جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان– الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

إعدادالطالب: سكيريفة محمد الطيب

تحت إشراف: أ.د. تشوار جيلالي

لجنة المناقشة :

– أ.د.حميدو زكية أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان رئيسا

– أ.د.تشوار جيلالي أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مشرفا ومقررا

– د. بسعيد مراد أستاذ محاضر "أ" جامعة تلمسان مناقشا

السنة الجامعية : 2016–2017

إهداء

إلى سيد الخلق أجمعين ورحمة الله للعالمين صلى الله عليه وسلم إلى من أمرني ربي ببرهما والإحسان إليهما بقوله: (وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) سورة الإسراء، الآية 24، إلى والدّي الكريمين الذين تطلّعا إلى خطواتي على طريق العلم، وبذلا كل غال ونفيس في سبيل وصولي إلى الغاية المرجوة، أطال الله عمرهما، ومتعهما بالصحة والعافية والسعادة، وجزاهما عني خير الجزاء. إلى جميع أفراد العائلة.

زوجتي وولداي محمد عبد الله وموسى.

إلى كل من شاركني بالجهد والدعاء ومد لي يد العون والمساعدة في إخراج هذا البحث من أساتذتي الأجلاء، وزملائي الأعزاء، وأصدقائي الأوفياء.

إلى كل من وقف حجرة عثر في طريقي ، فزادني ذلك مثابرة وإصرارا.

إلى كل من له علي فضل بعد الله وعلمني حرفا.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذه العمل المتواضع.

محمد الطيب سكيريفة

شكر وتقدير

قال تعالى: (وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ۖ) سورة إبراهيم، الآية 07.

وعن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (.. ومن صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه) رواه أحمد والنسائي وأبو داود.

أشكر وأحمد الله الذي وفقني في إتمام هذه الرسالة.

وأتقدم بجزيل الشكر مع خالص احترامي وعميق امتناني إلى: أستاذي المحترم تشوار جيلالي الذي تكرّم بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وتوجيهاته السديدة جزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بعظيم الشكر إلى: الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع، وتحمّلهم مشاق قراءته، جزاهم الله عني خيرا كثيرا.

محمد الطيب سكيريفة

قائمة المختصرات

1-باللغة العربية:

ج: جزء.

ج. ر: الجريدة الرسمية.

د. ت. ن: دون تاريخ نشر.

د. ب. ن: دون بلد نشر.

دج: دينار جزائري.

س: السنة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ع. خ: عدد خاص.

ص:صفحة.

ق.أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.ص. ع. ت: قانون الصحة العامة وترقيتها الجزائري.

ق. ص. ع. ف: قانون الصحة العامة الفرنسي.

ق. م. ف: القانون المدني الفرنسي.

م.ع. ق. إ: مجلة العلوم القانونية والإدارية.

م: المادة.

م: الميلادية.

م.ع.غ. أ. ش: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية.

هـ: الهجرية.

2-بالفرنسية:

A : alinéa.
Art : article.
C.f : se conformer.
C.civ : code civil.
C E C O S : centre d'étude et de conservation du sperme.
C.pén : code pénal.
C.s.p : code de la santé public.
Ed : édition.
J O f : Journal Officiel de la République française.
n° :Numéro.
p : page (s)
Puf : presses universitaires de France.
R.S.J.A : revue des sciences juridiques et administratives.
S : suite.

مقدمة

لقد خلق الله سبحانه الإنسان وكرمه بالعقل فقد قال تعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)[1]، فسخر له ما في السماوات وما في الأرض ليعبده ويعمر في الأرض، فجعله خليفته.

ولتحقيق ذلك كله سن له الزواج، الذي هو رباط مقدس فقد جعلته الشريعة السماوية ميثاقا غليظا لقوله تعالى (وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا)[2]، كما أنه عقد رضائي يتم بين طرفين، هدفه إقامة نظام حياة مشتركة أساسها المساعدة والرعاية وإشباع الرغبة الجنسية ضمن إطار شرعي وقانوني.

فعقد الزواج له أبعاد دينية ودنيوية فهو بذلك الطريق الشرعي الوحيد الذي يجمع بين الرجل والمرأة من أجل تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري[3].

ومنه جاء قوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً)[4]، فالزواج هو شرع الله وعن طريقه يتم التناسل الذي يكون بالطريق الطبيعي، والمعتبر شرعا هو الذي يحصل عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوجين، إلا أن الاتصال العضوي قد يحدث وبالرغم من ذلك قد تكون هناك أمور أخرى كعدم وصول مني الزوج إلى بويضة الزوجة وبذلك لا يتم التلقيح، أو قد يصل المني إلى البويضة لكن لا يتم نتيجة لعوائق مرضية تحول دون ذلك، فقد تكون أسبابا عضوية أو نفسية، فقد تكون المرأة غير قادرة على الإنجاب بسبب ظروف صحية، ففي هذه الحالات يتدخل الطب لعلاج بعض الأمراض عند النساء كحموضة المهبل وضيق مجرى عنق الرحم، التهابات وتقرحات عنق الرحم، انسداد البوقين.

إلا أن الطب كشف أيضا أن بعض الأسباب تعود للرجل على عكس ما كان يعتقد سابقا في تحميل الزوجة مسؤولية عدم الانجاب، فانعدام الخصي بعدم نزوله إلى الصفن أو إصابة الخصي بأمراض وإصابة المسالك التناسلية وانسداد حبلي المني، البروستات، انعدام القذف، عجز جنسي...إلخ فهي أمراض تصيب الرجل تكون سببا في عدم الإنجاب.

لكن قد يرجع ذلك لعوامل نفسية ترجع إلى الزوج أو الزوجة أو هما معا، فالأطباء وعلماء الأحياء لم يقفوا موقف المتفرج عند عدم نجاح عملية الإنجاب طبيعيا، بل تدخلوا بشتى الطرق من أجل المساعدة على

1- سورة الإسراء، الآية 70.

2- سورة النساء، الآية 21.

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في09رمضان 1404 الموافق ل 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج. ر.، رقم 15، 2005.

4- سورة الروم، الآية 21.

الإنجاب فكانت تقنية الإنجاب الاصطناعي الذي هو تقنية حديثة أي الإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي الذي يكون بالجماع.

فالإنجاب أصبح يحدث بدون اتصال جنسي ولم يصبح حكرا على الزوجين، أي من قبل علاقة شخصية بين الزوجين، بل أصبح يتعداهما لطرف ثالث يتدخل لحدوث الحمل، ففي البداية حاول الأطباء الإخصاب بمني الزوج وبويضة الزوجة، حيث تأخذ نطفة الزوج وتحقن مباشرة في رحم الزوجة ليتشكل الجنين وينموا طبيعيا، وسمي هذا بالتلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج، غير أن هناك حالات يكون فيها الزوج مصاب بمرض يستعصي علاجه وبالرغم من محاولة إحداث إخصاب اصطناعي إلا أن ذلك لم ينجح، لأجل ذلك تتم الاستعانة بنطفة شخص ثالث أجنبي فهو بذلك متبرع أو امرأة متبرعة ببويضة، وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الغير.

فهاتين الصورتين بأساليبهما كانتا الأمل للعاجزين على الإنجاب بالطريق الطبيعي وقضيا على مشاكل زوجية جمة وصلت في بعض الأحيان إلى فك الرابطة الزوجية، إلا انه وبالرغم من التطور الهائل الذي عرفته هذه الوسيلة لم تخلوا من التساؤلات القانونية والجدل حول مدى شرعيتها. ونظرا لعدم جدوى الصورتين استلزم الأمر البحث عن صورة أخرى للتلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي بواسطة تأجير الأرحام أو ما يعرف بالرحم البديل أو الأم البديلة.

بالإضافة إلى توصل العلماء إلى إمكانية تجميد النطف والبويضات الملقحة وهي تقنية ساعدت في ظهور ما يسمى ببنوك النطف وهو ما ساعد في ظهور تقنية جديدة سميت بالتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، وهو ما يطرح مسألة شائكة أخلاقيا وشرعيا وقانونيا لأنه بوفاة هذا الأخير تنتهي العلاقة الزوجية، غير أن تطور العلوم الطبية رتب آثار ذات أهمية بالغة في عدة مجالات، إلا أن الطب لم يقتصر على الحلات المرضية فقط بل أصبح يلبي رغبات معينة لاختيار جنس الجنين أو صفات معينة وهو ما يعرف بطب الرغبة[1].

تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل ما هو ممكن علميا وطبيا جائز شرعا وقانونا، لذا كان تدخل الفقهاء للحد من ذلك حتى يضفوا على هذه العلوم الصبغة الشرعية وليتدخل القانون من أجل كبح حبال الأطباء وتحديد مسؤولياتهم في حالة خروجهم عن أصول مهنة الطب.

كما أن تدخل الطبيب الذي أصبح دخيلا في العلاقات الزوجية بعد أن كانت مقتصرة على الزوجين، إذ أضحى له دور فعال، فهو يقوم بالتلقيح ويتابع الحمل حتى الولادة، لكن تدخله هذا قد ينجم عنه مشاكل، فقد يتواطأ هذا الأخير مع الزوج أو الزوجة أثناء العملية، أو لجوء أحد الزوجين إلى الغش لتضليل الطرف الآخر. مما يطرح مشكل النسب، الذي هو حق المولود بعد ولادته فهو مقصد من مقاصد الشريعة للمحافظة على الأنساب

1- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993، ص. 189.

ومنعها من الاختلاط، فبالنسب تترتب الحقوق والواجبات ويعرف نسبه لجهة الأب والأم ويمس حياة الشخص ويتبعه حتى مماته.

لذا كان لابد من الحفاظ عليه قانونيا وذلك بسن مواد قانونية تتماشى ومقتضيات هذه التقنية وتجرم كلما من شأنه أن يتعرض للنسب من أجل صيانته من الاختلاط، وعدم تغليب مصلحة الزوجين على مصلحة الطفل والمجتمع.

لكن قبل التطرق إلى التلقيح الاصطناعي وتقنياته والمشاكل الناجمة عنه، لابد من تعريفه، والتطرق لنظرته التاريخية وذكر أنواعه وأسبابه.

أما فيم يخص تعريف التلقيح الاصطناعي لغة، يقال القحت الشجرة: أنبتت الزرع وفحل الناقة: احبلها والنخلة: ابرها ويقال: القحت الريح السحابة، خالطتها ببرودتها فأمطرت فهي ملقحة ولاقح (على النسب) وفي التنزيل (وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ)[1]، ويقال القحت الريح الشجر والنبات، لقحت اللقاح من عضو التذكير إلى عضو التأنيث[2]. ولقحت الناقة، كسمع، لقحا ولقحا، محركة ولقاحا: قبلت اللقاح فهي لاقح من لواقح ولقوح من لقح ...والملاقح بالفحول، جمع ملقح، والإناث التي في بطونها أولادها، جمع ملقحة، بفتح القاف والملاقيح: الأمهات، وما في بطونها من الأجنة، أو ما في ظهور الجمال الفحول، جمع ملقوحة وتلقح الناقة: أرت أنها لاقح ولم تكن[3].

لقح الفحل الناقة: أحبلها، فلقحت بالولد للبناء للمفعول، فهي ملقوحة على أصل الفاعل قبل الزيادة، فالولد ملقوح به، وتجمع على ملاقيح، ومعنى الملاقيح: ما في بطون النوق من الأجنة[4].

أما اصطلاحا، يعرف التلقيح الاصطناعي، هو التقاء الحيوان المنوي بالبييضة الأنثوية داخل جسم الأنثى ويكون ذلك عادة في الثلث الأعلى من قناة المبيض[5].كما يعرفه آخر بأنه نفوذ الحيوانات المنوية الذكرية في البييضات الأنثوية[6].

- إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي، وبييضة المرأة من غير الطريق المعهود[1].

