادة 18 ق ا "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة المادتين 9،9 مكرر من هذا القانون"

[4] مقتبس من محاضرة الأستاذة خاطر خيرة ،جامعة سعيدة.سنة 2015.

والتي تسمح بإمكانية إجراء هذه التقنية على شخصين من نفس الجنس، امرأة تعاشر امرأة أخرى، أو حتى تكوين أسرة من زوج واحد كأن يتم تلقيح امرأة عزباء بنطفة الغير وبالتالي برمجة أطفال يتامى مسبقا[1].

أما فيما يخص موقف القانون الفرنسي أن يتم التلقيح إلا على الزوجين أو الرفيقين، قبل التطرق لموقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة يجب التنويه بما جاء به هذا الأخير فيما يتعلق بالضرورة العلاجية حيث أكد أن رغبة الزوجين في الإنجاب غير كافية لممارسة عملية التلقيح بل اشترط أن يكون أحدهما مصابا بمرض العقم وأن جميع المعالجات الطبية لم تعط نتيجة والضرورة الثانية تتمثل في اللجوء إلى الإخصاب لتفادي انتقال مرض خطير للمولود إذا تم الاتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الطبيعي أنظر [2]. وهذا ما أغفله المشرع الجزائري في مادته المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

وعودة إلى سياق الموضوع اشترط المشرع الفرنسي على الراغبين في اللجوء إلى عملية التلقيح أن تربطهما علاقة زوجية ، وزاد ذلك عندما سمح لمن تربطهما علاقة حرة من الاستفادة من المساعدة الطبية شرط أن يثبتا أنهما يقيمان معا سنتين (02 ans) على الأقل [3] وأن هذه المعاشرة الحرة تثبت عبر عقد يمنحه قاضي شؤون العائلية ، وفقا لما نصت عليه المادة 372 الفقرة الأولى من القانون المدني[4]

وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون رقم 654/94 وخصوصا مادته 2141-2 من نفس القانون أنهما تنصان أنه لا يحق للمرأة العزباء أو الأرملة المطالبة بالاستفادة من هذه العملية، كما أنه منع منعا باتا إجراءها على شخصين من نفس الجنس بالرغم أن القانون الفرنسي أجاز للمثليين من إقامة علاقة مشتركة (PACS) وكذا الاستفادة من الضمان الاجتماعي [5].

---

[1] د تشوار جيلالي ، زواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ،تلمسان ، سنة 2001 ، ص104.

[2] أنظر المادة 152 الفقرة السادسة من قانون الصحة العامة الفرنسي.

[3] -Art 152/2 Al 03 du .c.s.p "L'homme et la femme formant le couple doivent être vivant en âge procrées. mariés ou en meure d'adapter la preuve d'un vie commune au mois deux ans…"

Il est justifie de la communauté de vie entre les pères et les mères au moment de la "
" connaissance de leur enfant par acte délivré par le juge aux affaire familiales

[5] د تشوار جيلالي ، زواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ،تلمسان ،. مرجع سابق ،ص .101

وفي سياق أخر وفي ظل معالجة المشرع الفرنسي لبعض الحالات والتي أجازها وسمح بها هذا الأخير كحالة تغيير الجنس، وما يترتب عنه من نتائج، وما مدى إمكانية للشخص الذي قام بتغيير اللجوء إلى هذه التقنية ؟ اشترط القانون الفرنسي موافقته لهذه الفئة من المجتمع اللجوء إلى عملية التلقيح إذا اعترف له القضاء بجنسه الجديد، وهذا الموقف تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يوم 22أفريل 1997[1].

الفرع الثاني :شـــرط الـرضـا

شرط رضا الزوجين حسب موقف المشرع الجزائري لقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة 45 من قانون الأسرة أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا التام بين الزوجين وتوافق إرادتين، وأن هذا الرضا لا يصدر إلا من زوجين يتمتعان بكامل الأهلية كما يشترط أن يكونا قد بلغا سن القانونية 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني وهي في ذات الوقت سن أهلية الزواج،وأهلية مباشرة التصرفات القانونية .

وكإستثناء فإن المشرع الجزائري أجاز للقاصر أن يتزوج شريطة حصوله على إذن قضائي حسب المادة 07 من قانون الأسرة ، وفي هذا الصدد ،هل يعتد برضا الشخص القاصر بشأن عملية التلقيح الإصطناعي ؟ خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري حصر للقاصر أهلية التقاضي في الدعاوى القضائية التي تخص قضايا أثر الزواج والطلاق وبالتالي العقد القائم بين الزوجين بشأن التلقيح الإصطناعي هل يندرج ضمن العقود التي يكون القاصر أهلا لإبرامها ؟

سكت المشرع الجزائري عن هذه الحالة ،لكن إذا رجعنا إلى المادة 07 من قانون الأسرة نجد أنها تكلمت بخصوص ترخيص للقاصر بالزواج متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ومصطلح القدرة التي أشار إليها النص تحمل عدة مفاهيم كالقدرة على تحمل المسؤولية ، وكذا قدرة الزوجة القاصر على الإنجاب ،القدرة على النفقة ، القدرة على تسيير المحكم للأسرة، وبالتالي هذه القدرات وغيرها ليست كافية لتؤهل

[4]طالبة خدام هجيرة، تلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري ،مذكرة مجيستير ، تلمسان ، سنة 2006،ص17 .

الشخص القاصر على إبرام مثل العقد الخاص بالتلقيح الاصطناعي ، وقد يرى البعض غير ذلك في هذا الشأن.

وإذا تكلمنا عن طبيعة الرضا لم يحدد القانون ،كيفية الرضا كأن يكون شكليا مثلا! لكن حسب المشرع المهم أن يكون صادر عن إرادة حرة و صريحة لا يشوبها إكراه مادي أو معنوي أو نفسي ، لأن الرغبة في الإنجاب يجب أن تكون مشتركة وهذا أمر في غاية الأهمية لأن الولد المنتظر أولا سيحمل اسم أبويه وثانيا أن تخلف رضا أحد الزوجين يرتب مفسدة ،كأن ينكر الأب نسب الطفل أو يخرج المولود إلى وهو غير مرحب به وهذا فيه ضرر نفسي واجتماعي للمولود والأسرة[1].

وفي نفس السياق أن عنصر الرضا لا يهم فقط الزوجين ، بل يمتد أثره إلى الطبيب المختص حيث لا يمكنه البدء في إجراءات الإخصاب إلا بعد التأكد من حصول الرضا المسبق لطرفين وإلا يشكل تخلف هذا العنصر خطا طبيا منذ البداية وهذا ما يعرضه للمسؤولية المدنية باعتباره انتهك حق من حقوق المريض.

لكن إذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي نتيجة إكراه مهما كان نوعه،هل يرتب هذا السلوك إشكال قانوني؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من التوضيح أن الإكراه يكون نتيجة رفض أحد الزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح ، كأن يرفض الزوج إعطاء نطفته لتجري عليها عملية تخصيب البويضة،أو ترفض الزوجة الخضوع لعملية سحب بويضتها [2].

ففي هذه الحالة إذا تعرض الزوج لهذا الاحتيال جاز له قانونا أن يقاضي الطبيب باعتباره مسؤولا عن أخذ خليته الجنسية تحايلا ومتواطئا مع الزوج الأخر ومطالبته بالتعويض،وإذا كانت الزوجة هي الضحية فلها الحق أن تتابع الطبيب جزائيا باعتباره انتهك عورتها وأدخل السائل المنوي بدون رضاها ومتابعة الزوج بالتواطؤ[3].

---

[1] د تشوار الجيلالي ،رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية،جامعة تلمسان،عدد4،سنة2006.

[2] د شوقي زكريا الصالحي،التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،دار النهضة العربية مصر ،ص40.

[3] د اقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق ، ص206.

لكن المتفق عليه أن الحمل لا يتعرض إلى أي إشكال قانوني لأن الولد هو إبن شرعي لهما (الولد للفراش) ، ولا يجوز التعرض له بالإجهاض بحجة عدم الرضا[1].

لقد اطلعنا أن تخلف رضا احد الزوجين ، يفسد إجراء عملية التلقيح ، وإذا تمت هذه العملية عن طريق الإكراه أو التحايل فإنه يجر الطبيب والزوج المتواطئ إلى العدالة ، ولكن إذا كان عدم الرضا غير مؤسس أو غير مبرر ، أو عدم الذهاب إلى هذه الأسلوب من الإخصاب بدون سبب موضوعي ، ألا يعد هذا التصرف إجحافا وحرمان الأخر من الولد !الان إصرار احد الزوجين عن عدم الإنجاب هو تعارض مع مقصد من مقاصد الشريعة وهو النسل ، وكذا انتهاك لنص المادة أربعة من قانون الأسرة [2] التي تنص أن من أهداف الزواج هو المحافظة على الأنساب .

وقد ينجم على هذا الإصرار نتائج سلبية لا تتماشى مع روح والأسباب الحقيقية لزواج،بل قد تؤدي إلى أمور عكسية تعصف باستقرار الأسرة لعدم تحقق أثر من أثار النكاح، وبالتالي قد يخير المتخلف بين الإنجاب أو الطلاق،ولكن إذا طلب احدهما فك الرابطة الزوجية لهذا الغرض ما هو السند القانوني لذلك؟ ففي هذا الصدد يجب التمييز بين حالتين: أما فيما يخص الحالة الأولى إذا كانت الزوجة هي المصرة على رفض الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي فحينئذ يخير الزوج بين أمرين.

أما المطالبة بحل الزواج استنادا للمادة الثامنة والأربعون من قانون الأسرة الجزائري ويبرر دعواه على أساس أن رفض الزوجة لعملية التلقيح يعد إضرارا به من حيث تفويت فرصة أن تكون له ذرية تمتد بهم حياته ونسله ويفيض عليهم من عاطفة الأبوة،والأمر الثاني هو اللجوء إلى حق تعدد الأزواج إذا كان يرغب في استبقائها في عصمته حيث يعتبر عدم الإنجاب مبرر شرعا وقانونا للحصول على ترخيص من المحكمة حسب المادة 8 الثامنة من قانون الأسرة[3].

أما فيما يخص الحالة الثانية، في حالة رفض الزوج مشاركة زوجته في التلقيح الاصطناعي حيث أجازها القانون الحق في التطليق بناء على نص المادة الثالثة

---

[1] د اقروفة زبيدة،التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة، دار الهدى عين مليلة، مرجع سابق ، ص104.

[2] مادة4 من ق أ "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " .

[3] مادة8 ق أ"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ".

والخمسون الفقرة الثانية "يجوز لزوجة طلب التطليق لأسباب التالية".. العيوب التي تحول دون تحقيق هدف الزواج" وللقاضي السلطة التقديرية في إنشاء هذا الحق ، حيث يعرض الزوج للخبرة الطبية لتأكد من حالة العقم وإعطائه سنة ميلادية كاملة لغرض التداوي والعلاج،والتلقيح الاصطناعي هو احد وسائل العلاج ، فإذا اثبت عجزه وعدم شفائه أو امتنع فحينئذ يحكم القاضي بالتطليق،وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قراراتها سنة 1992ميلادي، قضت بصحة القرار الصادر من مجلس قضاء معسكر الذي استجاب لطلب الزوجة بالتطليق بسبب عجز الزوج عن الإنجاب" من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا على وجود عيب يحول دون هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية أبناء،ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم بالتطليق استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج ، فإنهم وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية "[1].

موقف المشرع الفرنسي عن رضا الزوجين أو الرفيقين في نص المادة152/ف2 من قانون الصحة العامة "يشترط أن يكون كل من الرجل والمرأة قد رضيا مسبقا بعملية التلقيح أو نقل البويضات..."[2] ويتم هذا الرضا في قالب رسمي مكتوب سابق للعملية وأن يتمسكا بالرضا إلى حين إجراء العملية،وبعد أن يتأكد الطبيب من إصرار الزوجين أو العشيرين على الخضوع للتلقيح،يخطر الأطراف على الحقيقة ونتائج العملية أي إعلامهما بنسبة نجاحها أو فشلها و يمهلهما شهر كامل لتفكير والتشاور ابتدءا من آخر مقابلة أجريت لهما،وعند انتهاء المدة يحق لطرفين في التراجع عن قرار التلقيح قبل الشروع في العملية وأن يحررا هذا التراجع كتابيا[3] ولكن إذا شرعا في عملية الإخصاب فلا يجوز لهما التراجع لأن القانون الفرنسي يسمح للمرأة في الإجهاض في فترة معينة للجنين[4] دون مراعاة الزوج،لكن في حالة وفاة أحد الزوجين، أو الطلاق أو توقف الحياة المشتركة لرفيقين يصبح الرضا باطلا وهذا قبل إجراء العملية،أما في حالة الإصرار على التلقيح فان الرضا يتبعه إجراءات تتمثل في الموافقة الكتابية في الشكل الرسمي أمام الموثق أو أمام قاضي يمارس مهامه أمام محكمة ابتدائية بعد التأكد من

[1] دأ قروفة زبيدة،الاكتشافات الطبية والبيولوجيا، مرجع سابق ، ص212.

[2] - L'art -152-2 al.3 du c.s.p L'homme et la femme consentant préalablement au transfer des embryon ou à l'insémination.

[3] طالبة خدام هجيرة ، التلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص27.

[4] د تشوار جيلالي ،رضا الزوجين عن التلقيح الاصطناعي،مقال منشور في مجلة الحقوق، عدد 4، سنة 2006.

معرفة الطرفين لكل النتائج المترتبة على رضائهما وضمانا لاحترام هذه الإجراءات فقد فرض القانون الفرنسي على مخالفتها عقوبة الحبس والغرامة طبقا للمادة 17 من قانون 654/94.[1]

وبالتالي فإن المشرع الفرنسي أصر على توفر عنصر الرضا في قالب رسمي مكتوب واوجد له نصوص درعية في حلة المخالفة وحرص عليه لدرجة أن المرأة إذا خضعت لعدة محاولات لتلقيح الاصطناعي فانه يجب أن يحرر ذلك كتابيا في كل محاولة ،وهذا حتى يتم التأكد من عدم رجوعهما عن قرارهما في الإنجاب الإصطناعي.

المطلب الثاني: أن يتم أثناء حياتهما وبمني الزوج وبويضة الزوجة

لقد اشترط المشرع الجزائري في فقرته الثانية والثالثة من المادة الخامسة والأربعون من قانون الأسرة أن يتم إجراء عملية التلقيح أثناء حياة الزوجين وبمني الزوج و بويضة الزوجة ، وهذا ما من تستوضحه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: أن يتم أثناء قيام العلاقة الزوجية

أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين حرص القانون الجزائري أن تتم هذه العملية أثناء حياتهما بمعنى أن الرابطة الزوجية لا تزال قائمة، وبما أن هذا الشرط يعد من البديهيات فيما يخص الإنجاب الطبيعي من خلال الاتصال الجنسي الطبيعي ، فانه يقاس على ذلك كليا في تقنية التلقيح الاصطناعي من اثر في الحمل ، فانه كذلك يرتب من خلال حال استعمال هذه التقنية بالنسبة للحمل ، بمعنى أن الولد هو ولد طبيعي وشرعي ويثبت نسبه في الحالتين سواء كانت واقعة الولادة أثناء الحياة الزوجية، أو في عدة الطلاق أو في عدة الوفاة شرط أن يكون في الآجال القانونية[2] ، أي أن تكون مدة الحمل أقصاها عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال[3].

---

[1] د تشوار جيلالي ،رضا الزوجين عن التلقيح الاصطناعي،مقال منشور في مجلة الحقوق، عدد 4، سنة 2006

[2]- د عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية لنشر ،جزائر،2007،ص343 .

[3]-م 43 ق أ"ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

وفي سياق أخر إذا كانت حالة التلقيح الطبيعي تتطابق مع حالة التلقيح الاصطناعي في الفقرة سابقة الذكر، فيجب الذكر أن هناك أشكال يثير الجدل فيما يخص الإخصاب الاصطناعي ما بعد الوفاة أو أثناء عدة الطلاق خاصة إذا تم الحصول على نطفة الزوج وخلال إجراءات عملية التلقيح توفي الزوج أو حدث نزاع أدى إلى الطلاق وقد احتفظ بالخلية الجنسية لزوج في مركز حفظ المني، السؤال هل يجوز للزوجة متابعة عملية التلقيح؟

لقد أغفل المشرع الجزائري حال استعمال الزوجة السائل المنوي لزوجها بعد وفاته وكذا حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة سالبة الحرية ولم يتم التطرق لهم مما يستدعي اللجوء إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا بدورها إلى الاستنباط من أحكام الشريعة الإسلامية.