1- سورة الحجر، الآية 22.

2- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، 2004، ص. 834.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص. 1481.

4- محمد بن يحي بن حسين النجيمي، الانجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط 01، مكتبة العبيكان، الرياض، 2011، ص. 79.

5- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 120؛ أمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007، العدد 04، ص. 93.

6- محمد بن يحي بن حسين النجيمي، المرجع نفسه، ص. 79.

– ادخال سائل الرجل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة ولكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل بحقنه بطريقة اصطناعية بهدف احداث الحمل عند المرأة[2].

تاريخ التلقيح الاصطناعي:

فالتلقيح الصناعي عرفه الإنسان من فجر حياته في الحيوان والنبات، واستخدمه فيهما، وظهر نجاحه ليدفعه ذلك إلى إجراء التجارب التلقيحية الصناعية في المرأة بماء الرجل[3].

فلقد جرب الإنسان الأدوية فاهتدى منها إلى الدواء النافع، ولما واجهت الإنسان مشكلة العقم وكانت حاجته إلى الولد، راح يبحث عن الشفاء، فقصد السحرة والمشعوذين والأطباء الشعبيين والأطباء والعلماء من أجل الحل، فكانت هناك وصفات تجيدها النساء، فقد كان الحادث الذي أسفر عن ميلاد أول طفلة نتيجة مساعدة الأنبوب بتاريخ 1978/07/25[4] حادث سعيد للزوجين السيد براون وزوجته ليزلي براون فإن هذا الحادث لن يكون آخر تجربة.

فقد ظهر التلقيح الصناعي في نهايات القرن التاسع عشر ميلادي وبدايات القرن العشرين، إلا أن البعض يرجع ذلك إلى العرب فقد استعملوا هذه التقنية منذ القرن الرابع عشر ميلادي بهدف الحصول على سلالات جديدة من الخيول ثم انتقلت التقنية إلى أوربا واستعملها الأوربيون على البشر، فقد قام الكاهن الإيطالي لا زارد سبالانزا باستخدام التقنية على كلب ثم استخدمها على امرأة سنة 1781 ونجحت العملية كما نجحت على غالبية الحيوانات والحشرات، فقد قام جون هانتر سنة 1799 بتلقيح زوجة أحد تجار الأقمشة باستعمال نطفة عن طريق الحقن المباشر[5].

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 1996، ص. 53؛ الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص. 58؛ أخذ مني الرجل وحقنه بعد ذلك في رحم المرأة ؛ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 4، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983، ص. 517؛ العملية التي بإجرائها يتم تخصيب بييضة الزوجة عن طريق التقائها مع الحيوان المنوي لزوجها، سواء كان هذا الالتقاء قد حدث داخل الرحم أو تم في أنبوب أولا ثم نقلت بعد ذلك البييضة المخصبة إلى رحم الزوجة دونما تدخل من الغير مطلقا، وذلك في حياة الزوج وفي قيام علاقة زوجية بين الزوجين، حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 118-119.

2- أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط 1، دار الوفاء القانونية، 2013، ص. 11؛ سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة، في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 18؛ زبيدة اقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص. 14-15.

3- محمد شلتوت، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، ط 18، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص. 280؛ زبيدة اقروفة، المرجع نفسه، ص. 16 وما بعدها.

4- Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, 1953-2003, sur *www.genethique.org/*.

5- كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط 1، دار الفكر العربي، بيروت، 1998، ص. 230-231.

وقد تنبأ الكاتب الإنجليزي الدوس هسكلي بميلاد طفل الأنبوب في عام 1932 في روايته (عالم جديد شجاع) وقال إن البيضة الملقحة يمكن الحفاظ عليها خارج جسم الأم بفضل التقنية الحديثة في درجة حرارة مثلى[1]. كما أن الدكتور الإيطالي دانيل بتروشي بدأ أبحاثه سنة 1958 من أجل القضاء على المشاكل التي يسببها انسداد المسالك البييضية، وبدأ في تطبيق أبحاثه مخبريا عام 1961 واستمر في ذلك سريا، وحقق انجازا علميا سنة 1966 بعد أن قام بتلقيح بييضة بسائل منوي في وعاء خاص (رحم صناعي)، وذلك لفترة قصيرة من الزمن. كما نجح الدكتور ماك شانج في بوسطن وماشوست الأمريكية سنة 1959 من الحصول على أجنة فئران، كما أن العالم الإيطالي دوليتي سنة 1966 نجح في تربية جنين خارج رحم أمه في أنبوب اختبار لمدة 59 يوم، بعدها مات الجنين، ليثور الفاتيكان ضد اللعب بعمليات الخلق ويبدي اعترافا على التجربة.

واكتشف الدكتور ادواردز سنة 1966 لحظة قبول البييضة للقاح بعد مراقبة عينة مجهرية.

وفي عام 1969 اجريت عملية التلقيح على 65 بييضة، تجاوبت 18 منها مع التلقيح، عاشت 11 منها 31ساعة، في حين عاشت 07 منها لبضع ساعات فقط.

وذكر "استيه" أن هذه التقنية تعود إلى عام 1970 إلا أنها ظلت محدودة لأنه لإتمام ذلك لابد من استخدام سائل منوي طازج، إلا أن الصورة تغيرت عندما أصبح من الممكن حفظ المني في الآزوت السائل في درجة حرارة (-196) لعدة سنوات وبذلك أصبحت التقنية إجراءا عاديا[2].

وفي عام 1971 تمكن العالمان ستبتر وادواردز من إبقاء اللقاح حيا لأكثر من ثلاثة أيام لتتواصل التجارب إلى حين ولادة الطفلة لويز براون كأول طفلة عن طريق التلقيح الاصطناعي في 24 جويلية 1978 بمدينة أولداهم بإنجلترا[3]، فقد حققت هذه الولادة سعادة للزوجين جلبرت جون براون وليزلي براون 32 سنة اللذان مضى على زواجهما تسع سنوات.

وبعد ثمانية أشهر من ولادة لويز براون أعلن فريق بحث في استراليا برئاسة كارل ودد عن ولادة أول طفلة كانديس وأمها ليتدربير[4]، كما ولدت عام 1982 طفلة تدعى ارمندينا وولدت في اسبانيا طفلة تدعى فيكتوريانا عام

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 54 وما بعدها؛ ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة عالم المعرفة، العدد 174، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص. 131.

2- كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مرجع سابق، ص. 230-231.

3- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 54 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 112 وما بعدها؛ أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص. 43 وما بعدها؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2012، ص. 27 وما بعدها .

4- كارم السيد غنيم، المرجع نفسه، ص. 237.

1983 وفي البرازيل ولدت الطفلة آنا بولا عام 1984 وولد الطفل زيو بأستراليا عام 1984، والطفل كارلوس فيجول في البرتغال عام 1986، وولدت هبة أول طفلة عراقية عام 1988 علي يد الطبيب الكردي منذر البرزنجي[1].

ويلقب الدكتور باترك ستبتو بأب أطفال الأنابيب في العالم وبالمقابل تلقب الدكتورة صديقة كمال بأنها أم أطفال الأنابيب في العالم، فقد أسست أول مستشفى لأطفال الأنابيب في الشرق الأوسط مقره المملكة العربية السعودية.

يتضح لنا مما سبق ذكره أن تقنية التلقيح الصناعي ليست معجزة، فقد مارسها العرب منذ القرن الرابع عشر ميلادي وتناقلها الغرب في القرن الثامن عشر لتتطور التقنية إلى ماهي عليه اليوم. كما أن التقنية تطورت فأنشأت بنوك للنطف لتتطور التقنية إلى التلقيح خارج الرحم، ثم تنقل إلى رحم المرأة التي اخذت منها، وغيرها من النساء. وبهذا ظهرت تقنية الحمل بتدخل الغير سواء بنطف أو بييضات ورحم، ناهيك عن ظهور تقنية الحمل بعد فك الرابطة الزوجية أي بعد الطلاق أو الوفاة[2].

أما بشأن أنواع التلقيح الاصطناعي، نجد التلقيح الاصطناعي الداخلي والتلقيح الاصطناعي الخارجي. فالأول له عدة تعريفات نوردها تباعا:

- الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم الزوجة أثناء حياة زوجها وفي ظل زوجية قائمة أو الإخصاب بحيوانات الزوج المنوية بعد وفاته أو إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التلقيح لبويضة امرأة أخرى بمني غير زوجها، وذلك لأنه إما أن يكون الزوج ليس به مني أو كان به مني ولكنه غير صالح للإنجاب[3].

كما عرف بأنه مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق ادخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها[4].

ومن صور هذا النوع من التلقيح نجد:

أ- أثناء حياة الزوج.

ب- الإخصاب بحيوانات الرجل المنوية بعد وفاة الزوج ولها حالتان:

1- سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، مرجع سابق، ص. 20، هامش. 1.

2- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 114-115.

3- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 58؛ حالة الإخصاب الصناعي الذي يقع في داخل جسم المرأة، والذي يحصل بإدخال السائل المنوي في مكانه المناسب داخل جسم المرأة لإحداث أو افعال التلقيح اللازم، سعدي إسماعيل البرزنجي، المرجع نفسه، ص. 18؛ ادخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبية معينة؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 53.

4- حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 126؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 93.

1- يتم التخصيب أثناء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها.

2- يتم التخصيب بعد انقضاء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها.

ج- الإخصاب بحيوانات متبرع منوية، ليس بينه وبين المرأة رابطة الزوجية[1].

بعد أن كان تلقيح البييضة بمني زوجها أو رجل آخر عن طريق الحقن داخل عنق الرحم، تطورت التقنية وظهر نوع آخر ولكل منهما صوره.

أما النوع الثاني يتمثل في التلقيح الصناعي الخارجي: وله عدة تعريفات نوردها تباعا:

- أخذ البييضة بواسطة مسبار ثم تلقيحها في طبق بواسطة حيوانات منوية من الزوج، وتركها تنمو في الحضن مدة يومين أو ثلاثة، ثم إعادتها إلى الرحم لتنمو فيه نموا طبيعيا[2].
- جمع الحيوانات المنوية مع البييضات في أنبوب مختبري في وسط مهيأ اصطناعيا، وبعد الالتحام تنقل البييضة الملقحة إلى الرحم[3].

ويعرف أيضا بأنه مجموعة الأعمال الطبية الهادفة إلى اخصاب البييضة خارج الرحم في وسط مماثل للأخير وإعادتها إليه بشروط[4].

ومن صور هذا النوع من التلقيح نجد:

أ- تكون البييضة من الزوجة والحيوان المنوي من متبرع ويتم الحمل داخل رحم الزوجة.

ب- تكون البييضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج ويتم الحمل داخل رحم الزوجة.

ج- تكون البييضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج ويتم الحمل داخل رحم الزوجة.

د- تكون البييضة من متبرعة والحيوان المنوي من متبرع ويتم الحمل داخل رحم الزوجة.

هـ- تكون البييضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج المتوفي أثناء العدة والحمل في رحم الزوجة[5].

أما عن الأسباب الداعية إلى التلقيح الاصطناعي:

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 77.

2- محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 118؛ الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 83.

3- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر،2003، ص. 89؛ يتم التلقيح فيها بين مني الرجل وبويضة الأنثى في وسط خارج الرحم كأنبوب اختبار أو أي وعاء مخبري، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان بالبييضة، تعاد اللقيحة هذه إلى رحم المرأة سواء صاحبة البييضة أم غيرها، وسمي خارج الرحم لأن التلقيح يتم خارج الرحم، وسميت هذه الحالة بطفل الأنبوب لأن التلقيح يتم في أنبوب اختبار، زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 86.

4- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 236.

5- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 77-78.