يتم التطرق أولا إلى حالة استعمال عملية التلقيح بعد وفاة الزوج انقسم أهل فقه الشريعة إلى فريقين، حيث ذهب جمهور العلماء المحدثين إلى تحريم إجراء هذا العمل مطلقا سواء أثناء العدة أو بعدها وان ما يترتب عنه من اثر كالولد الذي يولد بهذا الأسلوب لا ينسب إلى أبيه ولا يرثه إلا إذا تيقن وجوده في بطن أمه وقت وفاة المورث حقيقة أو حكما، وجاء رأي الشيخ عصام الشعار الباحث الشرعي مطابقا للفتوى السابقة حيث قال " حسمت المجامع الفقهية السنية الأمر وانتهت إلى أن التلقيح الاصطناعي يكون جائزا إذا كان الماء الذي تم به التلقيح هو ماء الزوجة والزوج، وان يتم التلقيح أثناء قيام الزوجية، ولا يجوز التلقيح بعد انتهاء الزوجية بموت أو طلاق "[1].

أما الفريق الأخر فانه يرى غير ذلك، حيث يقول الدكتور عبد العزيز الخياط في مضمون حديثه، إذا حفظ الزوج منيه في مصرف منوي وبعد وفاته تأتي زوجته فتلقح داخليا بنطفة منه فتحمل، فالحكم أن الولد ولده وان هذه العملية بالرغم من عدم استحسانها إلا أنها جائزة، ويجب أن تشهد على أنها أخذت مني زوجها من مصرف المني، وتكون الشهادة عند إيداع المني وعند استخراجه وجواز هذا الحكم يكون أثناء العدة[2]، لان فترة

[1]- د/ أمير فرج يوسف ،أطفال الأنابيب طبقا للحائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية ، مكتبة الوفاء القانونية ،مصر،ط1،2013،ص63.

[2]- د/حسني هيكل ، نظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشرعية الإسلامية،مرجع سابق ، ص133.

العدة تكون لازالت الزوجية قائمة واستندوا على ذلك عندما أوصى سيدنا ابو بكر الصديق بان زوجته هي التي تقوم بتغسيله بعد وفاته، وبالتالي لو كانت أجنبية عنه بعد الوفاة ما أوصى بذلك خاصة لما يترتب من التغسيل بكشف العورة.

أما المشرع الجزائري فقد تأثر بجمهور العلماء عندما اشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين.

أما في يخص العقوبة السالبة للحرية للأشخاص المحكوم عليهم وفي ظل قوانين لا تسمح لزوجين بالمعاشرة الزوجية داخل السجون عكس ما يوجد في بعض البلدان كالسعودية والأرجنتين التي تسمح تشريعاتها بمخالطة الزوجات، وحيث أن تأثير العقوبة على الزوج يمتد لتمس حق الزوجة في الرغبة بالإنجاب ،خاصة إذا كانت العقوبة يمتد اجلها إلى فترات تدخل فيها الزوجة سن اليأس ، بحث تضعف قدرتها على الإنجاب[1]، ومن جهة أخرى إعفاء السجناء أدوية من طرف مصالح السجون لإضعاف الإثارة لدى النزلاء لتفادي المشاكل الجنسية، وهذا ما يؤثر سلبا مع مرور الوقت إلى إضعاف الخصوبة.

وإذا رجعنا إلى التشريع الجزائري في هذا المجال نجد أن المشرع اغفل عن ذكر هذه الحالة كذلك، لكن الواقع في الجزائر يعتبر الأمر صعب التطبيق لان مركز حفظ وتجميد السائل المنوي لم ترق بعد إلى المستوى الذي يؤهلها لمنح الفرصة لشخص المحكوم عليه بالإنجاب هذا من جهة ، وأخرى تكمن الصعوبة في حال إجراء العملية لهذه الفئة، حتى وان كان سيمارس حقه في سلطة الأبوة، وأن الزوجة بالرغم من أنها تستفيد من حق الأمومة، إلا أنها لا تتمكن من تربية الطفل لوحدها تربية سليمة ، أو توفر له جميع حاجياته، وحتى بالنسبة للمولود فانه لا ينعم بعاطفة الأبوة وقد يتأثر نفسيا واجتماعيا لوجود قدوته في السجن ويتربى في وسط مجتمع قد لا ينظر إليه نظرة سوية ، وحتى بالنسبة لزوج المحكوم عليه ، ما قيمة العقوبة إذا كان السجين ينعم في سجنه بالمعاشرة الجنسية والإنجاب، خاصة إذا كانت العقوبة غرضها الزجر.

أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي، هل يشترط القانون الفرنسي أن تجري عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين، أو الرفيقين؟

[1]- د/زبيدة أقروفة،الاكتشافات الطبية والبيولوجيا، مرجع سابق ، ص214.

في الحقيقة بالرغم أن المشرع الفرنسي أحكم التشريع فيما يخص هذا الأسلوب من التلقيح بموجب القانون 94،654 إلا أنه أغفل بعض الحالات التي يكون فيها الإخصاب أثناء الحياة بالرغم من أنها أثارت جدلا في الفقه الفرنسي ،حيث سيتم توضيحها بقدر الإمكان في هذا السياق.

لقد نص المشرع الفرنسي ضمنيا أن تجري عملية التلقيح خلال الحياة الزوجية أو المشتركة، من خلال نص المادة 152-2 من قانون الصحة الفرنسي حيث اشترطت الفقرة الثالثة أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة وأن يعبرا عن رضاهما للخضوع لإجراء العملية ،وهذا المعنى أكدته المادة 2141-02 فقرة 03 من نفس القانون [1].

لكن السؤال المطروح ما الحكم لو توفي الزوج قبل إجراء عملية التلقيح؟ وكذلك هل يستفيد الشخص المحكوم عليه بعقوبة من إجراء تقنية الإنجاب؟

للإجابة عن الأسئلة نبين أولا:

موقف الفقه الفرنسي من التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج ، قبل أن ينظم المشرع الفرنسي ويبين موقفه من هذه المسالة ،انقسم رأي الفقهاء إلى قسمين،فريق أيد هذا الأسلوب من التلقيح وعارضه الفريق الأخر ولكل منهما أدلته.

حجج المؤيدين لعملية التلقيح بعد وفاة الزوج، أجاز هذا الفريق للأرملة المطالبة باسترجاع مني زوجها المتوفى عنها لاستعانة به لتحقيق الحمل حيث استندوا في ذلك على أنّ تحقيق الحمل بعد الوفاة يمكنها من حفظ ذاكرته، كما يساعدها على الخروج من صدمتها في فقدانه ، ويكون الولد سندا لها في حياتها.

كما أنّ هذا الفريق برر أنه مادام القانون الفرنسي أجاز نظام التبني للمرأة التي تعيش وحدها فالأولى أن تستفيد الأرملة من حقها في الإنجاب من زوجها المتوفى عنها ويكون لها ولد من رحمها [2]، كما أنّ القانون الفرنسي اعترف بالزواج بعد الوفاة من خلال الرضا المعبر عنه قبل الوفاة بموجب المادة 171 من القانون المدني الفرنسي، قياسا عليه يمكن اعتراف برضا الزوج ورغبته في خضوع زوجته لعملية التلقيح بنطفته المجمدة بعد

[1] شوقي زكرياء الصالحي ، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مرجع سابق، ص141.
[2] طالبة خدام هجيرة ، التلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق ، ص31.

وفاته [1]. وبهذه الحجج اعترف هذا الفريق بمشروعية الاتفاق الذي يكون محله إجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

حجج المعارضين لهذه الحالة من التلقيح ، لقد أيدت غالبية الفقه الفرنسي إلى إضفاء عدم المشروعية على الاتفاق المتعلق لهذا الأسلوب من التلقيح ، واستندت على حجج جاءت في أغلبها ردا على الفريق المؤيد وتتمثل في أنّ الغرض الأسمى من هذا الأسلوب هو العلاج من داء العقم التي يعاني منه احد الزوجين،وليس الغرض منه حفظ ذاكرة الزوج المتوفى أو البحث عن صورة الزوج المفقود ،كما أن مشكلة العقم تنتهي بوفاة الزوج.

كما أنّ إجراء القياس بين عملية التلقيح بعد الوفاة وحالة نظام التبني التي أجازه القانون غير منطقي ليضفي الشرعية للجوء لهذه التقنية بعد الوفاة.

وكذالك الرضا يجب أن يتم أثناء الحياة الزوجية، وعلى الطبيب مراعاة رضاهما و حضورهما معا وقت إجراء العملية،وبالتالي إن إفصاح الزوج عن رضاه قبل وفاته لا يضفي الشرعية لهذا الأسلوب، ويعتبر الاتفاق باطلا كون أن الأسرة تعتبر خارج التعامل التجاري ، لأن عملية الإنجاب يجب أن يكون مشروع الأبوين معا خلال حياتهما، ويعتبر سبب الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام والآداب العامة ويتعارض مع روح المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي[2]، إذا لا يحق لأي شخص أن يستقبل عمدا طفلا بدون أب ، فيحرمه مسبقا من حق الأبوة .

ونرى أن الحجج التي قدمها الفريق المعارض توحي إلى إضفاء عدم المشروعية لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

موقف القضاء الفرنسي من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، لم يقتصر الخلاف حول هذه الحالة من التلقيح بين الفقهاء فقط بل امتد التعارض حتى بين القضاء ، حيث لم يتبع سياسة قضائية ثابتة وهذا حدث في فترات ما قبل تنظيم القانون الفرنسي لعملية التلقيح الاصطناعي.

---

[1] طالبة خدام هجيرة ، نفس المرجع ، ص 31 .

[2] -L’art 06.Code civil":On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs"

حيث ذهب القضاء الفرنسي قبل تشريع 1994حول القضايا المعروضة أمامه بين أحكام أيدت اللجوء إلى هذه التقنية والأخرى عارضت وهذا ما سيتم توضيحه في هذا الشأن.

أيد القضاء الفرنسي من خلال القضية التي فصلت فيها محكمة **"كريتيل"** بتاريخ 01 أوت 1984 والتي أثارت الرأي العام والفقه الفرنسي ،حيث تتلخص وقائع هذه القضية في ما يلي: أصيب السيد **" الآن بربلاكس"** بمرض السرطان على مستوى الخصية، فنصحه الطبيب المعالج له باللجوء إلى مركز حفظ وتجميد السائل المنوي لإيداع عينات منه قبل البدء في العلاج بالأشعة التي تؤثر سلبا على قدراته الإنجابية وهو الأمر الذي عمل به المريض حيث أودع خليته الجنسية لدى المركز بتاريخ 07 ديسمبر1981.

وبعد تدهور حالته الصحية قرر الزواج بعشيرته **"كورين"** بتاريخ 23 ديسمبر 1983، ليلقى حتفه بعدها بيومين،وبعد واقعة الوفاة لجأت أرملته إلى البنك المنوي لتطالب باسترجاع مني زوجها المتوفى عنها لغرض التلقيح به، لكن المركز رفض طلبها، مما دفعها إلى رفع دعوى أمام محكمة **"كريتيل"** مطالبة القضاء بإلزام المركز تسليمها مني المحفوظ لديه ، بحجة أن العقد الذي كان يربط زوجها والمصرف المنوي يعتبر عقد وديعة يخضع لأحكام المواد 1915 إلى 1954 من القانون المدني الفرنسي، وانه في قضية الحال فإنها تستفيد من تطبيق المادة 1932 فقرة 1التي تلزم المودع لديه برد الشيء نفسه الذي استلمه.

كما طالبت بتطبيق المادة 1939 من نفس القانون التي تنص على أنه في حال وفاة المودع فان الشيء المودع يسلم إلى الوارث إذا كان منفردا باعتبار أن والدا المتوفى قد تنازلا لصالح أرملته ، وبالتالي يبقى الشيء المودع من حقها لوحدها وعلى المركز أن يمتثل لطلبها ، وبدوره ردا لمركز على اعتراضه لطلبات المدعية بالحجج التالية :

إن السائل المنوي لا يعتبر شيئا قابلا لتعامل التجاري وبالتالي لا تسري عليه الأحكام المنظمة لعقد الوديعة.

إن العقد الذي أبرم بين المتوفى والمركز يمكن تكييفه على أنه عقد طبي باعتبار أن السائل المنوي كان لغرض العلاج وباعتباره ذو طابع شخصي فانه ينتهي بوفاة المريض ولا ينتقل إلى ورثته.

إن المتوفى قبل وفاته لم يعبر عن رضاه لخضوع زوجته لعملية التلقيح بسائلة المنوي،وبهذه الحجج يعتبر المركز أنه غير ملزم بالتسليم وطالب المحكمة برفض الدعوى، وبعد اطلاع المحكمة على كافة المستندات والأدلة أصدرت حكما يلزم المركز بتسليم الحيوان المنوي لأرملة لتمكينها من الخضوع لعملية التلقيح ،ويكون التسليم في أجل أقصاه سنة أشهر من صدور الحكم ، وقد استند القضاء في حكمه على أن العقد يعد مشروعا من حيث المحل والسبب ولا يتعارض مع المادة 1168 من القانون المدني ، ومن جهة أخرى أن القضية تعتبر حديثة ولا توجد أي نصوص تنظمها[1]، و يستنتج من هذا الحكم أن القضاء أيد اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

يرى القضاء المعارض لعملية التلقيح من خلال هذه القضية التي تتلخص وقائعها، حيث أن السيد **"ميشال"** لجأ إلى مركز حفظ وتجميد السائل المنوي ، من أجل حفظ عينات من سائله المنوي بعد أن قام بالاتفاق معه على أن تستعملها زوجته بحضوره ، لكن قبل إجراء عملية التلقيح، توفي الزوج بعد معاناته مع مرض السيدا بتاريخ18 سبتمبر1989،الأمر الذي دفع بأرملته المطالبة باسترجاع الحيوان المنوي ،لكن المركز رفض التسليم مما دفعها إلى رفع دعوى أمام محكمة "تولوز" تطالب بحقها في استعمال ماء زوجها المتوفى باعتبارها المستفيدة الشرعية ، وذلك لتحقيق هدف مشروع ، يخرج عن دائرة التداول التجاري.

في حين طالب المركز من جهته المحكمة بعدم قبول الدعوى بحجة أن هناك اتفاق صريح ينص فيه المتوفى على ضرورة حضوره حال استعمال منيه في عملية التلقيح واستندوا على نص المادة 1134 من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأضاف المركز أن المتوفى مات بسبب مرض السيدا فمن المحتمل أن يكون المنوي حاملا لنفس الفيروس، وأن العملية في حد ذاتها تشكل مساسا بحق الطفل لأنه سيحرم من الأبوة قبل ولادته.

[1] مقتبس من مذكرة مجيستير ، الطالبة خدام هجيرة ، مرجع سابق ، ص 35.

وأمام هذه الحجج والأدلة قضت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1991 برفض طلب المدعية المتمثل في استرجاع السائل المنوي لزوجها المتوفى عنها، وأمرت المحكمة المصرف المنوي بإتلاف العينات في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من صدور الحكم[1].

ومن خلال هذه الحجج والأدلة قضت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1991 برفض طلب المدعية المتمثل في استرجاع سائل المنوي لزوجها المتوفى عنها ، وهذا المنهج هو الذي تبناه المشرع الفرنسي في تنظيمه لعملية التلقيح الاصطناعي بموجب القانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 وكذا القانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004 والذي ينص في معارضته لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة خاصة في نص المادة 152-2 الفقرة الثالثة من قانون الصحة الفرنسي حيث تشترط أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة.

أما فيما يخص عن رضا الزوج عن استعمال زوجته سائله المنوي بعد وفاته وبالرغم أن المشرع الفرنسي اغفل عن ذكر هذه الحالة صراحة إلا انه يفهم من خلال التقارير الرسمية لمجلس الدولة الفرنسي أنظر [2] وكذا التقرير رقم 236 المحضر باسم لجنة الأعمال الاجتماعية لمجلس الشيوخ بتاريخ 12 جانفي 1994 والذي ينص على:

"L’homme et la femme doivent être vivants et consentants au moment de l’insémination ou de l’implaritation de l’embryon".

نستخلص من المواقف السابقة أنه لا يحق اللجوء إلى التلقيح بعد الوفاة سواء عبر الزوج عن رضاه قبل وفاته أو لم يرض فالعبرة أن يتم التلقيح أثناء الحياة.

حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية

لقد أغفل المشرع الفرنسي عن معالجة هذه الحالة بالرغم من التنظيم الواسع لمسائل عملية التلقيح الاصطناعي بموجب قانون 1994 ، مما فتح أمام جدال أثاره الفقه الفرنسي حول مدى قانونيته .

---

[1]- دكتور شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص145 .

[2]- Déclaration de conseil l’etat "on peut douter qu’il soit sain d’offrir a des parents le pouvoir de programmer"

مما نتج عنه انقسام في الرأي إلى فريقين، حيث اتجه الفريق الأول إلى خلاصة بعدم حرمان المحكوم عليه بحقه في استعمال هذه التقنية لغرض الإنجاب كون هذا الأمر يعد من الحقوق الشخصية المعترف بها بالمواثيق الدولية والمحلية والتي توحي بعدم امتداد العقوبة إلى الحقوق الخاصة لسجناء ،ومنها حق الإنجاب ،خاصة إذا كانت هذه العقوبة تمتد إلى فترات تدخل فيها الزوجة إلى مرحلة سن اليأس حيث تضعف خصوبتها ، وبالتالي حرمانها من الإنجاب[1]، أما الفريق الثاني فانه يميز بين الحالة التي تكون فيها العقوبة قصيرة المدى وبين الحالة التي تكون فيها العقوبة طويلة المدى.