ان التلقيح الاصطناعي مهما كانت صوره يعالج الكثير من المشاكل الزوجية لسبب عدم قدرة أحد الزوجين أو هما معا على الإنجاب، فهو بذلك يسد ثغرة انهيار العديد من الأسر التي هي النواة الأساسية للمجتمع.

وهو يهدف إلى وضع مني الرجل مع بويضة المرأة بهدف اندماجهما، فهو بذلك يعالج ضعف الخصوبة لدى الرجل والمرأة دون العقم لأن العقم: هو عدم القدرة على الإنجاب مطلقا، لقوله تعالى (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)[1]، ولعلاج ضعف الخصوبة بالتلقيح الصناعي نتعرض لأسباب اللجوء إلى هذه التقنية فهي عديدة نذكر منها:

1- أمراض الأنابيب (قناتي فالوب) بقفل الأنابيب الموصلة للمبيض بالرحم أو تشويهها.

2- قلة الحيوانات المنوية في الدفعة الواحدة القادرة على إتمام عملية إخصاب البيضات الأنثوية.

3- الحموضة الزائدة للجهاز التناسلي للمرأة مما يتسبب في موت الحيوانات المنوية.

4- وجود تضاد ومعاداة بين خلايا الجهاز التناسلي (إفرازات عنق الرحم) والحيوانات المنوية لإخصاب البييضة.

5- كثرة افرازات عنق الرحم والتي تعيق ولوج الحيوانات المنوية.

6- عدم التبويض ويرجع ذلك إلى عدم وجود المبيض أو وجود ورم به.

7- أمراض الرحم مثل انتباذ بطانة الرحم الذي يعود إلى الجماع في زمن المحيض.

حالات خصوبة غير معروفة بالرغم من توافر الإمكانات الانجابية[2].

وأمام هذا التنوع في التلقيح الاصطناعي، تكمن أهمية الدراسة في أنها محاولة البحث عن إجازة بعض التشريعات للتلقيح الاصطناعي خارج الرابطة الزوجية في حين بعض التشريعات ترفض هذه الإمكانية خارج الرابطة الزوجية؛ ارتباط الموضوع محل الدراسة بمقصد شرعي من مقاصد الشريعة وهو حفظ النسل؛ تطور العلوم الطبية والبيولوجية الذي نجم عنه فتاوى فقهية وقضايا قانونية بحاجة إلى البحث؛ دعوة القانونين إلى إعادة النظر في قوانين العلوم الطبية والبيولوجية من أجل وضع حد للممارسات اللاقانونية واللاأخلاقية، وجود خلاف قانوني بين التشريعات التي تجيز تقنية التلقيح الصناعي ومستجداتها من تجميد وزراعة أجنة وتلقيح بعد فك الرابطة الزوجية

1- سورة الشورى، الآيتان 49،50.

2- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 42 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 122؛ أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، مرجع سابق، ص. 13-47؛ زبيدة اقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص40-.41.

وتأجير للأرحام وتلقيح بتدخل الغير، وتشريعات ترفض هذه التقنية؛ اهتمام المجامع الفقهية الإسلامية وإصدارها فتاوى في الموضوع تنظر ذلك.

وكما أن أهمية الموضوع تعود إلى الانتشار الواسع للحالات المرضية التي هي سبب في عدم الإنجاب، وانتشار حالات العقم؛ الفراغ القانوني الذي قد يجعل الدول العربية وشعوبها حقلا للتجارب الطبية؛ إشكالية نسب الطفل الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي.

من أجل معرفة الحكم الشرعي وموقف تشريعات الطب الإنجابي نطرح الإشكاليات التالية:

ماهي المشاكل القانونية التي يطرحها موضوع التلقيح الاصطناعي قبل الحمل وأثناءه وبعد الولادة؟ وما هو موقف القانون الوضعي والفقه الإسلامي من ذلك؟

للإجابة على هذه الإشكالات المطروحة سنتبع المنهج الاستقرائي الذي تفرضه دراسة المواضيع الفقهية، والمنهج التحليلي لتمحيص النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية التي تم جمعها. وتم إعمال المنهج المقارن بين بعض النصوص القانونية المؤيدة والمعارضة وأحكام القضاء معتمدا في كل مرة على موقف المشرع الجزائري ومبرزا رأي الفقه الشرعي.

أما عن الصعوبات فإن أي بحث علمي لا يخلوا من صعوبات تواجه الباحث، فمن ذلك تفرق المادة العلمية بين كتب فقهية وعلمية وقانونية، مما وجب علينا مضاعفة الجهد للوصول إلى المعلومة، ناهيك عن عدم الوصول إلى أحكام وقرارات قضائية بخصوص هذا الموضوع في الجزائر.

وتقتضي الإجابة عن الإشكاليات المطروحة بتقسيم الدراسة إلى فصلين:

- **الفصل الأول: الإنجاب الطبي المساعد في إطار علاقة زوجية.**
- **الفصل الثاني: الإنجاب الطبي المساعد خارج إطار العلاقة الزوجية.**

الفصل الأول

الإنجاب الطبي المساعد

في إطار العلاقة الزوجية

بفضل تطور وسائل الحمل التي اكتشفتها العلوم الطبية الحديثة، ووضع الأحكام الشرعية لها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، ورغبة الجزائريين المصابين بالعقم في الإنجاب بهذه التقنية، وإثبات الأطباء الجزائريين قدرتهم على العمل بهذه التقنية، هذه الأسباب دفعت المشرع الأسري أن يعدل ق. أ. ج بالأمر 05-02 ويسمح بإجراء التلقيح الاصطناعي بنص المادة 45 مكرر المضافة التي تنص: "أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

ويثور الجدل نتيجة الإخلال بشرط من هذه الشروط، لذا سنتطرق إلى شروط التلقيح الاصطناعي حسب ما نصت عليه المادة سالفة الذكر وما توفره من حماية قانونية في المبحثين التاليين:

إجراء التلقيح الاصطناعي في إطار علاقة قائمة (مبحث أول)، ماء الزوجين محل اعتبار (مبحث ثاني).

المبحث الأول:

إجراء التلقيح الاصطناعي في إطار علاقة زوجية قائمة

خلق الله بني آدم وكرمهم على كثير ممن خلق فقال تعالى(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)[1]،ولأجل التكاثر واستمرار النسل البشري سن ارتباط الذكر والأنثى حتى يحفظ النوع البشري، وجعل الزواج الطريق المشروع لذلك الارتباط وكان لثمرة ذلك النسل الذي جعله الله فطرة الإنسان[2]ورغّب فيه رسوله عليه الصلاة والسلام فقال تعالى (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَاباً وَخَيْرٌ أَمَلاً)[3]، وحببه الله سبحانه لبني البشر فقال (وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ)[4].

1- سورة الإسراء، الآية 70.

2- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 41؛ مخطارية طفياني، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 34.

3- سورة الكهف، الآية 46.

4- سورة النحل، الآية 72.

وحث على التناسل بالطريق المشروع والتقوى فقال تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)[1]، وقال عليه الصلاة والسلام ...تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة ....لكن إرادة الله سبحانه قد تحول دون ذلك أي الإنجاب بعقم أحد الزوجين كما في قوله تعالى: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿ 49 ﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)[2].

مما يدفع الزوجين اللجوء إلى الطريق الاصطناعي، إلا أن هذا الطريق له مخاطر جمّة وخاصة إذا تم خارج إطار العلاقة الزوجية. هذا ما يجعل إجراء هذه التقنيات وفق أطر شرعية وأخلاقية وقانونية ضرورة حتمية تقتضيها مقاصد الشريعة الإسلامية والفطرة السوّية التي ارتضاها الله لخلقه، ومن بين ضوابط أو شروط إجراء التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية توافر شرطين أساسيين هما العقد الشرعي (مطلب أول) والرضا (مطلب ثان)

المطلب الأول:

قيام العلاقة الزوجية على العقد الشرعي

إن المقصود بالعلاقة الشرعية هي الزواج وذلك لأنه عقد رضائي، يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[3]، إذن فالزواج هو الطريق الطبيعي للتناسل، وهو من قواعد النظام الاجتماعي، لذا فإنجاب الأطفال خارج رباط الزواج يهدد هذا النظام الاجتماعي المستقر الذي هو الأسرة.

فالأطفال بحاجة إلى والدين ليس بيولوجيا وإنما اجتماعيا، لذا تستهجن عمليات التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من آثار سيئة بالنسبة للطفل والمجتمع[4]، لذا يشترط في التلقيح الاصطناعي أن يكون ضمن رابطة زوجية صحيحة أي شرعية، وهذا ما سنتناوله في التشريع الإسلامي (فرع أول)، والقانون الجزائري (فرع ثاني)، مستبعدين القانون المقارن والعلة في ذلك لاعترافهم بالعلاقة الحرة.

1- سورة النساء، الآية 01.

2- سورة الشورى، الآيتان 49،50.

3- المادة 04 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005، ج. ر.، عدد 15، 2005.

4- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروع نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر،1999، ص. 145.

الفرع الأول:

العقد الشرعي في التشريع الإسلامي

ذهب رأي إلى أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا، وبالتالي وجوده يكفي لمظنة الاتصال، فإذا حصل إنجاب، فإن الولد يكون لصاحب الفراش، وبالتالي ينسب إلى الزوج صاحب العقد فقد قال تعالى (هُنّ ۘلِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ)[1]، هو قول الأحناف[2].

وعلى خلاف ذلك يرى أصحاب الاتجاه الثاني بأن حصول عقد صحيح لا يكفي لتحقيق الفراش، بل يلزم أن يكون اللقاء بين الزوجين ممكن، لأن الزواج لا يقوم مقام الوطء، وهو رأي المالكية والشافعية [3]وحجتهم في ذلك الحديث المروي عن النبيء صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش حرة كانت أو أمة"[4] الولد للفراش وللعاهر الحجر، قال العلماء: العاهر الزاني، وعهر زنى وعهرت زنت والعهر الزنا، ومعنى الحجر أي له الخيبة ولا حق له في الولد ...، وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، فمعناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشاً له فأتت بولد لمدة الإمكان منه لحقه الولد وصار ولداً يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة، سواء كان موافقاً له في الشبه أم مخالفاً".

وقال الحافظ ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في أن العاهر لا يلحق به في الإسلام ولد يدعيه من الزنا، وأن الولد للفراش على كل حال، والفراش النكاح ملك اليمين لا غير... أجمع العلماء –لا خلاف بينهم فيما علمته–أنه لا يلحق بأحد ولد يستلحقه إلا من نكاح أو ملك يمين. فإذا كان نكاح أو ملك، فالولد للفراش على كل حال" ولا يجوز أن ينسب الولد للرجل صاحب المني ما دام أن المرأة الحاضنة ذات زوج. وأما إذا كانت المرأة الحاضنة لا

1- سورة البقرة، الآية 187.

2- نقلا عن، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المشهور ب : ابن قيم الجوزية (691-751ه) ، زاد المعاد في هدي خير العباد، ضبط نصه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1430ه-2009م، ص. 896.

3- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 98.

4- حدثنا عبد الله بن يوسف اخبرنا مالك عن ابن شهاب، عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ، قالت: "كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فأقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ،فقال ابن اخي عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة ،فقال أخي وابن وليدة أبي ،ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبيء صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد: يارسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة :أخي وابن وليدة أبي ،ولد على فراشه، فقال النبيء صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة ،الولد للفراش، وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة :احتجبي منه –لما رأى من شبهة بعتبة ، فما رآها حتى لقي ربه". أنظر، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعني المعروف ب صحيح البخاري (194-256 ه)، الجزء السابع، د. ط، مكتبة الجمهورية، القاهرة، مصر،1376 ه، ص. 129؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع نفسه، ص. 896.

زوج لها، فيصح إلحاق الولد بالرجل صاحب المني إن أقر به وادّعاه على قول جماعة من أهل العلم، وإنما يثبت بالعقد شريطة إمكانية الدخول، ومثال ذلك لو أن رجلا تزوج امرأة وطلقها في مجلس العقد ثم أتت بولد لستة أشهر لم يثبت نسبه منه.

وظهر اتجاه ثالث وهو يرى أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال إن أحمد أشار إليه في رواية حرب، فإنه نص في روايته فيمن طلق قبل البناء، وأتت امرأته بولد، فأنكره أنه ينتفي عنه بغير لعان، وهذا هو الصحيح المجزوم به، وإلا كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج، ولم يبن بها لمجرد إمكان بعيد؟ وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشا قبل البناء بها، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب بمن لم يبن بامرأته، ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد امكان ذلك؟ وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق[1]. ففقهاء الشريعة الإسلامية همهم الوحيد هو نشأة الطفل في وسط عائلي بين أحضان والديه، ففقهاء الشريعة سبقوا إعلان جنيف 1924 وما تضمنه من تقرير لحقوق الطفل وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1959 وما يتضمنه من مبادئ واتفاقية حقوق الطفل 1989[2].

وقد ذهب الأستاذ بن شويخ الرشيد إلى نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين، وذلك إذا أثبت الزوج أنه لم يلتقي ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه ونفس الحكم يسري في حالة الطلاق قبل الدخول، ذلك أن المادة 43 من قانون الأسرة أقرت ثبوت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة[3].

وفي مقام العقد الشرعي نشير إلى ما ذهب إليه الشيخ شلتوت بقوله: "ومن هنا نستطيع أن نقرر بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الاصطناعي الإنساني أنه إذا كان بماء الرجل لزوجه كان تصرفا واقفا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج ...أما إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا يربط بينهما عقد زواج« ولعل هذه الحالة هي أكثر ما يراد من التلقيح الصناعي عندما يتحدث الناس عنه »، فإنه يخرج بالإنسان دون شك في دائرة الحيوان والنبات، ويخرجه عن المستوى الإنساني، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها بالتعاقد الزوجي وإعلانه..."[4].

1- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، مرجع سابق، ص. 898 وما بعدها.

2- محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 16 وما بعدها.

3- الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03، ص. 40 وما بعدها.

4- الشيخ محمد شلتوت، الفتاوى، مرجع سابق، ص. 327 وما بعدها.

الفرع الثاني:

العقد الشرعي في القانون الجزائري

والزواج الصحيح هو من اكتملت أركانه وشروطه، لهذا لا يكون التلقيح الاصطناعي مباح إذا كان ضمن زواج غير صحيح، فاسد أو باطل، وهوما عكف قانون الأسرة الجزائري على ذكره في الفصل الثالث من الكتاب الأول تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل، ونص في مادته 32 على أنه "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[1].

تجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج تترتب عليه عدة التزامات، ولعل أهمها الامتناع عن أي علاقة جنسية خارج نطاق العلاقة الزوجية، لذلك فإن التلقيح الاصطناعي خارج هذا الإطار يشكل إخلالا بإحدى واجبات الزواج ألا وهو الإخلاص للشريك هذا نتيجة تدخل طرف ثالث في عملية التلقيح، وغير الطبيب وكل متدخل في العملية مما يستلزمه الشأن الطبي[2].

وعليه وجب أن يكون هذا التلقيح الاصطناعي أثناء العلاقة الزوجية متى كانت هذه الوسيلة هي الوسيلة الوحيدة أمام الزوجين للإنجاب[3]، كما أن جانب من الفقهاء اشترطوا في الاستدخال[4]الذي يقوم مقام الوطء وينتج آثاره فلا يتصور ألا يكون بين زوجين[5].

ولذلك إن شرط قيام علاقة زوجية صحيحة يخرج العلاقة الحرة من دائرة ذلك الطلب الذي هو التلقيح الاصطناعي، فقانون الأسرة يحرص على حماية العملية بين الزوجين دون غيرهما، لذا فهو يحرص من ذلك كله على

1- تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "يبطل الزواج إذ اختل ركن الرضا
إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".
تنص المادة 34، على أنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".
تنص المادة 35، على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

2- نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، سنة 1419هـ الموافق 1999م، ص. 215؛ زينب كريم، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، العدد 06، ص. 105.

3- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 254.

4- عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية، مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص. 73، مقتبس من رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،1996، ص. 13.

5- مهند صلاح فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 241.

صيانة العلاقة الزوجية للحفاظ على الفرد والمجتمع، لما تعرفه العلاقة الحرة من تهرب من المسؤولية وما ينجم عنها من أضرار[1]، فقد وضع المشرع الجزائري مادتان لتعزيز ذلك هما المادتين 40 و41 من قانون الأسرة.

وعقد الزواج يخضعه المشرع الجزائري للقواعد الرسمية، إلا أنه يعترف بالزواج غير الموثق طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بقولها: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

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

تجدر الإشارة أنه لا يمكن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بدون عقد موثق. لذا يخرج من هذه الدائرة الزوجان المرتبطان بعقد عرفي، فلا يجوز لهما اللجوء إلى هذه العملية إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا حسب نص المادة المذكورة، يأتي هذا من أجل إثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المعالجة[2]، أضف إلى ذلك شريطة أن تتم هذه العملية حال قيام الزوجية وأثناء حياتهما وهوما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، لأن رابطة الزوجية قد تنقطع بالوفاة أو الطلاق.

المطلب الثاني:

الرضا ركن أساسي لإجراء عملية التلقيح

اعتمدت جل التشريعات التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخليا كان أم خارجيا، لهدف علاجي هو علاج العقم لأحدهما أو كلاهما، إلا أن العلاج وتدخل الطبيب غير مسموح به إلا بموافقة الزوجين على ذلك[3]، كما أن الرضا لا يكون معتبرا إلا إذا كان مستنيرا وبكل حرية وسيادة دون إجبار[4]وحال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية [5]وأن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي[1]. إلا أنه في بعض الأحيان يتم رفض التلقيح

1- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 103.

2- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص. 91؛ سمية بوكايس، التلقيح الاصطناعي والعقوبة الجنائية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، نوفمبر2014، ص. 07.منشور على موقع www.droitetentreprise.org

3- تنص المادة 44 من الرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون".

4- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010، ص. 27.

5- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص. 510؛ العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013، ص. 691؛ العربي بلحاج ، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م.ع. ق. إ. س.، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، العدد 15، ص. 19؛ عبد القادر العربي شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب

بالرغم من الحاجة الماسة إليه، وتنجم عنه مشاكل يصعب تكييفها، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب، موافقة الزوجين أثناء حياتهما (فرع أول)، ورفض التلقيح كاستثناء يرد على هذه الموافقة (فرع ثان). والمشاكل الناجمة عن تخلف شرط الرضا (فرع ثالث).

الفرع الأول:

موافقة الزوجين وأثناء حياتهما

حتى تتم عملية التلقيح الاصطناعي لابد من توافر رضا متبادل ومستنير من طرف الزوجين، فهو شرط أساسي حتى يأخذ شكله الشرعي، كما أنه رأي شخصي بحت كما أنه يرتبط بقناعة وعقيدة الزوج لأن النسب ثابت فهو طفل شرعي[2] والتلقيح الاصطناعي بتراضي الزوجين ليس سببا للطلاق.

بالعودة لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على أن التلقيح الاصطناعي يخضع لشرط رضا للزوجين وأثناء حياتهما، إلا أن نص المادة 19 من نفس القانون تمنح للزوجين حق اشتراط كل الشروط التي يرياها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ما لم تتنافى هاته الشروط مع أحكام القانون.

يستشف من هذا النص أنه إذا كان التلقيح الاصطناعي أحد هذه الشروط في العقد، فإن رفض الزوجين له يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد بنود العقد، إلا أنه وبالرغم من ذلك عدم اشتراط ذلك يسمح أيضا لأي من الزوجين رفض هذه العملية، وهو ما قد يكون سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية.

فالزوج بصفته صاحب العصمة له أن يستند إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة لأنه يستعمل حقه متى شاء. أما الزوجة فتستند في طلب تطليقها إلى نص المادة 10و02/53 من قانون الأسرة والتي تنص على:"2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

10 -كل ضرر معتبر شرعا".

ولأن الزواج عقد رضائي وجب إفراغ شروطه في شكل معين حتى يدرك الطرفان ما هما مقدمين عليه، إلا أن هذا العقد في حد ذاته يتوجب أهلية، وهي ما نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1/07 من قانون الأسرة،

الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،2000، ص. 141، ذكره جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص.62 .

1- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضبط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،2000، ص. 27.

2- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص. 140-141.

ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج. كما أكدت المادة 86 من نفس القانون على ذلك، إضافة إلى المادة 40 من القانون المدني الجزائري[1] من أجل مباشرة التصرفات القانونية.

وبالرغم من نص المادة 07 من قانون الأسرة على ذلك، نجد أن المشرع أقر صحة الزواج دون توافر شرط السن الدنيا[2]، إلا أن هذا مرهون بإذن قضائي. لكن الإشكال يثور في أن الإذن القضائي يكون لأجل عقد الزواج مراعاة لظروف الزوجين، كما تشير الفقرة الثانية من المادة 07 من نفس القانون على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، ولم تتعرض للموافقة على التلقيح الاصطناعي هذا إذا التزمنا بحرفية النص وتفسيره الضيق دون تأويله.

وينبغي تأجيل هذا الموضوع حتى بلوغ أهلية الزواج المنصوص عليها، وقد يكون الزوجان عند إبرام العقد بلغا السن المنصوص عليها إلا أن الأهلية قد تعترضها عوارض تحول دون التعبير عن الإرادة بل تشوبها، وهو ما ذكرته المادتان 42و43 من القانون المدني والمادة 101 من قانون الأسرة.

تجدر الإشارة أن المادة 43 من القانون المدني اعتبرت السفيه ناقص الأهلية في حين المادة 101 و107 ألحقتا السفيه بالمجنون والمعتوه هذا لأن الإشكال يثور حول ما إذا كان الزوج سفيه لأنه ملزم بدفع المصاريف والنفقة على الزوجة، في حين لا يكون هناك إشكال إذا كانت الزوجة سفيهة لأنه لا يؤثر على صحة العقد[3].

في حين أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة لم تتطرق لشرط السن، إلا أن مشروع تمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017 نص على ذلك في المادة 388 منه بقولها: "تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج والزوجة، وهما على قيد الحياة، طلبهما كتابيا المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي يجب عليهما تأكيده بعد شهر (01) من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية"[4]. كما أشارت المادة 07 من ق. أ. ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

1- الأمر : 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ في 20جوان 2005 المعدل والمتمم. ج. ر.، عدد 44، بتاريخ 26جوان 2005.

2- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 58.

3- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 150.

4- المادة 388 من المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017، ص. 55.

ويرجع هذا السبب لتفادي الطلبات المقدمة من طرف أشخاص طاعنين في السن، وتفادي الأمومة المتأخرة، فالمشرع الجزائري في التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12ماي2000، حدد سن الزوجة ب 50سنة كحد أقصى ولم يحدد سن الزوج[1]. كما اشترط الأستاذ هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ سن 40 سنة كحد أقصى للمرأة[2]، كما حدد المشرع الإسباني 18 سنة كحد أدنى[3].

تجدر الإشارة هنا أن رضا الزوجة هو على قدم المساواة مع رضا الرجل، فليس هناك وجه لتفضيل رضا أحد الزوجين على الآخر[4]، وأما أن يكون الرضا كتابيا فإن ذلك لم يوضحه المشرع، إلا أنه يجب تسجيل هذا الرضا في سجل المركز المعالج لإثباته وحتى يكون حجة على الزوجين أو أحدهما[5].

وبالرجوع إلى الشريعة العامة نجد المادة 60 من القانون المدني تنص على أنه:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه..."