فذهب الرأي إلى جواز التلقيح في حالة الأولى لكونها لا تطرح مشاكل ورفض الجواز في الحالة الثانية لأن المؤسسات العقابية حسب تنظيماتها وظروف عملها التي تعرقل إجراء العملية التي تتم تحت مراقبة خاصة، ولأسباب أخرى تضر بالزوجة لكونها ستقوم بتربية ابنها التي يأتي عبر التلقيح بمفردها، وهذا ما يترتب عنه عبء ثقيل على الزوجة، وكذا الطفل الذي يحرم من عطف الأبوة، وما يترتب عنه من مشاكل نفسية واجتماعية[2].

ومن خلال هذا البحث لا يوجد للقانون الفرنسي ولا للقضاء الفرنسي أي اثر في معالجة هذه الحالة من فئة المحكوم عليه ، عدا ما أثاره الفقه الفرنسي .

الفرع الثاني: أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة

أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما حسب ما أورده المشرع الجزائري في فقرته الثالثة من المادة الخامسة والأربعون من قانون الأسرة الجزائري.

عقد الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين ، وبالتالي فإن من اللازم أن تلقح الزوجة بذات مني زوجها ، دون شك في استبداله أو اختلاطه بماء غيره،حيث يؤكد علماء الشريعة أن تلقيح الزوجة من رجل أخر غير زوجها هو محرم

[1]- خدام هجيرة ، التلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق ، ص38 .

[2]- د تشوار جيلالي ، زواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، تلمسان ، مرجع سابق ، ص 102.

شرعا ويقوم في مقام الزنا وأثاره وكل طفل ناشئ بالطرق الغير الشرعية لا ينسب إلى أبيه[1] وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان سنة 1986 "لا حرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة من تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في اختلاطه واستبداله[2]...".

وقد اشترط علماء الشريعة الإسلامية أن تتم عملية التلقيح بحضور الزوج إذا لا يجوز الخلوة بالزوجة كون أن التلقيح يتم التعامل فيه مع الفروج، ويقول الشيخ محمد مأمون"فإذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي فهذا حلال وينسب المولود للأب والأم..."[3]

وبالتالي إذا كانت عملية التلقيح بهذا الأسلوب مقبولة شرعا وتشريعا ،إلا انه لا يجوز تأييد تلقيح بويضة المرأة بمني غير زوجها من الجانب الشرعي ولا القانوني لأن هذا الأمر لا يعد من المسائل الشخصية بل يتعداه إلى الشأن العام الذي تبنى عليه الأسر والمجتمع، وفي نفس السياق أكد المجمع الفقه الإسلامي بقوله " أن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل غير زوجها أو استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب منه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهن صفات معينة كلها محرمة وممنوعة على الإطلاق لم يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر... " .

ويستنتج من هذا الحديث صراحة أن الطفل الذي يولد من إجراء عملية التلقيح بماء الغير يعد ابن غير شرعي سواء كانت العملية برضا الزوج أو بدونه،وينسب إلى أمه[4] وبالتالي لا يجب التضحية بالرابطة الزوجية وبوحدتها الأخلاقية في سبيل الوظيفة التناسلية، وهذا الدور لا يقتصر الالتزام به من طرف الزوجين فقط بل يمتد إلى مسؤولية الطبيب حيث يتوجب عليه أن يكون أهل ثقة ويحرص كل الحرص على سلامة النطف من الاختلاط ووضع الأنابيب بأسمائها في موضع آمن دون سهو أو غفلة، لأن كل خطأ منه

---

[1] د تشوار جيلالي ، زواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، تلمسان ، نفس المرجع ، ص104.

[2] طالبة بوحرص أسماء ، تأجير الأرحام ، المرجع السابق ، ص16.

3 د أمير فرج ، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية ، مرجع سابق ، ص144.

[4] تشوار جيلالي ، نفس المرجع، ص106.

بعمد أو غير عمد سيرتب عنه اختلاط الأنساب ، وهذه أمانة عظيمة أمام الله وأمام الضمير المهني.

وهذا ما حرص عليه المشرع الجزائري عندما اشترط أن لا تتم عملية التلقيح الاصطناعي إلا بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما . وإذا كان هذا موقف المشرع الجزائري ، فما هو موقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة؟

موقف القانون الفرنسي بإجراء عملية التلقيح بماء الغير، من خلال التحقيق الذي أجراه اتحاد أطباء النساء والتوليد الفرنسي سنة 1957 تبين أن العديد من الأشخاص تبرعوا بنطفهم لصالح الغير بمقابل مالي، وذلك من خلال الدور الذي لعبه مركز حفظ وتجميد النطف، حيث تحفظ نطفة المتبرع ليستفيدوا منها الأزواج الغير القادرين على الإنجاب.

لكن هذا الأسلوب من التلقيح أثار جدلا واسعا وسط الفقه الفرنسي حول مدى مشروعيته، مما نتج عنه تباين في الواقف فريق مؤيد، والأخر معارض، حيث كان العنوان العريض لهذا الخلاف هو :هل يعتبر شرعيا تلقيح امرأة بنطفة رجل لا تربطهما علاقة زواج ولا علاقة حرة معترف بها؟

ويعتبر الفريق المؤيد في حججه لعملية التلقيح بماء الغير أن هذا الأسلوب وسيلة للقضاء على مشكل العقم، وتحقيق رغبة الزوجين في الحصول على طفل، كما أن التبرع بالحيوان المنوي يعتبر شبيه بعملية التبرع بالدم والأعضاء البشرية التي يجيزها التشريع الفرنسي.

وبالتالي يقاس عليه إباحة التبرع بالحيوان المنوي، ويعتبر تبرع الغير بنطفته لصالح الزوجين لغرض الإنجاب قد يؤدي إلى تقوية الرابطة الزوجية ويحسن من الحالة النفسية لهما خاصة إذا نتج عن هذا التلقيح طفل يؤنس وحدتهما، ومادام أن هذا النوع من التلقيح يجري في عيادات خاصة ومتخصصة وتعمل بشكل قانوني وتحت مسؤولية الطبيب، فلا مجال لإثارة مشكل عدم مشروعيته.

أما فيما يخص حجج المعرضين لعملية التلقيح بماء الغير، لقد أكد فريق هذا الرأي على عدم شرعيته وقد استدلوا في ردهم على ما يلي:

يمثل هذا النوع من التلقيح من قبيل الخيانة الزوجية، ويكون الطبيب الذي ساهم في هذا التلقيح قد تواطأ في تحقيق الخيانة وبالتالي تترتب عليه مسؤولية جنائية عن هذا الفعل[1]، وان التبرع بالمني يؤثر على التركيبة الأسرية لان الطفل يلحق صاحب النطفة البيولوجيا لا إلى أب الأسرة، ولا يمكن إجراء قياس بين التبرع بالنطف والتبرع بالدم، لأن الدم قد ينقذ حياة أشخاص حيث يختلط ويسري في جسم المتبرع له، أما المني فانه يحدث تداخلات في النظام البيولوجي بين المتبرع والمولود.

إن هذا الأسلوب لا يؤدي إلى حلول للمشاكل الزوجية سببها العقم أو تحسين حالة نفسية، بل قد تشعر الزوج بالغيرة، وبمركب نقص يلازمه بأن المولود ليس من صلبه وهذا قد يؤدي إلى مشاكل مستقبلية قد تنتمي بإلغاء الاعتراف به، هذه هي الردود التي احتج بها الفريق المعارض على الفريق الأول.

حيث لم يقتصر الخلاف بين الفقه الفرنسي فقط بل امتد صداه ليصل إلى القضاء الفرنسي حيث شهد هو الأخر تعارض في الأحكام بين مؤيد وعارض لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير.

موقف القضاء الفرنسي المعارض لإجراء التلقيح بنطفة الغير:

يتضح موقف القضاء الفرنسي المعارض من خلال القضية التي عرضت أمام محكمة **"تولوز"** والتي تتلخص وقائعها:

أن رجلا عقيما كان يعاشر امرأة معاشرة حرة وكان يرغبان في الحصول على مولود، ولأجل هذا الغرض أبدى العقيم موافقته لإجراء عشيرته لعملية التلقيح بنطفة متبرع ،وبعد إجرائها رزقا بولادة "طفلة" اسمها **"إيميلي"** بتاريخ 23 جويلية 1983، ونسبت إلى رفيق والدتها، ومع مرور عامين سنة 1985 ثار نزاع بين العشيرين أدى إلى رفع دعوى أمام محكمة **"تولوز"** طالب فيها الرفيق إلغاء اعترافه بالطفلة بحجة أنه يمنح للمولودة أبوة غير أبوتها الحقيقية وباعتباره أن ليس والد **"إيميلي"** فانه يمكن التراجع عن اعترافه دون أن يشكل خرقا لنص المادة 311 من القانون المدني[2].

---

[1] د بلحاج العربي ، مبادئ الشرعية و القانونية في التلقيح الاصطناعي ، ديوان المطبوعات الجامعية تلمسان مرجع سابق ، ص135.

[2]- المادة 311 قانون مدني فرنسي:"تعطى الحق للزوج في طلب إنكار نسب الطفل الذي وضعته زوجته أثناء الزواج شريطة ان يثبت انه من المستحيل ان يكون هو الأب".

إلى جانب هذه الحجة ،تمسك بتطبيق المادة 339 من القانون المدني التي تعطى الحق لكل من له مصلحة في الاعتراف على الإقرار بالنسب ، حتى وان صدر إقرار من المقر نفسه[1]، أما أم الطفلة فردت بعدم موافقتها على طلب الأب القانوني، بدليل أنه عبر عن رضاه لإجراء هذا النوع من التلقيح وان الرضا يترتب عليه الاعتراف بالطفل وعدم إلغاءه لــه.

كما أنها طالبت بالتعويض عن الأضرار التي ستلحق بها وطفلتها بإنكاره النسب، وبعد فحص الأدلة استجابت القضاء في حكمه الصادر في 02 فيفري 1987 لطلب الأب المتمثل في إلغاء النسب وبالمقابل ألزمته بدفع مبلغ قدره مئة ألف فرنك فرنسي إلى الطفلة، وكذا دفع عشرين ألف فرنك فرنسي لوالدتها نتيجة لإضرار المعنوية التي لحقت بها جراء إنكار الأبوة.

وقد أيدت محكمة الاستئناف **تولوز** هذا الحكم في قرارها الصادر في 21 سبتمبر 1987 والقاضي بإلغاء اعتراف الأب القانوني ،كما أبقت التعويض المادي للطفلة وإلغاء المبلغ الممنوح للأم بحجة أنها مسؤولة وشريكة في عملية التلقيح باعتبار أن هذا الأسلوب غير مشروع لعدم مشروعية السبب والمحل وبالتالي أن الاتفاق المبرم بين الطرفين بشأن المسألة يعد باطلا، غير أن هذا القرار قد تم الطعن فيه أمام محكمة النقص والتي قضت بشأنه في 10 جويلية 1990 بان محكمة الاستئناف قد أهملت من خلال قرارها طلبات أطراف الخصومة حينما منحت المولود تعويضا على أساس الأضرار التي لحقته من جراء ولادته بواسطة التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير.

بدلا أن تمنحه إياه على أساس التي لحقته نتيجة إلغاء الاعتراف بالأبوة هذا من جهة ومن جهة أخرى لم تقم بتحديد العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الذي لحق الطفلة نتيجة إلغاء الاعتراف[2]، لهذا فان القرار المطعون فيه حتى وان أهمل طلبات الأطراف فانه أخذ بعين الاعتبار رضا الأب وجعله سببا في منح التعويض للمولودة، لهذا يعد القرار مبرر قانونيا، حيث أيدت محكمة النقص الفرنسية قرار محكمة الاستئناف.

موقـف القضـــاء المؤيــد لأسلــوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير:

[1]- د/ اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية ، مرجع سابق ، ص191.

2- د/أقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية، مرجع سابق ، ص191.

خلافا للقضية السابقة ،قضت محكمة **"بوبينج"** بتاريخ 18 جانفي 1990 باعترافها بأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير ، مع رفضها لطلب الزوج الرامي إلى إنكار أبوته للمولود ، وهذا الحكم نستخلصه من وقائع القضية.

حيث أن زوج كان يعاني من داء العقم حالت دون إنجاب زوجته فاتفق معها على خضوعها لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة متبرع مما نتج عن هذا التلقيح ازدياد مولود.

وبعد مرور فترة ستة أشهر من ميلاده نشب نزاع حاد بين الزوجين مما دفع الزوج إلى رفع دعوى أمام المحكمة يطالب من خلالها إنكار أبوته للمولود بحجة أن زوجته كانت تربطها علاقة غير شرعية برجل أخر، وان الابن هو من صلب هذا الأخير وليس وليدا لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، وكرد فعل دفعت الزوجة بعدم قبول دعواه بحجة أن زوجها غير رضاه مسبقا بخضوعها لهذا النوع من التلقيح وكذلك طلبت التطليق منه.

وبعد فحص الأدلة أيدت المحكمة طلب الزوجة بدليل أنها اعتدت برضا الزوج المسبق ورفضت دعواه في إنكار أبوته،لان الحكم لصالح الزوج سيمنح الفرصة لكل شخص العدول عن رضاه وإنكار الاعتراف بولده متى وقعت بينهما خلافات مما يشكل مساسا بحقوق الطفل التي تقضي بعدم حرمانه من الأبوة بسبب استحالة قيام رابطة مع أبيه البيولوجي طبقا لمبدأ سرية المتبرعين، ونستخلص أن حكم القاضي وافق على أسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير ورفضه لطلب الزوج قد اعتد بالرضا المسبق المعبر عنه من قبله في خضوع زوجته لمصلحة المولود.

موقف التشريع الفرنسي من التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير:

من خلال ما شهده هذا الأسلوب من التلقيح من خلافات فقهية وكذا التعارض بين الأحكام القضائية الناتجة عن غياب نصوص تشريعية تؤطر هذا النوع من التلقيح وفي ظل هذا الخلاف تدخل المشرع الفرنسي وذلك بإصدار قانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994.

حيث حسم موقفه صراحة من خلال نص المادة 152-6 من قانون الصحة الفرنسي[1] والتي تجيز اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي تفشل فيها عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أو الرفيق في الإنجاب، إلا أن هذه المادة تعرضت للنقد من طرف مجلس الدولة الفرنسي باعتبارها تتناقض مع روح المادة 152-1 من نفس القانون والتي تنص على أن باب المساعدة الطبية لا يستفيد منه فقط الغير القادرين على الإنجاب فقط بل تمس حق الأشخاص المصابون بأمراض وراثية خطيرة يخشى انتقالها إلى المولود.

ومن خلال هذا التقصير في الصياغة دعا مجلس الدولة إلى ضرورة تعديل المادة المذكورة أعلاه وبالفعل استجاب المشرع الفرنسي لنقد الموجه إليه من قبل مجلس الدولة حيث أضاف إلى نص المادة حالة الإصابة بالإمراض الوراثية الخطيرة إلى جانب اشتراطه اللجوء إلى نطفة الغير عند فشل محاولات التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج وهذا التعديل تبناه المشرع في المادة 2141-7 من القانون 2004-800 تداركا منه لنقص الذي وقع فيه سنة 1994.

وبالتالي فان المشرع الفرنسي لم يتفق مع شروط المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 45 مكرر التي تنص أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة وعدم الاستعانة بنطفة الغير مطلقا، أما في ما يخص القضاء الجزائري فإنه عكس القضاء الفرنسي الذي لم يذكر عنه رفع أي قضية من هذا النوع ولعل السبب يؤول إلى حداثة هذه التقنية في بلادنا.

لكن إذا فرضنا أن شخصا رفع دعوى أمام محكمة جزائرية يطلب من خلالها إلغاء نسبه بابنه، لأن هذا المولود ناتج عن عملية تلقيح اصطناعي بنطفة الغير بعلم ومساعدة الطبيب المعالج وأقام الحجة على ذلك، فماذا يكون رد القضاء، علما أنه لا يوجد عقوبة بدون نص، أ يحكم له بعدم الاختصاص، أم يقال لطبيب افعل ما شئت، لا يوجد نص في القانون يعاقبك.

ولذلك يرى بعض الفقه القانوني أن المشرع الجزائري قصر في المادة 45 مكرر لأنه لم يقابلها بمواد ردعية في قانون العقوبات في حال مخالفتها.