ولأن الجسم الإنساني له حرمته وقدسيته فقد أفرغ له القانون حماية خاصة، لذا كان لابد من توافر الرضا حتى يعطي العمل الطبي صبغة قانونية قبل البدء في العمل وإلا اعتد خطئا طبيا، وهو ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم رقم 92-276[6].

أما موقف المشرع الفرنسي، فقد اشترط على الرجل والمرأة الراغبين في الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي أن يكونا في سن الإنجاب، وهو ما نصت عليه المادة 152-2 فقرة ثالثة بقولها:

« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants en âge de procréer….»1

1- نقلا عن عبد القادر قاسم العيد، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، العدد 03، ص. 212.

2- هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، دراسة فقهية مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السادسة، العدد 17، ص. 610.

3- بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص. 26.

4- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص. 58؛ عبد القادر قاسم العيد، المرجع نفسه، ص. 211.

5- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 93.

6- تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر.، رقم 52،لسنة 1992، على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون"، ذكره مراد بن صغير، التأصيل الفقهي(الشرعي) والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2007، العدد 01، ص. 81؛ علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2014-2015، ص. 104.

والملاحظ من التشريع الفرنسي أن الطبيب بعد أن يتأكد بأن الزوجين أو الرفيقين مصران على الخضوع للعملية، يقوم بتذكيرهما بإمكانية اللجوء إلى نظام التبني وإعلامهما بأن العملية قد تكلل بالنجاح كما قد تبوء بالفشل، ثم يمهلهما مدة شهر للتفكير، وبانتهاء هذه المدة وبقائهما متمسكين برغبتهما في الإنجاب الاصطناعي يحرر طلبهما كتابيا. كما يجدد هذا الطلب كلما استدعى الأمر ذلك هذا حتى يتأكد من عدم عدولهما عن قرارهما بالإنجاب الصناعي، ويصبح الرضا باطلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو مباشرة أحدهما إجراءات الطلاق، أو يكونا في حالة انفصال أو تتوقف الحياة المشتركة بين الرجل والمرأة الذين تربطهم علاقة حرة [2]قبل البدء في العملية شريطة أن يكون كتابيا ويسلم للطبيب المكلف بإجراء التلقيح وليس هناك مانع من التراجع عن الرضا. إلا أن الإشكال يثور في حالة البدء في العملية لأن إمكانية الزوجة في العدول عن موافقتها يترتب عنه مشكلة الإجهاض[3]المعاقب عليها في نص المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه:" تعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 د ج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض"[4].

على خلاف المشرع الفرنسي الذي يسمح للمرأة بإسقاط الحمل إلى غاية مرحلة غير معينة من نمو الجنين دون اعتبار لموقف الزوج طبقا لنص المادة 1611من القانون 17/75 المؤرخ في جانفي1975[5]، في حين ربطها المشرع الجزائري بالحالة الصحية للأم التي تكون في حالة خطر محذق[6].

وبنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على: "أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما" فإنها لا تجيز أن يتم التلقيح بماء غير الزوجين، وإلا اعتد رضاؤهما مشوبا[7].

ولأن الرضا لابد أن يكون حرا، وجب أن يكون خاليا من العيوب التي تصيبه كالغلط أو الإكراه أو التدليس، فإذا شاب أحد العيوب رضا الزوج فإن له أن يعدل عن رضاه قبل إجراء عملية التلقيح، أما إذا تمت العملية فليس له ذلك، لأنه يتعلق بالإجهاض المعاقب عليه قانونا بنص المادة 304 من قانون العقوبات المعدل والمتمم[8].

1- مقتبس عن هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2006-2007، ص. 19، هامش. 02.

2- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 21.

3- زينب كريم، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مرجع سابق، ص. 107.

4-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 49، بتاريخ 11 جويلية 1966.

5- هجيرة خدام، المرجع نفسه، ص155.

6- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 59.

7- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 186.

8- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 93.

ويحصل التدليس إذا تمت العملية باستعمال حيلة من قبل الزوج من أجل الحصول على موافقة الزوجة، وهذا بحصوله على سائل منوي من رجل آخر ويقدمه لتلقيح زوجته على أساس أنه مستخلص منه[1].

كما قد يحصل التدليس من طرف الزوجة وهو ما تناوله جانب من الفقه الفرنسي من حيث البحث عن خلايا تناسلية للزوج بدون علمه وإرادته، وذلك إذا لجأ الزوج إلى مركز لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب كان، فتتفق الزوجة مع الطبيب المختص بالتحليل على الاحتفاظ ببعض منها حتى يتم تلقيحها بخلايا داخل الجسم، لأجل هذا اعتبرت العملية غير مشروعة لأنها تتم بناء على محاولة فردية من طرف الزوجة وهو ما يعتبر غش وخداع بين الزوجين، وقد يبرر صحة دعوى نفي النسب ويشكل خطأ مسبب للطلاق.

أما الإكراه هو حمل أحد الزوجين على مالا يرضاه، وهو أهم عيوب الرضا في مسألة التلقيح الاصطناعي لأنه يأسر الإرادة ويقهرها لذا إذا كانت إرادة أحد الزوجين معيبة بهذا العيب ووقع التصرف تحت تأثير الإكراه فيكون هذا التصرف قابلا للإبطال قبل إجراء العملية، أما إذا تمت العملية فلا مجال للإبطال لأن ذلك يكون عن طريق الإجهاض المجرم قانونا كما أشرنا سابقا.

ولكي يكون رضا الأطراف المعنية بالتلقيح الاصطناعي معتبرا وله أثر قانوني، كان على الطبيب المعالج أو الفريق الطبي الممارس تبصير الطرفين وإعلامهما بكافة الإجراءات والمخاطر ونسبة النجاح أو الفشل المتوقعة، صحة الجنين، تعدد الأجنة، هذا حتى تتحقق الموافقة الحرة المستنيرة الخالية من أي ضغوط أو عيوب الإرادة، لذا يتوجب على الفريق الطبي إجراء مقابلة طبية مع الطرفين تحت طائلة المسؤولية[2].

والإعلام قانونا من الواجبات الأساسية الملقاة على عاتق الطبيب قبل الزوجين، إلا أن الطبيب قد يتعمد عدم التبصير من أجل الحصول على رضا الزوجين أو الشهرة، ففي هاته الحالة يكون الرضا معيب ويمكن للزوجين أن يتراجعا عن موافقتهما قبل إجراء العملية ولا يمكن للطبيب إجبارهما عليها[3].

والتدليس قد يتحقق في إخفاء بعض المعلومات من طرف الطبيب عن الطرفين أو عن طريق التواطؤ مع طرف آخر مما يجعل إرادة الزوج المضرور مشوبة، كما أن المشرع الجزائري نص في مادته 45 مكرر من قانون الأسرة على أن تتم العملية بناء على رغبة الزوجين، حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة[4].لذا لا يعتد برضا

1- عبد القادر العربي شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 141، ذكره جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص.62.

2- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 307؛ جيلالي تشوار، المرجع نفسه، ص. 63؛ رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 154؛ المادتان 390 و392 من المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017.

3- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 73.

4- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 691؛ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص. 510؛ العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية، مرجع سابق، ص. 19.

الزوج إلا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في العملية. أما في حالة موافقته ثم توفي قبل بدء العملية، فإن ذلك محظور طبقا لما جاء في نص المادة 45 مكرر والمادة 41 من نفس القانون "إمكانية الاتصال" كما هو الحال في الفسخ أو الطلاق لانفصام الرابطة الزوجية بل وجب أن يظلا على موافقتهما حتى تتم العملية، من أجل تفادي إنجاب طفل يتيم قبل تكونه في بطن أمه، أو إنجاب طفل غير شرعي يكون نسبه فيه لأمه دون أبيه طبقا للمادة 42 من ق. أ. التي تنص على أنه: " أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر". وأكدت ذلك المادة 60 من نفس القانون، وبانتهاء العلاقة الزوجية يصبح الزوجان غرباء عن بعضهما البعض ويصبح التدخل الطبي لدى الزوجة لتلقيحها بماء زوجها يأخذ حكم ماء غير الزوجين[1].

وبالرغم من تنظيم التشريعات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي لمسألة الرضا إلا أن هناك إشكالات قانونية مقترنة به، فقد أغفلت أن يكون الشريك على قيد الحياة إلا أنه فاقد للوعي لدخوله في غيبوبة، فلا يمكنه التعبير عن إرادته وبالتالي لا يمكن القيام بالعملية، كما هو الحال في حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية أيضا.

كما أن الرضا يكون معيبا إذا علق على شرط معين كالموافقة على التلقيح شريطة أن يكون الحمل ذكرا، وهو فرز الحيوانات المنوية وتؤدي هذه العملية إلى الإخلال بالتوازن الطبيعي في المجتمع[2].

ومما يزيد الأمور تعقيدا هو عدم الموافقة على التلقيح الاصطناعي وذلك راجع لعدة أسباب ناهيك عن المشاكل الناجمة عن تخلف شرط الرضا.

الفرع الثاني:

رفض التلقيح كاستثناء يرد على الموافقة

ليس كل الأزواج المصابين بالعقم يبدون رضاهم لإجراء عملية التلقيح فهناك أسباب شخصية وموضوعية تحول دون حدوث ذلك نعرضهما تباعا:

أولا: الأسباب الشخصية لرفض عملية التلقيح الاصطناعي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة على أن "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها ...التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وعلى

1- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 255.

2- محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص. 235؛ هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 171؛ عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص87؛ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 135؛ يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، مرجع سابق، ص. 211.

هذا النحو يمكن القول إن اعتراض أحد الزوجين على تحقيق الهدف المنشود من الزواج يعد في حد ذاته إهانة للطرف الآخر، لكن لو تمعنا في هذا المجال لوجدنا أن الزواج لا يتم إبرامه دائما بين شخصين شابين سليمين ولهما القدرة على الإنجاب، ومن ثم فبالإمكان أن يثير عقم الزوجين كلاهما أو أحدهما مشاكل ليبقى التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب.

على هذا الأساس يمكننا تطبيق نظرية البطلان لأن العجز الجنسي يعد صفة جوهرية في شخص المتعاقد فلو علم المتعاقد بذلك لما تعاقد أصلا، وهو كوقوع الزوج في غلط القدرة على المخالطة الجنسية، هي كما تمت الإشارة إليه، صفة جوهرية للشخص المراد الاقتران معه. لكن الإنجاب هو من أهداف الزواج فبعد مرور مدة معينة بدون حدوث حمل، ورفض الزوج لعملية التلقيح الاصطناعي يجيز هذا الرفض للزوجة طلب التطليق على أساس المادة 10و02/53 من قانون الأسرة، أما رفض الزوجة لهاته العملية يجيز رفضها للزوج الطلاق على أساس المادة 48 من نفس القانون[1].

فرفض الزوج قد يكون راجع لعامل ديني والرافض لعملية الإستمناء الذي يسبب له كراهية واشمئزاز[2]، ورفض المرأة قد يكون عدم نجاح العملية وإعادة تكرارها مرات عدة بمعنى أنها محل تصرف الطبيب.

ثانيا: الأسباب الموضوعية لرفض عملية التلقيح الاصطناعي

هناك أسباب قد تؤدي بالزوجين أو أحدهما لرفض العملية وذلك مخافة اختلاط أو تبديل المني، فعمليا ليس ذلك بمستحيل[3]، كما أن هناك حالة تعدد الأجنة.