[1] - ART152-6CSP"L'Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être partagée que comme ultime indication lorsque la prusation médicament assistées à l'intérieur du couple peut aboutir "

الفصل الثاني

استئجار الأرحام

في ظل تحديات المعرفة العلمية والتطور التكنولوجي الذي يكتسي عالمنا اليوم ، حيث وفي كل فترة يعلن العلم عن مستجدات كبيرة في مجال التقنيات ، خاصة المرتبة بالإنجاب بشتى طرقه وبالرغم من الفوائد المتعددة لهذه العلوم في إيجاد حلول لمشاكل البشر التي كانت تبدوا في وقت قريب مستحيلة، إلا أنه بالمقابل ظهرت هناك مسائل قانونية أثارتها هذه التقنية حيث ترتبت عنها مشاكل ، مما نتج عنها تباين واختلاف ما بين الفقه والتشريع القانوني والتي تشمل بعض صور التلقيح الخارجي المتمثلة في ما يعرف بالمصطلح القانوني الأم البديلة (المبحث الأول) باعتبارها طرف ثالث في العملية وما

يترتب عنها من مسؤولية عقدية بين الزوجين والمتبرع ، وكذا طبيعة مسؤولية الطبيب.(المبحث الثاني)

المبحث الأول

صور استئجار الأرحام ومدى مشروعيتها.

لقد اشترط المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والأربعون من قانون الأسرة على أنه " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"[1] وبهذا الموقف أغلق القانون الجزائري الباب أمام أي اجتهاد قد يؤدي إلى تدخل طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية قد يساهم بخليته الجنسية ، أو تتدخل إمرة لحمل الجنين، وقبل معرفة ما مدى مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح من الناحية الشرعية

[1]- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، سنة 2015، ص 285 .

والقانونية نعرج أولا من خلال المطلب الأول، عن ماهية استئجار الأرحام والصور المتعلقة بها؟

المطلب الأول : مـاهية استئجار الأرحام

يعتبر التلقيح داخل الأنبوب أحد أساليب التلقيح الاصطناعي الخارجي وإلى جانب ذلك اكتشف الطب أسلوبا آخر، يتطلب تدخل امرأة أجنبية من أجل استئجار رحمها، وحمل المولود بدلا من الزوجة غير القادرة على فعل ذلك، ولهذا سمي هذا النوع بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة.

الفرع الأول : أقسام التلقيح الاصطناعي الخارجي

قد يصاب الجهاز التناسلي للمرأة بعلة، فيحول دون إمكانية حصولها على الولد وقد يكون رحمها ومبيضها سليمين، لكن المرأة مصابة بمرض خطير يخشى انتقاله إلى المولود، أولا تقدر على الحمل لأن ذلك قد يعرض حياتها للخطر، أو تكون المرأة سليمة وقادرة إلا أنها لم تحمل حفاظا على مظهرها الخارجي لما ينتج من تغيرات لجسمها بسبب الحمل. [1]

[1] د حسان حتحوت ، مجلد الاسلام والمشكلات الطبية، القاهرة، سنة 1991، ص 189 .

ولهذه الأسباب وغيرها يتم اللجوء إلى الأم البديلة. ولمعرفة ماهية الأم البديلة عرفها دكتور" حسان حتحوت" بقوله "أنه عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها ، بأجر أو بدون أجر ، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة .[2]" وهناك تعريف آخر" هو استخدام رحم امرأة أخرى لحمل اللقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة، وغالبا ما يكونان زوجين، وتحمل الجنين وتضعه وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما[3] .

ومن خلال هذه التعاريف يستنتج أنه وبظهور طريقة جديدة في الاستيلاد أنه ولأول مرة أصبحت الأم لا تلد ابنها ، حيث يتم ذلك باستخدام رحم امرأة أجنبية لحمل لقيحة الزوجين لتلد لهما مولودا سواء بعوض أو بغير عوض ليكون ابنهما القانوني .فالأم البديلة في الغرب بنيت على أساس أن الغاية تبرر الوسيلة، حيث يعتبر مناصروا هذه التقنية أنها حق من حقوق الإنسان باعتبارها تساعد المرأة العاقر على الحصول على الولد، أما معارضوها فإنهم يعتبرون أنه إذا كانت الغاية شريفة فيجب أن تكون الوسيلة شريفة ولا يجب معالجة الضرر بالضرر.

فيما يخص تصنيف تقنية الرحم المستأجر فإنها تعتبر في حد ذاتها صورة من صور التلقيح الخارجي، حيث تقسم هذه الأخيرة بدورها إلى ثلاثة (03) أقسام في القسم الأول تكون صورة الإخصاب خارج الجسم تتم بين مني الزوج وبويضة الزوجة حيث تلقح خارجيا في أنبوب ثم تنقل إلى داخل عنق رحم الزوجة. وهي طريقة جائزة شرعا.

أما القسم الثاني يتمثل صور الإخصاب من غير أحد الزوجين، حيث تتضمن الصورة الأولى من هذا القسم أخذ الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من امرأة أجنبية عن الزوج (متبرعة) وعند تلقيحها تنقل البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة ، وتقتصر هذه الحالة عند وجود عيب في مبيض الزوجة , فلا تستطيع إفراز البويضات ، أو يكون المبيض قد تم استئصاله بسبب ورم ، لكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه . [1]

أما الصورة الثانية فيؤخذ الحيوان المنوي من رجل أجنبي عن الزوجة (متبرع) والبويضة من الزوجة، ويستعان في هذه الحالة عند عدم وجود الحيوانات المنوية

---

[2] حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحضر و الإباحة ،مرجع سابق ، ص 56 .

[3] د عامر قاسم أحمد القيسي ، كصدر سابق ، ص 51.

[1] د حسين محمود عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحضر و الإباحة ،مرجع سابق ، ص 14.

عند الزوج أو ضعفها، أو وجود تشوهات في خليته الجنسية، أو عدم قدرته على اختراق البويضة. [2]

أما الصورة الثالثة يكون الحيوان المنوي والبويضة من متبرعين وبعد تخصبهما يتم نقلها إلى رحم الزوجة، وتكون هذه الحالة بسبب عقم الزوج وعدم قدرته على الإنجاب، وكذلك عندما يكون خلل في إفراز بويضات الزوجة، أو عدم قدرتها حمل الجنين داخل الرحم.

وفيما يخص القسم الثالث و صور الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم فالصورة الأولى تتكلم عن إجراء تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين نطفة الرجل وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية عن زوج متبرعة بحملها ويلجا إلى هذا الشكل حينما تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لمشكل في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها، أو خوفا من أثار الحمل فتتطوع لها امرأة أخرى بالحمل حيث تسمى هذه المتطوعة (بالأم المستعارة) أما الصورة الثانية فهي نفسها الصورة السابقة.

لكن هناك فرقا بينهما يتمثل بان المتطوعة بالحمل هي الزوجة الثانية لزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها ، إلا أن الصورة لا يتم إجرائها في البلدان الغربية التي لا تسمح قوانينها المدنية وقوانين الأسرة فيها بتعدد الزوجات غير أن هذه الحالة مباحة في البلدان الإسلامية حيث تقر الشريعة الإسلامية بنظام تعدد الزوجات.

أما الصورة الثالثة يؤخذ الحيوان المنوي من الزوج، والبويضة من امرأة متبرعة وبعد الإخصاب توضع اللقيحة داخل رحم متبرعة أخرى ،ويستنتج من هذه الصورة أن خلال في الجهاز التناسلي للمرأة ، فلا هي قادرة على إفراز بويضاتها ولا غلى حمل البويضة الملقحة .أما الصورة الرابعة، فيكون الحيوان المنوي من المتبرع وكذالك البويضة من متبرعة.

وبعد الزراعة توضع البويضة الملقحة داخل رحم متبرعة أخرى، والعلة في هذه لا صورة أن كلا الزوجين عقيما ، لا يستطيع الإنجاب فيلجأ الزوجين إلى مركز

[2] محاضرات الأساتذة خاطر خيرة ، جامعة سعيدة ، 2015، ص 39 .

تجميد وحفظ الأجنة مع شركات تأجير الأرحام لإبرام عقد بينهما يتم بموجبه تسليم الزوجين الطفل بعد الوضع ليكونا ابنهما القانوني[1]، أما الصورة الخامسة فتكون البويضة من الزوجة والمني من رجل متبرع وتزرع في رحم امرأة أجنبية لعلة في خلية الزوج.

الفرع الثاني: حكم هذه الصور من حيث المشروعية

موقف الشريعة الإسلامية من الصورة السابقة الذكر، باعتبار أن التلقيح الاصطناعي يدور بين دائرتي الإباحة والتحريم، حيث أن الإنسان يتربى في وسط قائم على الصلات والارتباط وهذا لن يتحقق إلا على أساس حياة زوجية سليمة حسب كل صورة .

- صور الإخصاب خارج الجسم من غير أحد الزوجين .

أما الصورة الأولى إذا كانت البويضة من امرأة متبرعة والمني من الزوج فانه أجمع فقهاء الأمة على حرمة هذه الصورة وبطلانها ويترتب عليها إثم كبير على كل الأطراف المساهمة سواء الأخذ أو المعطي، لما يمس بالنظام العام والآداب العامة[2] لأنه يعتبر مخالفة صريحة لنص الآية الكريمة (أدعوهم لأباهم هو أقسط عند الله) سورة الأحزاب ،الآية 05.

ومعنى آبائكم في الآية تخص الأم والأب سواء، فإذا لم تكن البويضة من الزوجة فإنها لا تعد أما، وبالتالي تعد رحمها من قبيل الأم المستأجرة ، وقد اتفق العلماء أن هذه الصورة تقوم مقام الزنا المحرم شرعا ، والطفل الذي يولد عن هذا الأسلوب، يعتبر ابن زنا وهذا ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب[3] ، أما فيما يخص النسب فهو ثابت من جهة الأبوة، وبما أن الزوجة الحامل هي في عصمته وقد وضعت حملها على فراشه، فان الولد ينسب إلى الزوجين "الولد للفراش"[4]

أما في ما يخص الصورة الثانية ، أن تقدم الزوجة بويضاتها ويقدم المتبرع الأجنبي عن الزوجة حيوانه المنوي ، فإن العلة في هذه الحالة دخول عنصر ثالث أجنبي

---

[1] د اقروفة زبيدة ،التلقيح الاصطناعي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 61 ، 62 .

[2] د اقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية ، مرجع سابق ، ص 170 .

[3] حسيني هيكل ، النظام القانوني لإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 284

[4] -د/ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء القانون الجزائري ، دار الهدى، عين مليلة ، سنة 2010، ص31 .

بين الرجل وزوجته في عملية التلقيح، وهذا يؤدي إلى تحريم هذه الصورة تحريما مطلقا مستندا لقوله تعالى(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) سورة البقرة ، الآية 233.

وهذه الآية يعتبر الأب هو المولود له، وكذا الآية الكريمة(والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذالك فأولئك هم العادون) سورة المومنون، الآية 07. وحفظ الفروج لا يكون إلا بقصرها إلا على الزوجة، وبالرغم من أن الولد ليس من صلب الزوج إلا أنه ينسب إلى الزوجين حيث قال الشيخ حماني رحمه الله في فتواه" وان كان المني من غير زوج المرأة،فالولد الشرعي لاحق بالزوج أيضا ، لأنها مادامت متزوجة، فالولد للفراش إلا أنه ينفيه الزوج بلعان منه ويلحق بها "، وهذا الحكم لا يسقط وزر الزوج إن كان عالما بالأمر فانه آثم وكذا الذي قدم مائه المنوي.

أما الزوجة فيقول عنها الرسول (ص) " (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته) ، لأنها تزوير في الولادة[1].

أما الصورة الثالثة والأخيرة من هذا القسم هو أن يؤخذ الحيوان المنوي والبويضة من متبرعين وبعد تخصيبهما في الوعاء ألمخبري تنقل إلى رحم الزوجة ، يقول الفقهاء أن هذه الصورة محرمة مطلقا ، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة بقوله (يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة... وهي محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها ، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب ، وضياع الأمومة وغير ذالك من المحاذير الشرعية).[2]

أما في ما يخص صورة القسم الثالث والتي تتمثل في عملية إخصاب خارج الجسم مع استئجار الأرحام ، فالحكم الشرعي من الصورة الأولى التي يكون فيها الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة وبعد زراعتهما في الطبق البتري تنقل داخل رحم متبرعة تكون الزوجة الثانية لزوج أي تحمل لقيحة ضرتها ، اختلف الفقهاء في حكم

---

[1]- العربي بلحاج ، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ، ص 286.

[2]- العربي بلحاج ، نفس المرجع ، 287.

.

هذه الحالة على مذهبين بين مؤيد ومعارض حيث أن المذهب المؤيد يقر بمشروعية مساهمة الزوجة الثانية بحمل لقيحه ضرتها.

ويمثل هذا الاتجاه الدكتور علي عارف علي، الأستاذ محمد علي التسخيري، والدكتور محمد يوسف المحمدي ، وكذا هو رأي مجلس الفتوى بمكة (حيث أجازه أيضا بين الأم وابنتها) وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة 1404هـ[1] ، لكن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في الأم هي صاحبة البويضة الملقحة أم التي حملت؟ قال بعضهم إن الأم التي تحمل وولدت واستدلوا بأن الله تعالى (إن أمهاتكم إلا اللائي ولدنهم) سورة المجادلة الآية 02. وقال أيضا(والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا)سورة النحل، الآية 78.

وقوله تعالى(ووصينا الإنسان بوالديه حسنا، حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين) سورة لقمان ، الآية14 فكل هذه الآيات تؤكد على أن الأم هي التي حملت ، وأن البويضة الملقحة نمت وتغذت من دم التي حملت،كما تحملت آلام الحمل وآلام المخاض ، أما فيما يخص النسب فيقول أنصار هذا الاتجاه أن الولد ينسب إلى أبيه باعتباره صاحب النطفة الذكرية وينسب إلى أمه التي وضعته بعدما حملته طور إلى طور حتى خلق منها إنسان سوي معدل الأطراف، وكذا مرضعته بعد انفصاله منها.[2] ويرثها وترثه، وأما صاحبة البويضة تبقى في حكم الأم المرضعة.

أما في ما يخص أصحاب الرأي الثاني فإنهم يعتبرون أنها إذا تمت عملية نقل البويضة إلى رحم الضرة وكانت بموافقة ورضا أطراف العلاقة الزوجية الثلاثة هنا ينسب المولود للأب وزوجته صاحبة البويضة أي (الأم البيولوجية) واعتبار الزوجة التي حملته وولدته بمثابة الأم الحكمية وتكون أما من الرضاع فلا ينسب لها المولود فالعبرة بالخلايا الأصلية التي كانت نواة لنشأة الطفل، حيث استندوا في قولهم أن العلم قد أثبت أن الجنين بعد زرعه في رحم المرأة المستعارة لا يستفيد منها غير الغذاء ،فهو يكون إذا أشبه ما يكون بطفل تغذى من أمه.

[1]-قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة 1404هـ .
[2] د شادية الصادق ، ، مجلة قانونية والبحوث الإسلامية، مرجع سابق،العدد ،2011، ص 15.

أما المذهب المعارض لعملية نقل البويضة المخصبة في رحم الزوجة الثانية فيقر بعدم مشروعية هذه الصورة ويمثل هذا الاتجاه غالبية الفقهاء المحدثين لعل من أبرزهم الشيخ الطنطاوي،دكتور محمد رأفت عثمان، والدكتور القرضاوي وتراجع مجلس الفتوى بمكة عن فتواه السابقة وذهب إلى القول بالتحريم،كما سحب المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة الجواز الذي أعلنه في الدورة السابقة.

وتوجه العامة من المشاركين في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام إلى القول بالمنع والتوقف[1] ، وحججهم في ذالك ، أولا " أن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشرة ، كما قد تموت علقة، أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة ، أم حمل معاشرة الزوج .

ويوجب على ذالك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية ، لكل من الحملين ، والتباس ما يترتب على ذالك من أحكام "[2] فهو إذا اختلاط الأنساب لجهة الأم ومن جهة أخرى يصبح مصير الولد مجهول مما قد ينتج عنه نزاعا بين الزوجتين أيهما أحق بالمولود[3] .

ومن جهة أخرى قد ترفض صاحبة اللقيحة استلامه نكاية في زوجها وقد ترفض المرأة الذي وضعته الاحتفاظ به، حينئذ سيكون الطفل غير مرغوب فيه من أحد، وبدون نسب[4] مما يضطر العيش بعيدا عن أسرته في كنف عائلة أخرى تتكفل به مما يرتب ذالك لاحقا أثارا نفسية واجتماعية على الطفل، أما الأسلوب الثاني الذي يجري التلقيح بين مني الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع اللقيحة داخل امرأة أجنبية فحكم هنا.

إذا كان العلماء قد اتفقوا على حرمة وضع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية لنفس الزوج ، فمن باب أولى أن يحرم ذالك مع امرأة أجنبية لعدم توفر الضوابط الشرعية لذالك . أما باقي الصور الثلاث فجميعها محرمة شرعا ، لا مجال لإباحة شيء منها ، لأن

---

[1] د اقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 64.

[3] قرار المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة ، مكة المكرمة ، سنة 1405هـ.

[3] حسيني هيكل ، النظام القانوني لإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 289

[4] محمد مرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مرجع سابق ،ص 285.