كما أن هناك حالة الغش وهي تلقيح الزوجة بسائل منوي لشخص غريب مع إيهامها بأنه لزوجها، هذا ولو تم برضا الزوج، فيسأل الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياء المعاقب عليها بنص المادتين 334و335 من قانون العقوبات، لأنه إجراء يخدش حياء المرأة، ذلك أن الفعل المخل بالحياء لا يشترط توافر الاتصال الجنسي بين الطبيب والمرأة في هذه الحالة، إلا أنه يفترض فعلا جنسيا وهو المتمثل في التلقيح الاصطناعي الذي قام بإجرائه على عورة المرأة فأدى ذلك بالمساس بشرفها وحصانة جسمها وخدش حيائها وحريتها[4].

1- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 153 وما بعدها.

2- هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 616؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 257 وما بعدها.

3- محمد فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، السنة 22، 1406 هـ - 1986م، العدد 259، ص. 37.

4- مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مرجع سابق، ص. 81.

وقد يمتد تخلف شرط الرضا إلى الشق الجزائي ليتعرض إلى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفته ضوابط التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثالث:

المشاكل الناجمة عن تخلف شرط الرضا

إن المشرع الجزائري اشترط الرضا لقيام عملية التلقيح الاصطناعي إلا أنه لم يحدد عقوبة في حالة تخلف هذا الشرط فعلى أي أساس يمكن مسائلة الطبيب؟

أولا: فيما بين الزوجين

1- عدم موافقة الزوجة:

فالطبيب قد يستجيب لرغبة الزوج ويجري العملية للزوجة، بالرغم من عدم موافقتها، وهذا الفعل مجرم في قانون العقوبات بالاعتداء على العرض وهو ما سنحاول شرحه.

جريمة هتك العرض(الاغتصاب): وهو ما نصت عليه المادة 336 من قانون العقوبات بنصها " كل من ارتكب جناية هتك العرض يعاقب بالسجن المؤقت...." وهو مالا ينطبق على هاته الحالة لأن أساسه اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا كاملا وبدون رضاها.

جريمة الفعل المخل بالحياء: وهو ما نصت عليه المادتان 334و335 من قانون العقوبات لأنه منافي للآداب العامة ويقوم بالاعتداء على عرض المعتدى عليها والعبث بجسمها، وفي حالة التلقيح الاصطناعي يتحقق الكشف عن عورتها وملامسة جسمها بما يخدش حيائها وحصانة جسمها، وهو ما يحقق توافر الركن المادي لجريمة الفعل المخل بالحياء، فالطبيب هنا في هاته الحالة فاعل والزوج شريك[1].

2- عدم موافقة الزوج:

وقد تم تناول هذا الطرح في فرنسا وهو يقع على خلايا تناسلية بدون علم وإرادة الزوج في حالة لجوء الزوج إلى مختبر لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب كان فتتفق الزوجة مع الطبيب المختص بالتحاليل باحتجاز والاحتفاظ البعض منها، حتى يتم تلقيحها بخلاياها، فذهب البعض إلى عدم مشروعية هذا العمل لأن التلقيح

1- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2003،ص. 401؛ عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1982، ص. 36 وما بعدها؛ مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مرجع سابق، ص. 81؛ وهيبة مكرولوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2004-2005، ص. 69؛ هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 150 وما بعدها.

الاصطناعي تم بناء على الغش والخديعة مما يبرر الطلاق، ويوجب هذا الفعل المسؤولية في مواجهة الطبيب نظرا للضرر المادي والأدبي الذي أصاب الزوج المضرور[1].

ثانيا: بين غير الزوجين

1- عدم موافقة الزوج:

وهو ما قد يحدث بناء على الاتفاق بين الزوجة والطبيب على أن يجري لها تلقيحا اصطناعيا بغير نطفة زوجها وبغير علمه وموافقته، فما هي الجريمة في هاته الحالة؟

جريمة الزنا: وهو ما نصت عليه المادة 339 من قانون العقوبات، إلا أن تلقيح الزوجة اصطناعيا بنطفة الغير يفتقر لعنصر الاتصال الجنسي.

لكن البعض اعتبروه ظرفا مخففا للعقاب، في حين اعتبره آخرون بمثابة إجازة ضمنية من جانب الزوج، وتنازل مسبق عن الحق في رفع شكوى ضد زوجته حسب نص المادة 3/339 ق. ع. ج، التي تنص على أنه "ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى من الزوج المضرور، وأن صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة"[2]، في حين ذهب فريق آخر إلى القول بعدم فعالية رضا الزوج في هذا الصدد استنادا إلى القواعد العامة التي تحكم أسباب الإباحة، وأخيرا هناك من يرى أن سبق رضا الزوج في واقع الأمر، لا يعدو أن يكون واحدا من الأسباب التي يسقط بها الحق في تقديم شكوى، بحيث لا يسع الزوج المضرور أن يشكوا من زنا زوجته بعد أن ارتضاه وربما جنى من ورائه ثمارا ومكاسب، لهذا لا يمكن مسائلة من ساهم في هاته العملية على أساس هذه الجريمة[3].

جريمة هتك العرض(الاغتصاب): وهو المواقعة بغير الرضا، وهو غير متوفر لأن التلقيح الاصطناعي يتم دون مباشرة جنسية وبرضائها.

الفعل المخل بالحياء: وهو مالا ينطبق مع هاته الحالة لأنه يقع برضا الزوجة لأن هذا الفعل لا يمكن تصور وقوعه على الأشخاص الذين يفوق سنهم 16 سنة بدون رضاهم.

1- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص.62.

2- حسب نص المادة 3/339 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 49، بتاريخ 11 جويلية 1966.

3- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص.274.

2-عدم موافقة الزوجة:

وهو ما قد يتم عن طريق الغش أو الخديعة من جانب الطبيب أو الزوج، باستعمال سائل منوي لرجل آخر حصل عليه ويقدمه لتلقيح زوجته على أساس أنه سائله، أو قد يلجأ الزوج إلى استعمال القوة على الزوجة وإكراهها على إجراء هاته العملية بنطفة الغير، فالطبيب يسأل كفاعل والزوج كشريك في العملية[1].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد فرض عقوبة الحبس لمدة 05 سنوات وغرامة 75000 اورو على الطبيب الذي يجري العملية دون الحصول على رضا أحد الزوجين وهو ما نصت عليه المادة 6/511 من قانون العقوبات الفرنسي[2].

نخلص مما تقدم ذكره في هذا المبحث المتعلق بشرط اقتصار عملية التلقيح بين الزوجين، دون تدخل طرف ثالث في العملية الإنجابية، بذلك يكون فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الأسري الجزائري قد وفقوا لما لهذا الشرط من أهمية وأثار على المشروع الإنجابي بصفة عامة وعلى ركيزة النسب بصفة خاصة، لكن نقاء العملية الإنجابية لا يقتصر على هذا الشرط فقط، وإنما هناك شروط أخرى من بينها الاقتصار على ماء الزوجين الذي سيتم تناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

ماء الزوجين محل اعتبار

إن الهدف من الزواج بعد عمارة الأرض هو الإنجاب وهذا الأخير لا يكون ذا قيمة إلا إذا كان مصدره ماء الزوجين وأثناء حياتهما، لأن ذلك انعكاس مباشر على تكوين الأسرة وركيزة النسب، فلأهمية هذين الشرطين نتناولهما بالتفصيل، إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين (مطلب أول)، وبمني الزوج وبويضة رحم الزوجة (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

اشتراط إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين

مما سبق الإشارة إليه أنه لا يمكن إجراء عملية التلقيح إلا في إطار علاقة زوجية شرعية صحيحة، التي تقوم على العقد الشرعي وحياة الزوجين، إلا أن هذين الشرطين لا يكفيان لتحقيق ذلك إلا بتوفر شرط آخر وهو ماء

1- عبد القادر العربي شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 141، ذكره جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص.62.

2- Art 511/6 «Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivant sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende».

الزوجين. لذا نتساءل عن مكانة هذا الشرط لدى الفقه الإسلامي (فرع أول)، وفي التشريع المقارن والجزائري (فرع ثان).

الفرع الأول:

موقف الفقه الإسلامي

وواقعيا يمكن أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بعد وفاة زوجها، هذا بعد الاحتفاظ بمنيه في بنوك المني ليزرع بعد ذلك في رحم الزوجة ولو كان هذا بتراضي الزوجين ووثق ذلك[1]وهو إشكال يطرح عدة آراء ولكل حجته ودليله.

فهناك رأي يمنع ذلك ودليلهم أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، ورأي آخر يجيز ذلك مع عدم الاستحسان وحجتهم أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر ،وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة فإن الولد يثبت نسبه ، هذا لأن الفراش قائم بقيام العدة والنسب ثابت قبل الولادة، والنطفة ثابتة منه، إلا أنه من المستحسن ألا تحمل المرأة بهذه الطريقة، إلا أن هذا الرأي يجعل العلاقة الزوجية مستمرة بعد وفاة الزوج والمتعارف عليه أن الحمل يكون أثناء الحياة الزوجية، والحمل لا يكون بعد إنهاء العلاقة الزوجية[2].

إلا أن هناك رأي يرى بجواز ذلك وأن الزوجية قائمة بعد الوفاة ولا تنتهي ودليلهم في ذلك بجواز تغسيل أحد الزوجين للآخر بعد الموت كما صرح بذلك بعض العلماء وأكدوا أن الزوجية لا تنتهي بالموت بل بانتهاء العدة[3].

إلا أن هناك حالات تثير تساؤلات بعد الاحتفاظ بالمني في بنوك النطف، ففي رأي الفقهاء يجوز ذلك (التلقيح بعد وفاة الزوج) إلا في حالة إذا ما تم تلقيح بويضة امرأة بمني محفوظة لرجل أجنبي ميت، ووضعها في رحم امرأة ثانية، فهذه العملية محرمة. وهذا ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقاء حيث قال "إن هذه الصورة محتملة الوقوع ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعا لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير زوج، فهي نطفة محرمة".

وذهب الدكتور عبد العزيز الخياط إلى الجواز فقال: "وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي (بنوك الأجنة) لحسابه الخاص ثم يتوفى وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا الولد أنه ولده، إن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا، أما بعد انتهاء العدة فالذي يظهر أن الزوجية قد انقطعت فلا يجوز التلقيح في هذه الحالة بمعنى أنه منع ذلك بعد الوفاة"[4].

1- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 144.

2- محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص. 146.

3- هشام بن عبد الملك آل الشيخ، التلقيح الصناعي دراسة طبية فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص. 618 وما بعدها.

4- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 81 وما بعدها.

باعتبار التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج وأثناء حياته وسيلة للتداوي وهو أمر مشروع حفاظا على النفس البشرية التي هي إحدى الكليات الخمس، وهدف الاتصال الجنسي هو تحصيل النسل، فإذا تعذر هذا طبيعيا، فلا مانع من لجوء الزوجين إلى هذه العملية، خاصة وأنه يهدف إلى الإنجاب، لذا فقد تمت إباحة ذلك بنطفة الزوج وأثناء حياته.

كما يقول بذلك الشيخ رجب التميمي[1]، الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود[2]، ورأيهما بحرمة هذه العملية وحجتهم في ذلك قوله تعالى (نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُواْ لأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّكُم مُّلاَقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ)[3].

ذلك أن الانجاب يكون بين الزوجين في المعاشرة لا بتدخل طرف ثالث الذي هو الطبيب الذي يقوم باستخلاص المني ووضعه في رحم المرأة، لأن العلاقة الزوجية يفترض فيها السرية، فكيف إذا انكشفت لدى شخص ثالث وهذا الفعل فيه انتهاك لحرمة الانسان وحرمة الزوجين.

- تعارض العملية مع فطرة الله ومشيئته[4] لقوله (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)[5].

فمشيئة الله وفطرته أن جعل بعض خلقه عقيما، وعلى ذلك فكل محاولة للإنجاب بغير الطريق الطبيعي يعتبر مخالفا لسنته.