أحد البذرتين ، أو كلاهما الذكرية والأنثوية ليست من الزوجين ، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين ،فقد جاء في فتوى شيخ الأزهر محمود شلتوت " أما إذا التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة ، لا يربط بينهما عقد زواج ، فانه يكون في نظر الشريعة الإسلامية ،ذات التنظيم الإنساني الكريم جريمة منكرة وإثما عظيما يلتقي مع الزنا في إطار واحد ، جوهرهما واحد ، ونتيجتهما واحدة ، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين تلك الزوجة عقد ارتباط بزوجة شرعية يظلها القانون الطبيعي، والشريعة الإسلامية...."[1].

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة سنة 1410هـ توصيات ، منها " تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كانت رحما أم بيضة أم حيوانا ، أم خلية جسدية للاستنساخ.[2]

ولهذه العلل أقدم جمهور العلماء على تحريم استئجار الأرحام وفقا للقاعدة الفقهية "درئ المفاسد أولى من جلب المصالح" .فالمصلحة من وراء اللجوء إلى الأم البديلة ما هي إلا مصلحة خاصة ، وفي حالات كثيرة لا تكون ضرورية، فقد يكون غرضها الأول تجاري ، والثاني كحالة" فوبيا الإنجاب" ، وبالتالي تتحول عملية الإنجاب من أسمى وأرقى أدوار المرأة وهي الأمومة إلى معاملات تجارية ،تجردها من إنسانيتها إضافة إلى التجارة في الأبنية ، والنطف والتلاعب في الجينات هذا كله يؤدي إلى مفسدة كبيرة[3].

ولهذه الأسباب اشترط المشرع الجزائري ألا تتم عملية التلقيح الاصطناعي باللجوء إلى الأم البديلة في الفقرة الثالثة من المادة الخامس والأربعون من قانون الأسرة الجزائري هذا الموقف جاء منسجما بأحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : موقف الفقه و التشريع الفرنسي من الأم البديلة.

[1] د شادية الصادق الحسن،حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية،جامعة السودان ، العدد 2، سنة 2011،ص .16.

[2] د اقروفة زبيدة ، التلقيح الاصطناعي ،دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 68.

[3] مقتبس من محاضرات، أ، خاطر خيرة، جامعة سعيدة، ص 55. 2015.

إن التلقيح الاصطناعي لم يعد مقتصرا على الزوجين أو الرفيقين الذين تربطهما علاقة حرة لمدة لا تقل عن السنتين، إنما شهد تدخل طرف ثالث لا تربطه بالرجل لا علاقة شرعية ولا معترف بها، يتمثل هذا الطرف في امرأة تدخل لحمل جنين في رحمها ، مما ينشأ اتفاقا بين الأم البديلة والمستفيدين من هذه العملية، وما ساعد رواج هذا الأسلوب من التلقيح ظهور جمعيات ومكاتب وساطة ، و بالرغم من أن هذه التقنية ساعدت في القضاء على مشكل العقم ، إلا أنها بالمقابل أثارت العديد من المشاكل القانونية خاصة ما يتعلق بموضوع نسب المولود ، وفي هذا الصدد تدخل كل من الفقه الفرنسي لتوضيح موقفه من هذه المسألة (فرع أول) والقضاء الفرنسي الذي اضطر إلى مواجهة القضايا المعروضة أمامه والفصل فيها (ثانيا) ، وأخيرا تدخل المشرع الفرنسي لحسم الموضوع وإزالة التعارض (ثالثا).

الفرع الأول : موقف الفقه الفرنسي من مسألة الأم البديلة

انقسم الفقه الفرنسي بشأن هذه التقنية إلى فريقين مختلفين، حيث تباينت آراؤهم كل حسب حججه وسيتم استعراض فيما يلي كل موقف على حدا.

يرى الفريق المؤيد لهذه المسألة أنه لا مانع من الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بالأم البديلة، وسندهم في ذلك أن هذه العمليات تساعد الزوجين للحصول على الطفل،[1] حيث قد يكون سببا في تمسك الزوجين أو الرفيقين ببعضهما البعض واستمرار العلاقة بينهما، وان في هذه العملية لا تتنافى مع الأحكام القانونية خاصة إذا تمت عن طريق التبرع، فهي بذلك شانها شأن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بصفة علنية طالما أن دور الأم البديلة تقتصر على الحمل لمدة محددة، وتبقى الأم الحقيقة للمولود محددة بالأم البيولوجية، فإن ذلك يجعل العملية شرعية وغير مخالفة لمبدأ عدم جواز التصرف في الغير، وأن هذه التقنية تجرى برضا وإرادة الأطراف المستفيدة، وإن كانت الأم البديلة تتقاضى مقابلا من الزوجين فإن هذا لا يعتبر متاجرة غير مشروعة بل تعويضا عن حملها نيابة عن الزوج العقيمة وهذا ما يدعوا لإنشاء جمعية الأمومة يكمن

[1] د تشوار جيلالي ، زواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، مرجع سابق ،ص 115.

في مساعدة الزوجين ، فغرضها التضامن معهما ،لا تحقيق الربح ، مما يجعلها نشاطها شرعيا . هذه الحجج التي استند عليها الفريق المؤيد من أجل إباحة عملية تأجير الأرحام ، فما هي الأسانيد المعتمد عليها من قبل المعارضين ؟

يرى الفريق المعارض لهذه التقنية إلى إفضاء عدم الشرعية على موضوع تأجير الأرحام[1]،باعتبار أن الرحم من الأعضاء التناسلية للمرأة، فهو جزء لا يتجزأ من جسمها ، وبالتالي يخرج عن دائرة التعامل القانوني . بمعنى آخر ، إذا كانت المتاجرة في الأشياء أمرا مباحا فان المتاجرة في الرحم يعد غير مشروع لمخالفته للقاعدة التي تقول أن جسم الإنسان خارج التجارب القانونية، وتعارضه مع المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي.

إن لجوء الزوجين لهذه العملية فيه خرق لحقوق الطفل حيث يمنحه نسبا كاذب من جهة الأم، وهذا الإجراء قد يرتب آثار وخيمة تنعكس على نفسيته، فالأم التي حملته ووضعته تخلت عنه لصالح امرأة أجنبية عنه التزمت بتربيته بمقابل مالي، وهذا ما يفتح المجال أمام القادرين ماليا لاستغلال غير القادرين للقيام بهذه المهمة، خاصة النساء السليمات القادرات على الإنجاب، لكن بسب توليهم مناصب عليا أو طبيعة شغلهن لا تسمح لهن بالحمل والإنجاب فيلجأن للأمهات البديلات لاستئجارهن لغرض الإنجاب.

هذا ما يتعارض مع المصلحة التي وجد من اجلها التلقيح الاصطناعي وهي علاج عقم المرأة وفي سياق آخر، ورد على ما تحجج به الفريق المؤيد بخصوص إنشاء جمعيات الأمهات البديلات والدور النبيل الذي يقمن به حسب زعمهم، فإن الفريق المعارض يعتبر أن هذه الجمعيات غير مشروعة بسبب انعدام محلها وباعتبارها أنها تساعد على إبرام وتنفيذ الاتفاقيات بهدف وضع الأعضاء التناسلية للمرأة تحت تصرف المستفيدين، وكذلك المولود حين ولادته[2].

[1] د مروك نصر الدين ، الأم البديلة بين القانون مقارن والشريعة الإسلامية ،المجلة الجزائرية ،1999،ع4،ص9 .
[2] د مروك نصر الدين ،،نفس المرجع ،ص 12 .

وهذا ما يتعارض مع نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي[1]، وبالتالي هذا الأسلوب يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، باعتبار أن الأم البديلة تتعارض مع هذا المبدأ لأنها تهدف إلى ولادة طفل تتعارض بنوته الحقيقية مع بنوته البيولوجية، فالأم البديلة تتنازل عن كل حقوقها لصالح الأم القانونية ، وكذالك تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري فمن جهة المرأة تعرض جسدها بطريقة تتنافى مع القيم الإنسانية.

ومن جهة أخرى ، حيث لا تكتفي بالتصرف في نفسها بل تتصرف في المولود الذي سينجب لاحقا ، فحينما تضع جسدها لمصلحة الغير وتتقاضى مقابلا عن الخدمة فان هذه الحالة تقترب من الدعارة كون هذه الأخيرة تضع جسمها لصالح من يدفع مقابلا ماديا[2] وبالتالي تفقد دورها في المجتمع فتتحول إلى مجرد جهاز مهمته الحمل والولادة ، والتنازل عن مولود قد تكون أمه أيضا بيولوجيا إذا تبرعت بالبويضة بالإضافة إلى الحمل.

وهذا ما يتنافى مع القواعد القانونية العامة إذ لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن حق من حقوقه قبل إنشائه ، وفي عملية التلقيح بواسطة الأم البديلة تتعهد هذه الأخيرة بالتنازل عن الطفل بعد ولادته، وهي بذالك تتنازل عن حقها في المولود قبل أن يولد أصلا[3] وهذا ما يتعارض مع المادة السالفة الذكر الذي ينص على مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص ، كما أن نشاطها يخلف وضعية التخلي عن المولود وهذا معاقب عليه القانون.حسب المادة 353 -1 فقرة 02 من قانون العقوبات الفرنسي[4].

فيما يخص المقابل المالي الذي تتقاضاه الأم البديلة الذي برره الفريق المؤيد بأنه مجرد تعويض مقابل الحمل، فهذا الربح في حد ذاته اعتبره الفريق المعارض يجعل العقد غير مشروع ،لأن الطفل يعد خارجا عن دائرة التعامل التجاري ، وان القول بعكس

---

[1] - Art 1128 .c.c.f « il n'ya que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions «.

[2] خدام هجيرة ، التلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 124

[3] الدكتورة زكية تشوار ، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة والقانون ،المجلة الجزائرية 2003 ، ص 54 .

[4] - Art 353 -02 .c.p.f »sera puni de dix jours six mois de prison... ».

ذالك سيؤدي إلى جعل الأشخاص عبارة عن أشياء يجوز التصرف فيها بالأموال، وهذا يعتبر خرقا صريحا لحق من حقوق الإنسان.

هذه إذن الحجج الذي قدمها الفريق المعارض والتي تبدوا قوية وناجعة حيث ترمي للحفاظ على كرامة الأم البديلة وحماية حقوق الطفل وهذا سبب كاف على ضرورة عدم إضفاء الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، وهذا الموقف جاء منسجما مع التشريع الجزائري الذي منع بدوره اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح وإذا كان الفقه الفرنسي شهد تباينا في موقفه من قضية الأم البديلة، فكيف عالج القضاء الفرنسي هذه الحالة في أحكامه؟ وهل تدخل المشرع الفرنسي لحسم هذا الخلاف؟، هذا ما يتم استيضاحه من خلال الفرع الآتي.

الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي من الأم البديلة.

جاء موقف القضاء الفرنسي معارضا لعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة ويتضح ذالك من خلال القضية التي عرضت على محكمة "بوي" ، والتي تتلخص وقائعها في كون السيدة "إليزابيت" التي تعاني من إصابتها بالعقم حالت دون تحقيق رغبتها في الإنجاب.

قررت اللجوء إلى أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة ، وبعد أن تطوعت امرأة أجنبية ببويضتها التي تم تخصيبها بمني زوج العقيمة، ورحمها لينمو الجنين ويتغذى منه، ولدت طفلة، تم تسجيلها تحت اسم والدها البيولوجي دون ذكر اسم والدتها البيولوجية،ومن أجل ضم هذه الطفلة لأسرة الزوجة العقيمة رفعت هذه الأخيرة دعوى أمام محكمة "بوي" تطالب من خلالها إفادتها بنظام التبني.

إلا أن هذه المحكمة أصدرت حكمها بتاريخ 09 أكتوبر 1990 قضى برفض طلب الزوجة العقيمة بحجة أن الاتفاق الذي أبرم بينها وبين الأم البديلة يعد باطلا لمخالفته للنظام العام وتعارضه مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص. وهو الأمر الذي دفع بها إلى استئناف الحكم أمام محكمة استئناف "بوي" ، وقد دعمت طلبها بالاستناد على حجة أن محل الاتفاق لا يتعارض مع النظام العام ولا مع المبادئ القانونية وكما أضافت

أنه من مصلحة المولود أن يترعرع في كنف أسرته متكونة من أب وأم ، ومادام أنه في قضية الحال الوالد موجود، فلا بد من تمكينها من إتمام إجراءات التبني حتى لا تحرم الطفلة من حنان الأمومة. وإلى جانب ذالك طالبت بتطبيق المادة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ضرورة التكفل بالطفل منذ الولادة مهما كانت ظروف حمله وولادته.

ولكن بالرغم من هذه الأسانيد، أيدت استئناف "بوي" الحكم المستأنف فيه في شقة الأول بالقول أن الاتفاق المبرم بين الطرفين يعتبر باطلا، مستندة في ذالك على المادة 353 فقرة 01 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على معاقبة كل شخص يتنازل أو يتخلى عن المولود بالسجن من 10 أيام إلى 06 أشـهرغرامة مالية .

ومع أنها قضت ببطلان الاتفاق إلا أنها سمحت للزوجة العقيمة بأن تتبع إجراءات التبني لتتمكن من تربية ورعاية الطفلة، مستندة في ذالك على حجة أن الزوجة العقيمة تتوافر في طلبها الشروط المتطلبة للتبني والمنصوص عليها طبقا للمواد 343،343-1، 344، 345،من القانون المدني . كما أنها راعت مصلحة المولود خاصة و أن فرنسا وقعت بتاريخ 1990/01/26 على الاتفاقية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل.

وخلاصة القول، أصدرت محكمة استئناف "بوي" بتاريخ 1991/02/19 قرارا يقضي بتأييد الحكم المستأنف في شقه الأول المتمثل في اعتبار الاتفاق المبرم بين الطرفين باطلا، وإلغائه. وفي شقه الثاني أفادت المدعية بنظام التبني.

وفي نفس السياق، قضت محكمة استئناف "بواتيي" بتاريخ 1992/01/22، ببطلان الاتفاق الذي يكون الهدف من ورائه تحقيق الحمل بواسطة الأم البديلة، وذالك نظرا لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص.

والى جانب ذالك ، اعتبر القضاء الفرنسي نشاط الجمعية غير شرعي في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1989/12/13 في قضية تتخلص وقائعها في أن السيد النائب العام تقدم بدعوى ضد مدير جمعية**"ألما ماتر"** المتخصصة في البحث عن الأمهات البديلات وربط العلاقة بينهن وبين غير القادرين على الإنجاب مطالبا الحكم بحل هذه الجمعية باستنادها على نشاط غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب العامة . أما

الجمعية فقد تمسكت بحجة أن هدفها هو مساعدة الغير والقضاء على المشاكل التي يثيرها العقم.

وبعد اطلاعها على كافة الحجج أصدرت محكمة مرسيليا حكما يقضي بحل الجمعية لعدم مشروعين نشاطها فقررت الجمعية استئناف هذا الحكم وقد تمسك النائب العام بطلباته أمام محكمة أول درجة كما أضاف أن هذا الأسلوب التي تساهم الجمعية في تحقيقه يخالف المواد 1128_311_372 من القانون المدني كونه يؤدي إلى ولادة طفل يوضع تحت اسم الأب البيولوجي دون ذكر اسم والدته البيولوجية لحين إتمام إجراء التبني من قبل الزوجة العقيمة.

بالمقابل أكدت الجمعية أن هدفها الشرعي وغير مناف للآداب لأنه يحقق هدفا إنسانيا بتاريخ 1988/04/29 بتأييد الحكم المستأنف فيه والقاضي بحل الجمعية تطبيقا للمادة 03 من قانون 1901/07/01 وعلى اثر ذالك طعنت الجمعية بالنقض ضد هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية والتي أيدت القرار المطعون فيه 12/13/ 1989 بحجة أن جمعيات الأمومة البديلة تعتبر باطلة بسبب عدم مشروعية محلها فهي تضع من جهة الأعضاء المنتجة للأم البديلة تحت تصرف المستفيدين.ومن جهة أخرى تهدف إلى منح الطفل نسبا يتعارض مع حقيقة أبوته البيولوجية وهذا يتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص. وأضافت أن نشاط الجمعية يساهم في تحقيق ما يعرف بالتنازل عن المولود وهذا منافي للقانون.

كما أنه يمثل تحايلا على نظام التبني عن طريق المساس بهدفه الحقيقي الذي يكمن في منح عائلة مولود هو محروم منها.

موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من التلقيح بواسطة الأم البديلة:

نتيجة للتعارض في الأحكام القضائية تدخل المشرع الفرنسي لحسم الموضوع ويتبـين موقفه بالرجوع إلى قانون 94-653 الصادر في 1994/07/29 ، فقد نصت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي على احترام حرمة الإنسان وعدم التعرض لها منذ بدء الحياة [1].

أنظر النص الفرنسي:

إضافة إلى ذلك نص في المادة 16-1 فقرة ثالثة من ذات القانون على أن الجسد البشري أعضاؤه ومكوناته لا يمكن أن تكون محلا لحق مالي بقولها :[1]

ومن جهتها أعطت المادة 16 – 2 من نفس القانون للقاضي صلاحية استخدام جميع الوسائل الخاصة لمنع المساس غير المشروع على الجسد البشري[2].

هذا وان جميع الاتفاقيات التي يكون الغرض منها منحة قيمة مالية للجسد البشري أو حتى أعضائه ومكوناته ، تعد باطلة حسب نص المادة 16 _ 5 من نفس القانون[3].

من خلال نص المواد أعلاه يتضح أن المشروع الفرنسي وضع حماية خاصة للجسد البشري، إذ يعتبره خارج التعامل القانوني ، وما يبرر موقف المشرع الرافض لعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمومة البديلة هو إقراره صراحة بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين، والذي يكون الهدف منه تأجير الرحم.وفي هذا الإطار نصت المادة 16-7-من القانون المدني الفرنسي .[4]

مما سبق نستخلص أن الجزاء المدني الذي وقعه المشرع على تأجير الرحم واعتبار الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، ليس هذا فحسب، فإلى جانب النص على العقوبة المدنية، قرر المشرع الفرنسي عقوبة جزائية نصت عليها المادة 227-12 من قانون العقوبات.[5]

---

[1] « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte a la dignité de celle- ci et garantit le respect de l'être humain des le commencement de sa vie » .

[1] « Le Corp. humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

[2] « le juge peut prescrire toutes mesures propre a empêcher ou faire cesser une atteinte hl licite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci »

[3] « les conventions ayants pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, a ses éléments ou a ses produits sont nulles »

[4] « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »

[5] « le fait de provoquer soit dans un but lucratif soit pars don promesse, menace ou abus d'autorité , les parents ou l'un d'entre eux a abandonner un enfant né au a naitre est puni de six mois d'emprisonnement...».

إن نص المادة أعلاه، جاء في فقرته الأولى والثانية معاقبة كل من يتخلى عن المولود لتحقيق أغراض مادية ،أما الفقرة الثالثة فهي متعلقة بموضوع إيجار الرحم وكما هو مبين فان كل اتفاق يهدف إلى إيجار الرحم دون الحصول على مقابل مادي تكون عقوبته الحبس وغرامة مالية، وهذا تضاعف العقوبة في حالة الاتفاق على إيجار الرحم مقابل كسب مادي .

وعلى الرغم من ألمشرع الفرنسي نص على عقوبة مدنية وأخرى جزائية، إلا أنه تعرض لنقد لسببين :

فمن جهة المادة 227 -12 ففقرتها ثالثة من القانون ترتب المسؤولية الجزائية فقط على الوسطاء في حين أن المستفيدين من العملية ، والأم البديلة، وحتى الأطباء المختصون بإجراء العملية لا تطالهم هذه المسؤولية ، وهم بعيدين عن كل متابعة.

وإذا تفاهم النقاد عدم تسليط العقوبة الجزائية على المستفيدين والأم البديلة كون الحاجة هي التي دفعت بها إلى هذا الأسلوب، فأنهم لم يتفهموا سبب استبعاد توقيع الجزاء على الطبيب خاصة وأنه يمكن اعتباره وسيطا في العملية، شأنه شأن المكاتب وجمعيات الأمومة البديلة، فلأي سبب ينفذ من العقاب؟

إذا كانت مسألة التلقيح الاصطناعي عرفت أرضية خصبة في فرنسا خلال سنوات الثمانينيات ، وازدادت تطورا بفضل إنشاء مكاتب وجمعيات الوساطة ، فان الجزائر لم تشهد ازدياد طفل نتيجة هذه التقنية .

وعلى غرار المشرع الفرنسي، فان المشرع الجزائري وحين نصه على موضوع التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة اقر بصراحة منع اللجوء لهذا الأخير باستعمال الأم البديلة،لكنه على خلافه ، لم يقم بإقرار عقوبة مدنية أو جزائية على الاتفاق الذي يرمي إلى إيجار الرحم الأمر الذي يثير عدة تساؤلات ومشاكل قانونية فالمنع الذي ورد في قانون الأسرة لا يكفي لإيقاف الأشخاص من اللجوء لهذا الأسلوب فلابد أن

« la tentative des infractions prévues par le deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des même peines »

يصاحبه الطابع الردعي الذي من شأنه إخافتهم والحيلولة دون تنفيذ وإجراء مثل هذه العمليات.

ومع أن المشرع نص على معاقبة اللاجئين لهذه التقنية من خلال مشروع قانون الصحة العامة إلا أنه تخلى عن النص عن ذلك حين نظم مسألة التلقيح الاصطناعي.

إن التلقيح الاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي وأساليبه المتعددة والمختلفة، وجد كحل للقضاء على مشكل العقم ليكون بذلك الأمل الوحيد لغير القادرين على الإنجاب في الحصول على مولود.وبالرغم من ايجابيته إلا أنه بالمقابل أفرز عدة سلبيات وكان سببا في ظهور العديد من المشاكل القانونية.

المبحث الثاني

عقد استئجار الرحم

يعرف العقد على انه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ينصرف إلى إنشاء التزام يتوفر على محل وسبب ، وعم توفرهما يؤدي إلى بطلان العقد[1]. وعقد

[1] دحسني عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحضر و الإباحة ، مرجع سابق ، ص105.

إجارة الأرحام شانه شان سائر العقود الأخرى يقوم على ثلاثة أركان ، التراضي، المحل، السبب، حيث بعرف عقد تأجير الأرحام على انه " اتفاق تتعهد بمقتضاه الأم البديلة بشعل رحمها، بحمل الجنين مخلق من نطفة أمشاج للمستجن لهما وهما الزوجان الذين استحال عليهما الإنجاب بسبب رحم الزوجة، ويترتب عليه التزام كل الطرفين بما وجب عليه الأخر"[1] ونستنتج من خلال التعريف الأول أن العقد أن يقوم على طرفين وتطابق إرادتهما من حيث الرضا وتوفر ركني المحل والسبب (المطلب الأول) ، وخلاصة التعريف الثاني انه رتب على كلا طرفي العقد التزمات لا يجوز الإخلال بها حتى يحافظ على حجيته وينتج أثاره(المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان عقد إجارة الأرحام

كما أسلفنا الذكر أن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه الطرفان بمنح ، أو بفعل أو عدم فعل شيء ما، وبما أن طرفي العقد هما الزوجين غير قادرين على الإنجاب بسبب العقم وبمساهمة الأم البديلة التي تتطوع برحمها لحمل الجنين إلى حين الولادة لتسلمه إلى الزوجين الذين تم الحمل لصالحهما بمقابل أو بدون عوض ، وبالتالي يتشكل العقد بهما (الفرع الأول)، مع توفر الأركان الثلاثة للعقد ، الرضا ، المحل،السبب (الفرع الثاني).

[1] د مروك نصر الدين ، الأم البديلة بين القانون مقارن والشريعة الإسلامية ،المجلة الجزائرية ، مرجع سابق، ص44 .

الفرع الأول: طرفا عقد إجارة الأرحام

يتشكل العقد من الأم البديلة صاحبة الرحم، والزوجين صاحبا البويضة الملقحة، حيث يشترط في المرأة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير،أن لا تكون مرتبطة برابطة شرعية أو قانونية وذلك تجنبا من الوقوع في اختلاط الأنساب ، فقد يدعيه زوج صاحبة الرحم في حالة الحمل ، مما يثير منازعة من هو أحق به،فعدم الارتباط لا يطرح أي أشكال في أحقيته ، فقد يسلم إلى الزوجين حال وضع الحمل حسب الاتفاق ، والشرط الثاني أن تكون قادرة على الحمل والإنجاب.

حيث انها تخضع لفحوصات طبية مسبقة تؤكد خلوها من كافة الأمراض المعدية، التي تفترض انتقالها إلى الجنين [1] ، وكذلك أن تسمح حالتها النفسية لأداء مهمتها كاملة بقناعة حتى لا يرتب على الحمل أثار تؤدي إلى تشوهات أو إجهاض مفاجئ.

كما يفترض أن تتمتع الأم البديلة بالسن القانونية لزواج كحد أدنى ، ولا يفوق سنها فترات قد يعرضها الحمل إلى مخاطر يترتب عنها إضرار لها ولجنينها، أما فيما يخص شروط الزوجين أن يكون الرحم المؤجر هو الوسيلة الوحيدة للتمتع بالبنوة وان تكون العلاقة الزوجية قائمة بينهما حقيقة لا حكما ، انعدام الولد من رحمها ،توافر الرغبة الملحة والجادة في التمتع بالبنوة وإظهار الرغبة في قيام امرأة أخرى بالحمل لحسابهما، وفي نفس السياق يشترط أن يكون الجهاز التناسلي لزوج خاليا من كافة العيوب التناسلية المعوقة للإنجاب ، وان يكون الحيوان المنوي سليما من أي مرض قد يؤدى للأم المستأجرة حين وضع البويضة المخصبة في رحمها، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة يتطلب ضرورة إثبات سلامة المبيض وأدائه لعمله بانتظام واطراد، وسلامة بويضتها تصلح لإخصاب وعدم إصابتها بداء ينتقل إلى رحم المرأة المستأجرة[2].

وحين تتوفر الشروط المذكورة أعلاه فإن الاتفاق بين الأم البديلة والمستفيدين يبرم بطريقتين، فأما الأولى فيتم الاتفاق بطريقة مباشرة بين طرفي العقد دون تدخل ثالث، وفي هذه الحالة تكون الأم البديلة صديقة أو قريبة لأحد الزوجين ، فتتبرع برحمها أو

---

[1] د حسني عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحضر و الإباحة ، مرجع سابق ، ص 111.
[2] د عبد الحميد عثمان محمد ، نقلا عن حسني عبد الدايم، مرجع سابق ، ص130.

بيوضتها أو بهما معا بهدف مساعدتها، وهذا قد تتم العملية دون الحصول على كسب مادي[1]. وهذا بالفعل ما حصل في فرنسا 1983 "كرستين" امرأة مطلقة وأم لطفل ،بحمل جنين لصالح اختها "ماجيل " متزوجة وعقيمة، بنطفة زوج أختها ،نتج عن هذه العملية الطفل "ستيفان" والذي تنازلت عنه خالته التي حملته لصالح أختها ، بعد اعتراف الأب لجأت الزوجة العقيمة لإتمام إجراءات التبني وضم المولود لها ، ولم تثر أي مشاكل قانونية[2].

أما الاتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين بطريقة غير مباشرة، ففي هذه الحالة لا تربط طرفي العقد أي علاقة كونهما أجنبيان عن بعضهما،وتتم هذه العملية عبر اتفاق الطرفين لكن بتدخل طرف ثالث يتولى مهمة البحث عن الرغبات في الحمل بالإنابة ، والراغبين في الحصول على مولود بهذه الوسيلة ،هذا الغير الذي اسمه الوسيط يتمثل في إحدى الصورتين.

وتتجلى الصورة الأولى عبر مكاتب ذات طابع تجاري تختص هذه المكاتب بإبرام العقود بين الطرفين ، فيتصل المستفيدين من العملية بالمكتب للبحث عن الأم الحامل التي تتوافر فيها الشروط والمتطلبات التي يرغبان فيها، بعدها يتولى المكتب اختيار المرأة المناسبة ويقوم بتحديد موعد إجراء المقابلة بين الطرفين لتفاهم على بنود العقد وعلى المبلغ المالي الذي سيدفع لصاحب الرحم، وعمولة المكتب[3].

وفي الأخير يفرغ الاتفاق في شكل قالب قانوني تحدد فيه الالتزامات والحقوق، وليست العلاقة هنا قائمة أساسا فقط بين الأم البديلة والمستفيدين، بل هناك علاقة أخرى تنشأ بين المستفيدين ومكتب الوساطة ، وهذه الأخيرة يتم تكييفها على أنها عقد مقاولة تلزم بأداء عملا مقابل أجر يتعهد بدفعه المتعاقد الأخر، أي يقوم مكتب الوساطة بمهمة البحث عن الأم البديلة مقابل مبلغ يدفعه الزوجين[4].

وإذا المكتب الذي ذكر سابقا يقدم خدمة مقابل مبلغ مادي، فهناك مكاتب وساطة أخرى ذات طابع خيري تضامني يطلق عليها اسم جمعيات الأمومة البديلة هدفها حماية

---

[1] هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير ،مرجع سابق، ص 112.

[2] د أمير فرج يوسف ، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية ، مرجع سابق ، ص185.

[3] أنظر إلى المادة 449 ق.م.ج.

[4] د عربي شحط .، الاحكام القانونية العامة في الإنجاب الاصطناعي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة السانيا، سنة 2000 ، ص189 .

الأمهات بالإنابة والربط بينهن وبين الأشخاص غير القادرين على الإنجاب ، وغرض هذه الجمعيات التضامن ولا تهدف لتحقيق الربح.

من خلال ما سبق ذكره نستخلص خصائص لهذا العقد أنه عقد رضائي لأنه يتم بمجرد اتمام الاتفاق بين الأم البديلة والزوجين،ثانيا عقد ملزم للجانبين حيث ينشا التزمات متقابلة ، اي تلتزم الام المستأجرة بحمل الجنين وتسليمه بعد الولادة، وبالمقابل يلتزم المستجن لهما بدفع المصاريف والنفقات المتطلبة لإتمام العملية.

ثالثا يعتبر عقد معارضة اي كل طرف يأخذ مقابل ما التزام به، إذ يأخذ الزوجين المولود وتأخذ صاحبة الحمل المبلغ المالي رابعا عقد زمني أي العقد يبقى قائما الى حين ولادة الطفل فهو محدد بزمن الحمل، هذا ويقوم عقد تأجير الرحم كسائر العقود على ثلاثة أركان وهذا ما سيتم تناوله في الفرع التالي.

الفرع الثاني: أركـــان العقــد

يعتبر عقد تأجير الأرحام مثل العقود الأخرى حيث يقوم على ركن الرضا والمحل والسبب ، حيث إذا تخلف أحد الأركان يصبح العقد باطلا،وسيتم تناول ركن الرضا باعتباره جوهر العقد لأنه يلزم وجود تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني ، وان تكون هذه الإرادة خالية من العيوب التي تشوب، الرضا [1].

والرضا في عقد تأجير الأرحام يتمثل في طلب المستفيدين الراغبين في الإنجاب من الأم البديلة أن تحمل جنينا في رحمها، وان تعبر هذه الأخيرة عن موافقتها على هذا الطلب،لكن من الملاحظ أن العقود الأخرى يمكن إبطالها في بدء العقد ،لكن هذا الأمر يصعب تحقيقه في إجارة الأرحام، أي بعد إدخال النطفة الأمشاج في رحم الأم البديلة ،لان إبطاله في هذه المرحلة ينتج عنه أثاره غير مرغوب فيها تتعلق بحمل ووضع المولود[2].

[1]- عيوب الرضا، أنظر الى المواد 40-44 من ق م ج.
[2]- د حسيني عبد الدايم، مرجع سابق ، ص 109.

أما بالنسبة لركن الثاني الذي هو المحل، يقصد به العمليات القانونية التي يراد تحقيقها من وراء إبرام العقد ، ومن جانب أخر يقصد به الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، أو الالتزام الذي يترتب عليه وان محل الالتزام في عقد تأجير الرحم هو الالتزامات الواجبة على كلا الطرفين باعتبارهما دائن ومدين، وفي نفس الوقت،فمحل التزام الأم البديلة هو تقديم رحمها خاليا من كل حمل ، أما محل التزام الزوجين فهو دفع المقابل المتفق عليه.

أما الركن الأخير ، فان السبب هو الباعث الدافع الى التقاعد اي الغرض الذي من اجله التزام المتعاقدان، والسبب في عقد تأجير الرحم للمستجن لهما هو الحصول على مولود عن طريق التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، أما سبب صاحبة الرحم فهو الحصول على المال[1].

إذا وقع اتفاق بين طرفي العقد وتوفرت أركانه، الرضا والمحل والسبب ، فان العقد يصبح ملزما لهم ويرتب أثاره، ويقع على كل طرف واجب الالتزام، فإذا تطرقنا إلى التزامات الأم البديلة ، فإنها ملزمة أولا في المحافظة على الجنين بمجرد انعقاد العقد، لا من وقت التنفيذ بإستدخال النطفة الأمشاج إلى رحمها، هذا التأكد من خلو جهازها التناسلي من حقوق الغير، وكذا خلوه من الحمل ، كما تلتزم بإتباع كافة تعليمات الجهات الطبية المسؤولة عن عملية الوضع، والتقيد بالنصائح الموجهة إليها من قبل الأطباء والأخصائيين[2].

إضافة إلى ذلك ، عليها القيام بما يعود على الحمل بالنفع، كالالتزام بإجراء الفحوص والتحاليل الطبية أثناء مراحل الحمل، وتفادي تعاطي أية مواد من شأنها التأثير على صحة المولود كالتدخين وتعاطي الكحول والمخدرات، وعليها أن تحافظ على صحتها بالابتعاد عن ممارسة التزاماتها بتسليم الطفل لزوجين حال الوضع، حيث تخضع لإجراءات المتعلقة بكيفية تسليم الولد ، الذي يسلم إلى المستفيدين في يوم ميلاده ، أو في أقرب وقت ممكن إذا أخضع لفحوص طبية،وبمجرد التسليم لا يمكن للام البديلة إن تطالبهما بأية حقوق تتعلق بالطفل.

---

[1] د العربي شحط عبد القادر ، الأحكام القانونية العامة في الإنجاب الاصطناعي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ،ص115.

[2] د مروك نصر الدين ، الأم البديلة بين القانون مقارن والشريعة الإسلامية ،المجلة الجزائرية ، مرجع سابق، ص54.

كما يتوجب عليها المحافظة على سرية العملية، وتنفيذ مقتضيات العقد بما يتماشى ومصالح الزوجين ، وفي الأخير يجب الإشارة انه إذا توفي احد الزوجين قبل إن يسلم المولود لهما ، فانه يسلم للزوج الأخر، وإذا توفيا معا يتم تسليمه للموصى له، اذا لم يوجد ،يسلم لمن هو اقرب له درجة[1].

أما التزامات الزوجين فتتعلق أولا في المحافظة على سرية العملية إذا طلبت ذلك الأم الحامل بالإنابة، ثانيا تحمل مصاريف والنفقات المالية الأزمة لإتمام الحمل المتعلقة بالفحوص والتحاليل الطبية على الأم البديلة قبل إجراء العملية قبل وأثناء مراحل الحمل،المتعلقة بالحصول والتحاليل الطبية على الأم البديلة قبل إجراء العملية قبل وأثناء مراحل الحمل،وكذلك توفير كل نفقات الغذاء والمسكن إلى غاية الوضع، مع التكفل بمستلزمات المرحلة التي تلي عملية الولادة والمحددة بثمانية أسابيع [2]،وكذا التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأم البديلة أثناء فترة الحمل خاصة، إذا تعرضت للإجهاض غير الإرادي[3]. ومن إلتزامات الزوجين تسلم المولود والاعتراف به مهما كانت حالته الصحية، وللإشارة أن تسميه تكون من حق الزوجين، وأخيرا والمهم الالتزام الوفاء بالأجر المتفق عليه للام البديلة بمجرد إتمام الولادة.

أما المشرع الجزائري فقد كان له شرف معالجة موضوع استئجار الأرحام صراحة في فقرته الثالثة من المادة الخامسة الأربعون مكرر من قانون الأسرة "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة،إذا فرق بين التلقيح الاصطناعي كتقنية مباحة وشرعية قانونا وبين استئجار الأرحام الذي هي غير مسموح بها في القانون الجزائري.

أما بالنسبة لعقود الرحم المستأجرة، فهي تخضع للقواعد العامة للقانون،وبالتالي فان جميع العقود المنصبة على محل غير شرعي فهي باطلة وهذا وفق المادة 93 من القانون المدني إذ تنص "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ، أو مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا" ولما كان الرحم الظئر محرما بإجماع العلماء المحدثين، فان محل عقد استئجار الأرحام مخالفا للنظام العام، وبالتالي العقد باطل بطلانا مطلقا غير ان المشرع الجزائري لم يجرم عملية استئجار الأرحام ، وبالتالي لا يمكن

[1] د مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص55.
[2] هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير، مرجع سابق، ص120.
[3] هجيرة خدام ، نفس المرجع، ص120.

متابعة أطراف العقد لهذه الجريمة إذا ما تمت في الجزائر ، إلا إذا اقترنت بجريمة أخرى ، وهذا وفقا للمادة الأولى من قانون العقوبات.

يعتبر الوفاء بالالتزامات التي تقع على عاتق أطراف العقد غير كاف حتى يرتب أثاره،بل يمتد هذا الالتزام إلى طرف ثالث يساهم بدورة في إنجاح مقتضيات العقد من خلال إشرافه على عملية التلقيح والحرص على نجاحها، وقد تفشل أحيانا مما يرتب على ذلك مشاكل طبية وقانونية والسؤال المطروح إلى مدى يتحمل الطبيب مسؤولية خطأه؟

المطلب الثاني: المسؤولية القانونية للطبيب

ساهم الطبيب في إنجاح العديد من عمليات التلقيح الاصطناعي للقضاء على مشكل العقم ، وعلى الرغم من الدور المهم الذي يؤديه إلا أن ذلك لا يعني أن تدخله لا يثير مشاكل قانونية ، ونظرا لاستحالة حصر جميع المشاكل، نوجز أهمها ،أولا في صعوبة تحديد التزام الطبيب مرورا بالآثار المترتبة عن عدم مراعاته للشروط المنصوص عليها قانونا.

الفرع الأول: طبيعة التزام الطبيب

الأصل هو أن يلتزم الطبيب ببذل عناية، ويقدم أفضل ما لديه لخدمة مريضه ، وكل ما يستطيع من اجل شفائه وبهذا هو لا يلتزم بتحقيق هدف محدد ، بل يتعهد بمحاولة تحقيقه، نتيجة لذلك يقع على المريض عند تقرير مسؤولية الطبيب في خطأه عبء الإثبات في العلاقة السببية بين المعالج والضرر الذي أصابه، ولا يمكنه مساءلته على عدم شفائه ، بل يسأل الطبيب عن نتائج تقصيره في وجباته سواء كان ذلك بسبب عدم الاحتياط أو الإهمال أو الجهل بالأشياء[1].

يستفاد مما تقدم أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية شفاء ولذلك يكيف التزام الطبيب على انه التزام ببذل عناية ،فهل تطبق هذه القاعدة في مجال التلقيح الاصطناعي ؟

[1] بوحوص أسماء ، تأجير الأرحام ، مذكرة المجيستير ، مرجع سابق، ص55 .

بمعنى أدق هل الطبيب المكلف بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي ملزم ببذل عناية أم انه ملزم بتحقيق نتيجة؟[1]

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي تحديد ما هو العلاج الذي يتطلبه التلقيح الاصطناعي؟

إن العلاج في مجال التلقيح الاصطناعي يتمثل في تخليق كائن بشري، وبالتالي إذا قلنا بان الطبيب يتوجب عليه فعل كل ما باستطاعته من أجل ولادة الطفل تكون أمام التزام ببذل عناية، أما إذا قلنا بان الطبيب عليه بذل كل ما في وسعه من أجل ولادة طفل كامل لا يحمل أية تشوهات أو أمراض وراثية خطيرة تكون أمام التزام بتحقيق نتيجة[2].

إن التسليم بفكرة أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة يعني أنه يعتبر مسؤولا في حالة ولادة طفل مصاب بأمراض أو عاهات وراثية، أو في حالة عدم نجاح العملية! إن هذا القول لا يعتبر منطقيا لان التسليم بذلك سيجعل مهمة الطبيب تتحول من معالجة المصاب بالعقم إلى معالجة المولود.

استنادا لذلك نتوصل إلى أن التزام الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي هو التزام ببذل عناية لاستعماله جميع الوسائل التي تضمن نجاح العملية، ولكن يظهر من خلال هذا الالتزام إرادة بتحقيق نتيجة وذلك لكونه يسعى إلى الحصول على مولود خال من الأمراض والعاهات الوراثية الخطيرة[3].

فإلى أي مدى يؤدي اكتشاف الأمراض الوراثية إلى استبعاد عملية التلقيح الاصطناعي؟ إذا تم اكتشاف مرض وراثي على درجة كبيرة من الخطورة هنا نستبعد العملية تماما.أما إذا كان المرض لا يشكل أية خطورة فلا مانع من إجرائها ، لان إقصاءها في كل مرة سيؤدي إلى زوال تقنية التلقيح الاصطناعي[4] .

وهل تنعقد المسؤولية عند ولادة طفل يحمل عاهات أو أمراض وراثية خطيرة؟ إذا تم إجراء الفحوصات اللازمة بالرغم من ذاك ولد الطفل مصابا، فان المسؤولية لا تنعقد ، أما

---

[1] د صالح جميل ، طبيعة المسؤولية المتزنية عن الخطأ الطبي، موسوعة الفكر القانوني ، بدون دار النشر،ج1 ، ص77.

[2] د محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة للنشر ، الإسكندرية، 2001،ص11.

[3] د عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص87.

[4] عامر أحمد القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص87.

إذا تم إهمال القيام بها فهنا ينبغي تحديد من المسؤول ، هل هو الطبيب الذي يقوم بزرع اللقيحة؟ أم البيولوجي الذي يحدث التلقيح؟ أم كلاهما معا؟ في غياب نصوص قانونية تنظم هذه المسالة تبقى هذه التساؤلات مطروحة[1]. إذا كان الأصل ان التزام الطبيب هو التزام بذل عناية مع انه يحمل في طياته إرادة بتحقيق نتيجة، أين يمكن إيجاد الاستثناء؟ وفي مجال اختيار المتبرع لإجراء عملية تلقيح اصطناعي، بمني الغير يظهر الالتزام بتحقيق نتيجة، فالطبيب هنا ملزم باختيار شخص خال من الأمراض الوراثية الخطيرة لتفادي انتقالها الى المولود.

أما فيما يخص الأخطاء الطبية فهي كثيرة ويمكن حصرها في بعض النقاط لعل من أبرزها، أولا تخلف شرط الرضا ، حيث اشترط المشرع الفرنسي والجزائري على الراغبين في اللجوء إلى هذه التقنية أن يعبرا صراحة عن رضائهما سواء تم ذلك عن طريقة كتابة او أمام القاضي،أو الموثق[2]، لكن يثار المشكل عندما يباشر الطبيب عملية التلقيح دون توافر شرط الرضا.

إن الرضا الزوجين يعطي لتدخل الطبيب مشروعية وكذا النتائج المترتبة عليها، وعدم إستحصاله يرتب على المعالج مسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي، حيث يشكل خطأ طبيا منذ البداية ،لان القانون الفرنسي في مادته 511-6 من قانون العقوبات الفرنسي ، اي كل من يخالف هذا الشرط يعاقب بخمس سنوات سجن وغرامة مالية .

أما فيما يخص القانون الجزائري فبالرغم من اشتراطه لرضـا، إلا انه لم يحدد العقوبة الواجب تطبيقها في حالة تخلفه. و بالتالي على أي أساس يسال الطبيب؟[3]. لكن في حالة تورط الطبيب في تنفيذه لعملية التلقيح على الزوجة دون رضاها، وفي ظل غياب نص تشريـعي خاص يجرم هذا الفعـل، يمكن تكييف هذا الجرم في حالات أخرى تتماشى مع الحالة المعروضة أمامنا وإيجاد نصوص تجريمه في هذا الصدد[4]، و لعل أبـرز هذه الحالات :

---

[1] هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير، مرجع سابق، ص 141.

[2] أنظر إلى قانون العقوبات الفرنسي ، م511-6.

[3] مروك نصر الدين ، الأم البديلة بين القانون مقارن والشريعة الإسلامية ،المجلة الجزائرية مرجع سابق، ص 436.

[4] انظر الى المادة 333-1 من قانون العقوبات الجزائري.

أولا جريمة الفعل العلني المخل بالحياء، ثانيا جريمة الفعل المخل بالحياء[1]،هاته الحالتين تعد اقرب للحالة التي نحن بصددها، إذا أن الطبيب لما يلقح الزوجة دون رضاها سيؤدي الى كشف عورتها وملامستها بما يخدش حيائها.

ولعل من مسؤولية الطبيب كذلك عدم إفشاء السر الطبي باعتباره مطلع على خصوصيات مرضاه وتنكشف أمامه الكثير من القضايا والمعلومات.

فانه ينبغي ان يكتم تلك الأسرار وذلك من اجل المحافظة على العلاقة التي تنشا بينه وبين المريض بمقتضى العقد الطبي، حيث يدخل في نطاق السر كل ما يضر إفشاؤه بسمعة مريضه وكرامته أو يلحق ضرر بشخصه أو لعائلته[2]، كون هذا الفعل اتجهت أغلب التشريعات إلى تجريمه، ومنها التشريع الفرنسي الذي جرمه بموجب المادة 387 من قانون العقوبات.

أما التشريع الجزائري فقد جرم هذا الفعل بموجب المادة 301 من قانون العقوبات بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة مالية كما حددت المادة الأشخاص المسئولون عن هذا الفعل حصريا[3].

ومن المسؤوليات الطبية التي تقع على عاتق الطبيب وتعد خطيرة هي خلط الأنابيب ببعضها ، حيث يرتكب هذا الخطأ بخلط أنبوب يحتوي على حيامن ذكرية مع أنبوب أخرى يحتوي على بويضات أنثوية تعود إلى امرأة أخرى ليست زوجته آو بالعكس وذلك عند مباشرته إجراء هذه العملية.

ويرى الفقه الجنائي من هذه المسالة، إن هذا الخطأ سواء كان إراديا أو غير إرادي تترتب عليه المسئولية الجنائية[4]، لان النتيجة هذا الفعل تترتب عليه تغيير هوية طفل، وهذا بسبب إهمال الطبيب أو قلة احتراز أو عدم مراعاة للقوانين والأنظمة وبالتالي يعد هذا الخطأ، خطأ جنائيا وفي الوقت نفسه يعد خطأ مدنيا لأن هذا النوع من الخطأ يلحق الضرر بالزوجين نتيجة نسبة من لا ينتسب إليهما لا بيولوجيا ولا قانونيا ويمكن ملاحقة

[1] المادة 334 من نفس القانون، وكذا المادة 335 من نفس القانون.
[2] د أحمد عامر القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، مرجع سابق ، ص158.
[3] انظر المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.
[4] د احمد عامر القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، مرجع سابق ، ص135.

الطبيب جزائيا، ومدنيا على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان المشفى عمومي والعقدية إذا كان خاصا.

كما يجوز لزوج في مثل هذه الحالة إذا كان المني أجنبيا أن ينكر حسب القانون الفرنسي البنوة قضائيا استنادا للقانون 1972/01/03 ، وهذا هو ما قضت به المحكمة العليا لمدينة نيس الفرنسية في حكمها بتاريخ 1976/04/30 حيث اعتبرته تزوير في شهادة الميلاد وان هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية[1].

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد تكلم عن الخطأ الطبي في المادة 124 من القانون المدني بنصها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ويتمثل هذا التعويض عما لحقه من أضرار مادية أو أدبية، لكن إذا نشأ عن هذا الفعل خطأ جنائي ، فان المضرور مخير بين رفع الدعوى إما عن الطريق الجنائي أو المدني، أما فيما يخص النسب، فالولد للفراش ، أو أن ينفه بالطرق الشرعية(اللعان)[2].

أما جنائيا فيعاقب الطبيب حسب التشريع الجزائري على أساس المادة 54 التي تنص على معاقبة كل مساس بالسلامة الجسدية سواء كانت أخطاء عمدية او غير عمدية حسب المواد 288-290 من قانون العقوبات الجزائري[3]، وقد تمتد العقوبة الى الحرمان من مزاولة المهنة وكذا الحكم عليهم بالمنع من الإقامة [4].

الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن تخلف الغرض العلاجي.

أحاط كل من المشرعين الفرنسي والجزائري مسالة اللجوء الى التلقيح الاصطناعي بجملة من الشروط يجب على المستفيدين والأطباء مراعاتها واحترامها وأن الخروج عنها قد يؤدي إلى إثارة مشاكل قانونية يكون الأطراف في غنى عنها أضف إلى ذلك أنها تؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية والجزائية في جانب الطبيب أولا تخلف الغرض العلاجي سواء تعلق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي ، يشترط أن يتم

[1] د احمد عامر القيسي ، المشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي ، مرجع سابق ، ص135.
[2] أنظر المادة 41 من قانون الاسرة الجزائري.
[3]- بوحوص أسماء، تأجير الأرحام ، مذكرة مجيستير ، مرجع سابق ، ص55.
[4]- انظر الى المادة 290 من قانون العقوبات الجزائري.

اللجوء إليه من اجل القضاء على مشكلة العقم، أو تفادي انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة.

ويعتبر هذا الشرط من بين أحد الشروط الأساسية لإباحة العمل الطبي. أن تخلف هذا الضابط العلاجي ، سيؤدي بلا شك إلى قيام المسؤولية الجزائية للطبيب[1]، كما انه سيثير مشاكل قانونية، فعدم قيام قصد العلاج سيدفع بغير المتزوجين إلى اللجوء لهذه الوسيلة وفي هذا المساس بالنظام العام والآداب العامة، وتعدى على النصوص المنظمة لقواعد النسب.

إضافة إلى ذلك ، سيولد الرغبة في نفسية المتزوجين القادرين على الإنجاب والذين لا يعانون من أية موانع تحول دون تحقيق رغبتهما في الحصول على مولود لخضوعهم لتجربة التلقيح الاصطناعي.

من ناحية أخرى ، سيؤدي تخلف الغرض العلاجي إلى فتح باب واسع للمتاجرة بالبويضات المخصبة واستعمالها لتحقيق أغراض تجارية أو صناعية. ولذلك نص المشرع الفرنسي بالنص على هذا المنع، حيث فرض عقوبة جزائية توقع على كل من يخالف المادة المذكورة أعلاه.

و تتجلى هذه العقوبة من خلال نص المادة 152-15 من قانون الصحة العامة صيغت على النحو التالي:

"…le fait de procéder a la conception in vitro d’embryons humains a des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d’emprisonnement ..."[2].

Est puni des mêmes peines le fait d’utiliser des embryons humains à des pins industrielles ou commerciales.

ليس هذا فحسب، فقد أثار أسلوب التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب جدلا كبيرا تمثل في مدى إمكانية إجراء أبحاث علمية على البويضات المخصبة التي لم تعد

[1]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص13.

[2]- هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير ، مرجع سابق ، ص143.

محلا لمشروع أبوي، وهل تطور الطب يعتبر مبررا لإباحة هذه الأبحاث بالرغم من عدم قيام القصد العلاجي؟

حاول الفقه الفرنسي الإجابة عن هذا التساؤل قبل صدور قانون 27 جويلية 1994، بالرجوع إلى قانون 20 ديسمبر 1988 المتضمن حماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث الطبية، غير انه يتوصل إلى إيجاد حل لهذا المشكل. فالمادة 209-4 من قانون 1988 كانت تنص على حماية البويضات المخصبة داخل الرحم بعدم إجراء الأبحاث العلمية عليها. في حين انه لم يتضمن أي نص بخصوص الأبحاث الطبية حول البويضات المخصبة داخل الأنبوب.وعلى هذا الأساس ارتأى الفقه تفادي إجراء مثل هذه الأبحاث على هذه الأخيرة وذلك لتخلف الغرض العلاجي ولعدم إثارة مشاكل أخرى [1]. ومن جهته أكد المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 1994 ،على مبدأ عدم جواز الاحتفاظ بالبويضات المخصبة داخل الأنبوب من اجل إجراء دراسات ، أبحاث أو تجارب عليها،غير انه استثناء يمكن أن تجري على هذه البويضات دراسات شريطة أن يعبر عن ذلك الزوجان معا وكتابيا برضاهما الحر والصريح ، وان يكون هدف هذه الأبحاث تحقيق غاية طبية وإلا تشكل اعتداء على البويضات المخصبة. وكشرط أخير لا تجري هذه الأبحاث إلا بعد موافقة اللجنة ومراعاة الشروط المنصوص عليها في مرسوم صادر عن مجلس الدولة[2].

وفي حالة مخالفة المادة، يتم توقيع العقوبة المنصوص عليها بالمادة 152-17 من قانون الصحة العامة [3]

ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن الموقف التشريعي هذا تعرض لعدة انتقادات، إذا دعت عدة مؤسسات إلى إزالة المنع المتعلق بإجراء الأبحاث العلمية على البويضات المخصبة داخل الأنبوب، نذكر منها اللجنة الوطنية للأخلاق أكاديمية الطب الفرنسي.

---

[1]- د أحمد عامر القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، مرجع سابق ، ص105.

[2] هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة مجيستير، مرجع سابق، ص144.

[3] "… le fait de procéder à la conception in vitro d’embryons humains à des fins de recherches ou d’expérimentation est puni de sept ans d’emprisonnement ...".

كما دعت اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان، المشرع الفرنسي إلى ضرورة تعديل النصوص القانونية الواردة في قانون 1994 ، وفي الأخير اقترح مجلس الدولة الفرنسي على المشرع أن يبيح إجراء هذه الأبحاث، وقيد ذلك بشروط صارمة، إذ ينبغي اقتصار الدراسات على البويضات المخصبة التي لم تعد مشروع أبوي ، أو التي فقدت قدرتها على الزرع داخل الرحم، وبالفعل استجاب المشرع الفرنسي لهذه الآراء حيث عدل من موقفه الذي تبناه سابقا، وفتح المجال لإجراء البحوث العلمية بالشروط التي اقترحها مجلس الدولة وهذا ما يستخلص من نص المادة 2151 من قانون الصحة العامة[1].

لم يعالج المشرع الجزائري مسالة إجراء التجارب على البويضات المخصبة لكن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي لا يعارض على ذلك بشرط أن تستعمل لتحقيق أغراض علمية [2]، لكن بالرغم من جواز الشريعة الإسلامية بهذه التجارب ، إلا انه يتعين على المشرع الجزائري أن يتدخل لتوضيح موقفه من هذه المسالة، لأنه إذا كان الأمر جائزا، فإلى أي مدى يسمح به؟ خاصة إذا طرحت مسألة البويضات المخصبة داخل الأنبوب ، تتمثل المشكلة في حال توسع في الأبحاث قد تؤدي إلى ظهور مشكلة أعظم وهي خطر الاستنساخ البشري.

الخاتمـــة

على ضوء الدراسة نستخلص أن أسلوب التلقيح الاصطناعي أوجد حلولا للأشخاص غير القادرين على الإنجاب حيث أمكن لهم تحقيق أملهم في التمتع بعاطفة الأبوة ، و الاستمتاع بنعمة البنوة باعتبارها زينة الحياة الدنيا ، و بالرغم من الفوائد التي أتاحتها هذه التقنية إلا أنها أفرزت العديد من المشاكل قد تنعكس سلبا على كل مجتمع بني على القيم و الأخلاق مما دفع بالفقه المعاصر و القضاء إلى جانب التشريع إلى التدخل لإيجاد ضوابط لهذه التقنية .

كما و قد سبق أن أشرنا إلى أن التلقيح الاصطناعي يتم إما داخليا و إما خارجيا و لكل صورة أسبابها و أساليبها و محاسنها و مساوئها ، فإذا كانت العملية تتم بمني

[1] حسني عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحضر و الإباحة ، مرجع سابق، ، ص137.

[2] أسماء بحوص ، تأجير الأرحام ، مذكرة مجيستير، مرجع سابق، ص54.

الزوج و بويضة و رحم الزوجة فإن هذه الحالة لم تثر أي إشكالية ، فالحمل يكون شرعي ، و يرتب كل أثاره و حجيته .

أما أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير أثار جدلا كبيرا حول مدى شرعيته إذ لم تعهده الفطرية من قبل ، و تطرأ الخطورة هذه الصورة كان موقف المشرع الجزائري أكثر صرامة و حكمة عندما اشترط أن يتم التلقيح بين الزوجين حصرا ، في حين أن الموقف الفرنسي قبل صدور قانون 1994 في حل القضايا المعروضة أمامه معظمها متعارضة .

و من خلال المقارنة التي أجريت بين الموفقين الفرنسي و الجزائري ظهر واضحا الاختلاف في معالجة هذه المسائل نظرا لاختلاف في ثقافة المجتمعين ، حيث راع المشرع الجزائري قدسية العلاقة الشرعية للزوجين للمحافظة على الزواج و النسل ، في حين تمسك المشرع الفرنسي بمصلحة الزوجين أو الرفيقين في الحصول على مولود.

أما فيما يخص التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب ودوره في القضاء على حالات العقم ، إلاّ أنه ساهم في ظهور عدة مشاكل من أبرزها عدم تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة ، حيث أن مشكلة الفائض في اللقائح أدى إلى ظهور تقنية التجميد ، كذلك التلقيح ما بعد وفاة الزوج ، وكذلك إجراء الأبحاث العلمية عليها التي أوصلتها إلى خطر اختيار الجنس وتحسين النسل والأخطر من ذلك إلى الاستنساخ البشري .

أما عن أسلوب استئجار الأرحام فتوصل البحث على أنه مرفوض شرعا وقانونا لما يرتبه من اختلاط الأنساب ، و إهانة المرأة ، وحرمة الكائن البشري ، ولكن الذي يعاب عليه أن المشرع الجزائري أن منع هذه الصورة لم يقابلها بنصوص ردعية في حالة مخالفتها ، سواء من طرف المستفيدين أو من الطبيب .

وفي ما يخص النسب ، نجد أن المشرع الجزائري ، بما أنه لم يعترف مطلقا بالأساليب المتعلقة بتدخل الغير بما فيه الأم البديلة فمن المنطقي أنه لا يعتبر بأثاره ، عكس المشرع الفرنسي الذي لم يفرق بين الابن الشرعي وغير الشرعي ، لأنه يعترف بالعلاقة غير الشرعية وما يسمى بالحياة المشتركة بين الرفيقين .

وأخيرا نرى من خلال هذا العمل المتواضع أن كلا من التشريعين الفرنسي و الجزائري له مميزاته وعيوبه ، فأهم ما يميز التشريع الفرنسي هو تنظيمه المحكم والدقيق

لتقنية التلقيح الاصطناعي في إطار القانون 1994 ، عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بمادة وحيدة في قانون الأسرة .

- توصيات
- ضبط شروط المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بنصوص عقابية في حال مخالفتها .
- تقنين الأحكام الفقهية التي تأثر بها المشرع الجزائري وجعلها في قالب قانوني .
- حظر الاستنساخ البشري بنص صريح .

ونختم هذا العمل المتواضع بالقول أن تقنية التلقيح الاصطناعي أصبح حقيقة واقعة لا يمكن تجاهلها ، ولذلك يجب تدارك النقائص في هذا المجال وتحمل المسؤوليات القانونية والأخلاقية ، وتوظيف الضمير الإنساني لأن هذا الأسلوب له ، وجهان ، وجه يحمل كل معاني الإنسانية ، والوجه الآخر إذا أسأنا توظيفه فإنه يهدم الإنسان بما يحمله هذا الاسم من معنى .

قائمة المصادر والمراجع:

أولا : المصادر

- **القران الكريم**

1- براوية حفص عن عاصم بالرسم العثماني

2- شمس الدين القرطبي ،تفسير القرطبي ، دار الكتب المصرية ، الطبعة الثانيـة ، القاهرة،سنة 1964.

3- أحمد بن حنبل ، مسند شرح وفهرسة ،أحمد محمد شاكر(ط،بلا) مصر ،دار المعارف ،1955.

ثانيا :التشريع

1- دستور 1996 بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96
2- قانون العقوبات الجزائري، بموجب الامر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، الجريدة الرسمية 49 المؤرخة في 1966/06/11،معدل ومتمم أخر تعديل القانون 01/14 المؤرخ في 04فيفري 2014.
3- قانون الاسرة رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
4- قانون المدني الجزائري ، بموجب الامر 58/75 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالامر 01/05 المؤرخ في 20 جوان2005 جريدة رسمية 52.
5- قانون الصحة الجزائري02/03 المؤرخ في 20 فيفري 2003.
6- قانون الفرنسي 94-653 الصادر 1994/07/29 المتعلق بالتلقيح الاصطناعي.

ثالثا:اللغة

- الإمام مجد الدين بلمحمد بن يعقوب الفيروز بادي قاموس المحيط ، دار الكتب العلمية للنشر ، لبنان.

رابعا:المراجع

1- أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الجزائر ،سنة 2003.
2- اقروقة زبيدة، التلقيح الاصطناعي ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى ، عين مليلة ، سنة2010.

3- اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثارها على النسب، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، سنة 2010.
4- بلحاج العربي، الوجيز في قانون الاسرة،الديوان مطبوعات الجامعية ، الجزائر،سنة 2005.
5- بلحاج العربي ،البحوث في قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، وهران،سنة 2015.
6- تشوار الجيلالي ، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية، تلمسان، سنة 2001.
7- تشوار حميدو زكية ، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، تلمسان، سنة2003.
8- حسيني هيكل محمد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، بدون دار النشر ، القاهرة ، سنة 2006.
9- حسان حتحوت ، مجلد الإسلام والمشكلات الطبية، القاهرة ،دار المعارف،سنة 1991.
10- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحضر والإباحة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، سنة2007.
11- الصالحي شوقي زكريا ، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الإسلامية والقاونين الوضعية، القاهرة ،دار النهضة العربية ، سنة2001.
12- علي الأمير ، مشكلات العقم ومبررات العلاج ، مرشد حواء الصحي، دار الهدى ، عين مليلة ، سنة 2000.
13- عامر احمد القيسي،مشكلات المسؤولية الطبية المترتبةعلى التلقيح الاصطناعي،الطبعة الاولى ، عمان،دار العالمية الدولية،2001.
14- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، سنة 1999.
15- محمد حسين منصور، مسؤولية الطبية ،دار الجامعة للنشر، القاهرة،سنة 2001.

16- محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،دار النهضة ، مصر ، سنة2008

17- محمود احمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية ، نشأة توزيع المعارف ، مصر ، سنة2008.

مجلات ومقالات

1- بلحاج العربي،موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية، المجلة القانونية سنة 1994.

2- بلحاج العربي مبادئ الشرعية والقانونية التي تحكم التلقيح الاصطناعي المجلة القانونية والإدارية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،العدد الرابع،سنة 2013.

3- تشوار حميدو،حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة الجامعية للعلوم القانونية والإدارية، تلمسان،العدد الأول، سنة 2003.

4- تشوار الجيلالي ، رضا الزوجين في التلقيح الاصطناعي، مقال المنشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة تلمسان ، سنة 2006.

5- تشوار الجيلالي، مبدأ رضا الزوجين، بحث قدم لجامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان،سنة 2011.

6- شادية صادق لحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي ، جامعة سودان للعلوم والتكنولوجية ، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية الخرطوم، سنة 2011.

7- منظمة المؤشر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستفادة من الأجنة المجهضة ،الدورة السادسة،1406، المؤرخ سنة 1986 ميلادي.

8- المجلة القضائية ، ملف رقم 87301 ، بتاريخ 1992/12/22 ، الجزء الثاني، العدد 2، سنة 1995.

بحوث ورسائل

1- بحوص أسماء، تأجير الأرحام ، مذكرة ليسانس ، جامعة معسكر ، سنة 2004.

2- خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة ، مذكرة ماجستر ،جامعة تلمسان ، سنة 2008.

3- شحط عبد القادر ،الأحكام القانونية العامة للإنجاب الاصطناعي ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ، جامعة السانيا ،سنة2000.

4- شيخ صالح البشير ، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية ، مذكرة ماجستر ، جامعة الجزائر ، سنة 2012.

ندوات

1- الدورة السابعة لمجلس الفقه الإسلامي لرابطة العلم الإسلامي، مكة المكرمة ، سنة 1404 هـ ، 1984.

2-الدورة الثامنة لمجلس الفقه الإسلامي لرابطة العلم الإسلامي، مكة المكرمة ، سنة 1405 هـ ، 1985.

3-مجمع الفقه الإسلامي، تابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، عدم جواز التلقيح ، الدورة الثالثة ،عمان ، سنة 1986.

الفهرس

شكر وتقدير..... أ

إهداء..... ب

مقدمـــة..... 01

المبحث التمهيدي :ماهية العقم..... 05

المطلب الأول:تعريف العقم لغة واصطلاحا..... 06

الفرع الأول:تعريف العقم لغة..... 06

الفرع الثاني: تعريف العقم اصطلاحا..... 07

المطلب الثاني:أسباب العقم..... 07

الفرع الأول: أسباب العقم عند الرجل..... 08

الفرع الثاني: أسباب العقم عند المرأة..... 08

الفصل الأول:التلقيح الاصطناعي ومشروعيته في ضوء القانون الجزائري..... 10

المبحث الأول :التلقيح الاصطناعي وتقنية بنوك الأجنة..... 11

المطلب الأول: صور التلقيح الاصطناعي..... 12

الفرع الأول:التلقيح الاصطناعي الداخلي..... 12

الفرع الثاني:التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 15

المطلب الثاني:بنوك الأجنة..... 23

الفرع الأول:ماهية بنوك الأجنة..... 24

الفرع الثاني:مشروعية بنوك الأجنة..... 30

المبحث الثاني :شروط التلقيح الاصطناعي وفق التشريع الجزائري..... 37

المطلب الأول:شرط الزواج الشرعي وعنصر الرضا..... 38

الفرع الأول: ان يكون الزواج شرعيا..... 38

الفرع الثاني: شرط الرضا..... 41

المطلب الثاني:شرط أثناء حياتهما وبمني الزوج وبويضة الزوجة..... 46

الفرع الأول: التلقيح أثناء حياة الزوجين..... 46

الفرع الثاني: التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة..... 55
الفصل الثاني:استئجار الأرحام..... 63
المبحث الأول :صور استئجار الأرحام ومشروعيتها..... 64
المطلب الأول:ماهية استئجار الأرحام..... 65
الفرع الأول:أقسام التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 65
الفرع الثاني:مشروعية صور الأم البديلة..... 68
المطلب الثاني:موقف الفقه والتشريع الفرنسي من الأم البديلة..... 73
الفرع الأول:موقف الفقه الفرنسي من الأم البديلة..... 73
الفرع الثاني:موقف القضاء من الأم البديلة..... 76
المبحث الثاني :عقد استئجار الأرحام.....83
المطلب الأول:أركان عقد استئجار الأرحام..... 84
الفرع الأول: طرفا عقد إجارة الأرحام..... 84
الفرع الثاني: أركان العقد 87
المطلب الثاني: المسؤولية القانونية للطبيب..... 90
الفرع الأول: طبيعة التزام الطبيب..... 90
الفرع الثاني: تخلف الغرض العلاجي..... 94
الخاتمة..... 98
الملاحق..... 100
المراجع..... 102
الفهرس..... 106