- استخراج المني في هاته العملية عن طريق الاستمناء اليدوي وهو مخالف لما أقره الله، أو عن طريق الجراحة والعزل.
- انعدام الاتصال الجنسي بين الزوجين، وبذلك تغيب المتعة الجنسية ويفتح هذا الباب إلى إثارة الفتن والشبهة في النسب[6].
- حرمة الاطلاع على عورة المرأة التي تقرها الشريعة الاسلامية، لذا لا يجوز لأحد الجنسين أن يطلع على عورة الجنس الآخر إلا إذا كانت هناك ضرورة علاجية [7]وحجتهم في ذلك قوله تعالى (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ

1- رجب التميمي، أطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 1، العدد 2، ص. 309 وما بعدها.

2- عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 01، العدد 2، ص. 313.

3- سورة البقرة، الآية 223.

4- محمد المرسى زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت،1993، ص. 26.

5- سورة الشورى، الآيتان، 49،50.

6- رجب التميمي، المرجع نفسه، ص. 309.

7- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 168؛ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الانجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 130.

أَبْصارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذلِكَ أَزْكى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِما يَصْنَعُونَ (30) وَقُلْ لِلْمُؤْمِناتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ...)[1].

- إعطاء الفرصة للطبيب المعالج في التحكم في جنس الجنين مما يشكل خطر على المجتمع[2].

وغالبية الفقهاء يجيزون ذلك إذا تم بين الزوجين وأثناء حياتهما مع التقيد بالضوابط الشرعية[3]، ولدراسة ما توصل إليه الأطباء عقدت الندوات والمؤتمرات، وتمخضت عليها القرارات والتوصيات عن الملتقيات، والفتاوى عن الهيئات الإسلامية[4]، وبعد بحث الموضوع صدرت الفتاوى الشرعية:

1- إن العقم مرض يستوجب العلاج، فقد حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التداوي، فقد جاء في الحديث "جاء أعرابي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: انتداوى؟ قال رسول الله: نعم، فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله"[5].

2- أن الماء دافق ويستقر في الرحم[6] فقد جاء في قوله تعالى (فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ. خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ.)[7]، والتلقيح الصناعي داخل في مشيئة الله، لأن الماء الدافق يستقر في رحم الزوجة في قرار مكين، وكل ما في الأمر أنه يتم إيصال ماء الزوج لبويضة رحم الزوجة عن طريق أداة خاصة، وفي ذلك أن العملية تتم بدون اتصال جنسي[8] الذي ليس هو السبيل الوحيد، بل إن العمل قد يتم باستدخال الحيوان المنوي في المكان المخصص من رحم الزوجة.

3- ليس الهدف من التلقيح الاصطناعي منع الزوجين من الاستمتاع، بل هدفه هو ازاحة العقبات التي تحول دون إنجاب الزوجين.

1- سورة النور، الآيتان 30،31.

2- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، مرجع سابق، ص. 142؛ عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 87.

3- فتوى روح الله الخميني حيث يقول: "لا إشكال في أن تلقيح ماء الرجل بزوجته جائز ...فلو فرض أن النطفة خرجت بوجه محلل ولقحها الزوج بزوجته فحصل منهما ولد كان ولدهما، كما لو تولد بالجماع"، شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، الطبعة 01، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ن،2001، ص. 79 وما بعدها.

4- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الذي انعقد في مكة المكرمة في الفترة الممتدة من 19-28 جانفي 1985م، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الثاني المنعقد بجدة من 22-28 كانون الثاني 1985م، والثالث المنعقد بعمان من 11-16 اكتوبر1986م، والسادس المنعقد بجدة من 14-20 مارس 1990م.

5- رواه أحمد، نقلا عن جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، جامع الأحاديث، المجلد 05، ط 01، مطبعة خطاب، القاهرة، مصر،1984، ص. 632.

6- شهاب الدين الحسيني، المرجع نفسه، ص. 89.

7- سورة الطارق، الآيتان 05،06.

8- محمد المرسى زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 28.

4- ان العقم والذي هو حالة غير طبيعية[1] في جسم المرأة، الذي تحتاج إلى علاجه، والذي لابد من كشف العورة من طرف الطبيب المعالج الذي يقدرها بقدرها، فلا يجوز ذلك إلا للزوجين غير القادرين على الانجاب.

وهو ما أكده مجلس مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة بقوله: "احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة طبيعية في جسمها تسبب لها ازعاجا يعتبر غرضا غير مشروع يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج وعندئذ يتقيد ذلك بقدر الضرورة"[2].

بعد البحث والتمحيص في آراء فقهاء الشريعة الاسلامية لعملية التلقيح الاصطناعي المجيزين منهم والمحرمين لها، والوقوف على أدلة كل منهم، الصواب هو الرأي المجيز للعملية بين الزوجين هذا لواقع الادلة المستندين إليها ومواكبتها للتطور العلمي ومسايرتها لروح الدين الاسلامي الذي عنى بواحدة من الضرورات الخمس وهي حفظ النسل، رفع المشقة والحرج عن الازواج المحرومين من الانجاب طبيعيا، من اجل الحفاظ على تماسك الاسرة، ودعم افرادها بمرافقتهم والعمل على تجاوز العقم الذي هو مرض يتوجب علاجه كغيره من بقية الامراض، من أجل انجاح مشروع اسري هدفه الانجاب حتى يحافظ على نسل العائلة وتكون هذه ذكرى لوالديهم يذكرونهم بها عند وفاتهم. إلا أن هذا الرأي المجيز ليس على إطلاقه بل يجب أن يتم وفق شروط قانونية وضوابط شرعية واخلاقية مع اخذ الحيطة والحذر.

الفرع الثاني:

موقف القانون

وسوف نتطرق فيه للقانون المقارن (أولا) والمشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: القانون المقارن:

نتطرق فيه لموقف القانون الفرنسي

-موقف القانون الفرنسي:

ففي فرنسا اعتبر التلقيح الاصطناعي اجراء غير اخلاقي، فقد وصفت محكمة Bordeaux العملية أنها وسيلة اصطناعية تستهجن الأخلاق الطبيعية ويمكن أن تؤدي إلى إهدار كرامة الزوج والتأثير السلبي على الزوجين، غير أن محكمة استئنافToulouse أصدرت قرارا بتاريخ 21 سبتمبر 1982[3] يقضي بمشروعية التلقيح

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 169.

2- القرار الخامس لمجمع الفقه الاسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 01، العدد 02، مرجع سابق، ص. 335.

3- نقلا عن هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 14.

الاصطناعي بين الازواج وأساسها في ذلك أن التلقيح الاصطناعي لا يخل بالحماية المقررة للطفل، بل ذهب القضاء الفرنسي إلى إمكانية التلقيح بعد الوفاة أي بغير حياة الزوج وأعطى الحق للزوجة في أن تلقح نفسها صناعيا بعد وفاة الزوج من منيه الذي تركه قبل وفاته، وأن هذا لا يمثل تعارضا مع القانون أو مع أهم أهداف الزواج وهو الإنجاب[1]،إلا أننا نجده نص صراحة على إمكانية خضوع الرجل والمرأة لعملية التلقيح الاصطناعي شريطة أن يتم ذلك أثناء حياتهما[2].فما هو موقف المشرع الجزائري؟

ثانيا–موقف المشرع الجزائري:

إن قيام الزوجية هو الأصل لذا ذكره المشرع الجزائري كشرط أول في المادة 45 مكرر من ق. أ. ناهيك عن الرضا، وبما أن الزواج عقد رضائي كما جاء في نص المادة 04 منه، فإن عملية التلقيح الصناعي لا تخلو من الرضا. أضف إلى ذلك أن هذا الشرط يبقى ناقصا ما لم ترتبط به حياة الزوجين، لذا أوجبها المشرع كما أكد على شرط أثناء حياتهما، لتفادي أي تأويل أو خطر مستقبلي، لأنه واقعيا يمكن ذلك بعد وفاة الزوج، كونه إنهاء للرابطة الزوجية بطريق غير إرادي، أو بطريق إرادي ويتمثل ذلك في الطلاق أو التطليق أو الخلع.

هذا لأن انحلال الرابطة يجعل الزوج غريبا عن الزوجة، وبالتالي فإن كل معالم الحياة الزوجية زالت وكأنها لم تكن، فهاته المادة قطعت الطريق في وجه أي محاولة لإجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوجين[3]، لأن ذلك يثبت النسب. فواقعة الزواج وحدها لا تكفي لثبوته من جهة الأب، بل يتوجب زيادة على ذلك إمكانية الاتصال بين الزوجين، وهو ما نصت عليه المادة 41 من ق. أ.

غير أن المشرع الجزائري حصرها فيما ذكرته المادة 45 مكرر من نفس القانون، ويكون ذلك إذا كانت الحيوانات المنوية من الزوج وأثناء حياته، فإنه من الراجح من أقوال العلماء في أن الولد الذي يأتي بهذه الطريقة هو ولد طبيعي وشرعي للزوجين، ويثبت نسبه منهما، وذلك إذا جاءت المرأة بهذا الولد أثناء الحياة الزوجية أو في عدتها من طلاق أو وفاة، ويترتب على ثبوت نسبه باقي الأحكام الشرعية[4].

كما وجب أن يكون ذلك بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة وأن تكون هذه الرابطة قائمة حقيقية وذلك عندما يكون كلا الزوجين على قيد الحياة ولم تنفصم رابطة الزوجية بالطلاق. أما قيام الرابطة الزوجية حكما فيقصد بها وفاة الزوج والزوجة مازالت في فترة العدة، أو قيام الزوج بطلاق زوجته طلاقا رجعيا يجوز

1– نقلا عن حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 152 وما بعدها.

2- L'art. 152 -2 al. 03 du c. s. p. proclame que: «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants»

3– علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 113.

4– نقلا عن حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 153.

له مراجعتها فيه، والعدة هي فترة مناسبة قدرها الشارع الحكيم للتأكد من خلو رحم الزوجة التي توفي عنها زوجها أو التي طلقت من الولد منعا لاختلاط الأنساب[1].

إن التلقيح الاصطناعي كما أشرنا سابقا يختلف عن التلقيح الطبيعي من جهة وسيلة التخصيب فقط، فكان لابد أن يتم في إطار علاقة زوجية صحيحة بالإضافة إلى أن تتم العملية والحياة الزوجية قائمة. ويتم اللجوء إلى هذه العملية عندما يمارس الزوجان علاقتهما الزوجية بشكل طبيعي، إلا أن الزوجة لم تحمل وهذا نتيجة قصور الزوج لسبب ما عن إيصال مائه خلال المواقعة في الموقع المناسب[2]، حيث يقوم الطبيب بحقن مني الزوج رأسا داخل التجويف الداخلي للرحم، بمعنى حقن الحيوانات المنوية للزوج داخل رحم الزوجة بدلا من وضعها في المهبل[3].

وبالعودة إلى نص المادة 45 مكرر من ق. أ، نجدها اشترطت ان تتم عملية التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة زوجته دون سواهما لأن الزواج هو الرابطة الوحيدة التي تبيح للزوجين الاستمتاع ببعضهما البعض، وهو ما سنتطرق له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

إتمام عملية التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة

إن نجاح العملية الإنجابية وفي إطارها الشرعي لابد أن تكون مقيدة بجملة من الضوابط والشروط الشرعية القانونية والأخلاقية والتي يأتي في مقدمتها شرط الاقتصار على ماء الزوجين، الذي نتناوله من حيث التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة داخل الرحم (فرع أول) ومن حيث التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم (فرع ثان)

الفرع الأول:

التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة داخل الرحم.

هي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة وذلك عن طريق حقن ماء زوجها في رحمها، وهي طريقة يستبعد فيها الاتصال الجنسي المباشر (الجماع) بين الرجل والمرأة [4]كوسيلة طبيعية ليقوم مقامها الحقن الطبي، فهي عملية

1- ذكره حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 175، هامش. 1.

2- القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب لمجمع الفقه الاسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني، ص. 325.

3- نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 192؛ حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 130.

4- فرج يوسف أمير، الموت الاكلينيكي، مرجع سابق، ص. 196.

الادخال الطبي أو الاستدخال بين الزوجين[1]لنطفة الزوج في الموضع المعد له للمرأة بهدف علاجي[2]وهذا هو التبرير العلاجي لهاته العملية، إلا أن هاته العملية لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتعداهما إلى الطبيب المعالج.

وسبب استعمال هاته العملية هو عجز الزوج على اقامة علاقة جنسية مع زوجته، وقد يرجع ذلك إلى سرعة قذفه، أو أن ماء الزوج غير كافي كما وغير صالح نوعا للقيام بعملية الاخصاب او ليست للزوج القدرة على ذلك، وقد تكون قليلة فلا تزيد عن مليون وربما أقل[3]. كما قد يكون هذا السائل المنوي للزوج صالح لكن الصعوبة تكمن في التقاء ماء الزوج مع بويضة الزوجة، أو استحالة ذلك تماما. فإذا حدث وتمت عملية الادخال ونجحت، فإن العملية تكون كما لو كان التلقيح طبيعيا، إلا أنه يتوجب للحصول على نتيجة جيدة، إجراء عملية التلقيح في وقت الاباضة عند المرأة، أي ما بين اليوم العاشر إلى الرابع عشر من زمن بدء الدورة الشهرية وأفضلها يوم الرابع عشر[4]، هنا نسبة النجاح قد تصل إلى 70% إذا حصلت في اليوم المحدد للإباضة. وقد يحدث أن يتم إعادة عملية التلقيح مرتين إلى 03 مرات أو 04 مرات عمليات تلقيح رحمي قبل ان تحال الى اجراء عملية طفل الانبوب، إذ أن هذه العملية الاخيرة تعني اخصاب البيضة في الانبوب خارج الجسم ثم زرعها بعد التخصيب في الرحم[5].

ومن اجل توضيح ذلك سنتطرق لرأي الفقه من هذه العملية:

أولا: رأي الفقه الإسلامي من هذه العملية:

لقد ذهب غالبية الفقهاء إلى جواز ذلك، ويرون أن الطفل المولود من هذه العملية هو طفل شرعي مثله كطفل جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين زوجين، له ما لغيره من الابناء الشرعيين من حقوق وعليه ما عليهم من التزامات[6].

وهذا الجواز متوقف على جملة من الشروط والضوابط لإجراء العملية:

1- زياد سلامة أحمد، أطفال الانابيب العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 69؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص. 61؛ اقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 16؛ لبنى محمد جبر، الصفدي شعبان، الاحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة،2007، ص. 10؛ طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الانابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الاسلامية، ط 01، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001، ص. 35 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 170، هامش.2.

2- مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 73.

3- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 37؛ بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص. 47.

4- طيب منذر البرزنجي، غني شاكر العادلي، المرجع نفسه، ص. 82.

5- طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، المرجع نفسه، ص. 55.

6- هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي دراسة طبية فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص. 616 وما بعدها.

1-ان تكون عملية التلقيح الاصطناعي هي الحل الوحيد للزوجين لتمكينهما من الانجاب[1]؛

2-أن تتم العملية بناء على موافقة الزوجين معا؛

3-أن يكون هدف العملية التمكين من الانجاب وليس للتحكم في جنس الجنين أو لأجل صفات معينة[2].

فالتلقيح الصناعي إذا كان بماء الرجل لزوجته لا اثم فيه ولاحرج في ذلك، فيقول فضيلة الشيخ محمد شلتوت شيخ الازهر الاسبق رحمه الله: "من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل، فقد قال تعالى (خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ (6) يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ)[3]، وقال أيضا (إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا)[4]، يتخلق الولد من هذا السائل متى وصل إلى الرحم المستعد للتفاعل، وإن لم يكن وصوله عن طريق الاتصال الجسماني المعروف، وهذا قد عرفه الناس جميعا، وعرفه فقهاؤنا وجاء في كلامهم "إن الحمل قد يكون بإدخال الماء للمحل دون اتصال، عرفوه هكذا ورتبوا عليه وجوب العدة، وهي مدة يبعد فيها الزوج عن زوجته حتى تعرف براءة رحمها من الحمل[5].

فإذا كان بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تحكم المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا اثم فيه ولاحرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي، يذكر به والداه، وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما. أما إذا كان بغير ذلك كماء رجل أجنبي عن المرأة ولا يربط بينهما عقد زواج فهو شبيه بالزنا"[6]، فالقاعدة التي تخضع لها العملية هي أن "الولد للفراش"[7]، وهو المقصود أن الولد للزوج صاحب الفراش، هذا لأن رباط الزوجية الصحيح يجيز المعاشرة بين الزوجين ويخصه بحق الاستمتاع بها دون غيره لذا لا يجوز أن تلقح الزوجة بمني غير زوجها مع أخذ كل الاحتياطات اللازمة.

1- مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الصناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص. 78 وما بعدها؛ هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 98.

2- بشير الشيخ صالح، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1، 2012 -2013، ص. 59.

3- سورة الطارق، الآيتان 06،07.

4- سورة الإنسان، الآية 02.

5- محمد شلتوت، الفتاوى مرجع سابق، ص. 279؛ أمير فرج يوسف، الموت الاكلينيكي، مرجع سابق، ص. 192 وما بعدها؛ هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي دراسة طبية فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص. 616 وما بعدها؛ محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص. 517.

6- محمد شلتوت، الفتاوى، المرجع نفسه، ص. 281؛ أمير فرج يوسف، الموت الاكلينيكي، المرجع نفسه، ص. 192 وما بعدها؛ هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، المرجع نفسه، ص. 616 وما بعدها.

7- صحيح البخاري، الجزء السابع، مرجع سابق، ص. 129.

هذا ما أقره المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985 بمكة المكرمة "التلقيح الصناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في «انبوبة» ثم توضع في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي فهذا حلال للضرورة الشرعية، ومن باب التداوي المشروع، وينسب المولود للأب والأم"[1]، وفي هذا يقول الشيخ جاد الحق "فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا ،ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الاب جبرا، وانما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما"[2].

وكما قرر مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 11-16 اكتوبر1986 بأنه "لا حرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة من تلقيح الزوجة بمني زوجها دون شك في اختلاطه أو استبداله"[3].

وتجدر الاشارة أن التلقيح بعد الوفاة تكون ثمرته غير شرعية، لأن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة، ويرى جانب من الفقه أن موافقة الزوج قبل وفاته على استخدام منيه تحل المشكلة.

بعد تعرضنا لرأي الفقه الإسلامي سوف نتعرض للموقف القانوني.

ثانيا-الموقف القانوني:

وسوف نتعرض فيه لموقف القانون المقارن (أ) وموقف المشرع الجزائري (ب).

أ: القانون المقارن:

تناول كل من القانون المقارن والجزائري هذا الشرط، إلا أن هناك تفاوت في ضبطه، ومرد ذلك الاختلاف الديني والاجتماعي والثقافي، وهذا ما سنبينه:

1-موقف القانون البريطاني:

خلال السنوات الاخيرة اتجه رأي إلى القول بأن الطفل غير شرعي لأن العلاقة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين، فقد أوصى التقرير الذي وضعته لجنة WARNOCK[1] والذي نشر عام 1984 في إنجلترا

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص. 514.

2- جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الاسلامية، ج2، ص. 144؛ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية مرجع سابق، ص. 104.

3- جيلالي تشوار، المرجع نفسه، ص. 104.

حول الخصوبة البشرية وعلم الاجنة بأن الارث في حالة الطفل الذي يولد بعد الوفاة يجب أن يقتصر على ما إذا كان الحمل قد تحقق في ظل حياة الاب، واقترح البعض في هذه الظروف أن يقتصر حق الطفل في الارث على حالات الوصية من قبل الزوج قبل وفاته.

هذا وبصفة عامة فقد اوضح المشرع الانجليزي في مادته 285 من قانون الخصوبة البشرية وعلم الاجنة الصادر عام 1990 أن الزوج إذا توفي وبعد ذلك استخدمت الخلايا التناسلية في تكوين الجنين واحداث الحمل فلا يعد والد الطفل[2].

2-موقف القانون الفرنسي:

ويتضح ذلك بمنعه لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، كما أنه لم يحدد نسب الطفل المولود بعد إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة، لذا لابد من العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي لاسيما المادة 315 منه التي اعتبرت أن الطفل الذي يولد لأكثر من 300 يوم من طلاق أو غياب الزوج، أو انفصال جسماني، لا ينسب لزوج الارملة هذا بالرغم من حمله ل 50% من صفاته الوراثية، وسبب ذلك يرجع إلى المدة الطويلة التي تتطلبها العملية[3].

أما عن موقف القضاء الفرنسي:

في بداية الامر كان يرفض اللجوء إلى هذه العملية، ومثال ذلك ما عرض على محكمة "بوردو" سنة 1883 وجاء في القضية:

ان الطبيب الذي قام بهذا التلقيح انما قام بعمل غير مشروع، نظرا لأن هذه الطريقة، ليست من شأنها معالجة أسباب العقم لدى الرجل أو لدى المرأة لكي يكونا صالحين للإنجاب، وإنما من شأنها أن تعاون في فعل الانجاب

1- اثر ميلاد الطفلة لويز براون اسندت الحكومة البريطانية في سنة 1982الى ماري ورنك Mary Warnock مهمة تشكيل لجنة سميت باسمه (لجنة ورنك) تقوم بدراسة المشكلات المرتبطة بموضوع الاخصاب خارج الجسم، مثل الام البديلة، الاخصاب بمساعدة متطوع، أطفال الانابيب، الاستنساخ...وشملت اللجنة مجموعة من الاطباء والقانونيين واللاهوتيين وعلماء الاجتماع وحتى اناس عاديين، ونشرت اللجنة تقريرها في سنة 1984 ،حيث وضحت موقفها من الاخصاب الاصطناعي والحمل خارج الرحم، ودخول طرف ثالث في عملية الاخصاب، وقد اعتبر التقرير نقطة تحول في مجال القانون والاجتماع والطب ، انظر ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والاخلاق، مرجع سابق، ص. 21؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 224؛ محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص. 274.

2- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 402.

3- الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 82.

نفسه، او بإنجازه في المكان الأكثر حشمة، فأصبح الطبيب وسيطا بين الرجل والمرأة متخذا وسائل صناعية يستقبحها القانون الطبيعي، وانه من كرامة الزواج ألا تنتقل أمثال هذه الوسائل من نطاق العلم إلى مجال التطبيق[1]. غير أن القضاء الفرنسي عاد وتراجع عن ذلك وأجاز اللجوء إلى هذه العملية بين الزوجين، مادامت العملية الجنسية الطبيعية لم تؤت ثمارها، لوجود عيب يعاني منه الزوجين أو أحدهما. كما أجاز القضاء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، وأجاز للزوجة ذلك بأن تلقح نفسها اصطناعيا بعد وفاة زوجها من منيه المحتفظ به في بنوك المني قبل وفاته، ويرى القضاء أن هذا لا يعارض القانون ولا اهداف الزواج وهو الانجاب.

وفي هذا الإطار عرضت على القضاء الفرنسي عدة حالات نذكر منها:

ما حدث في فرنسا حينما طالبت **كورين بار بالاس** أحد بنوك المني بمنحها مني زوجها المتوفي منذ سنة، فرفض البنك ذلك بحجة أن الزوج لم يعط تعليمات واضحة بهذا الشأن، لتلجأ بعدها إلى محكمة Créteilوعادت هذه الاخيرة لدراسة قانون نابليون الموضوع سنة 1804 الذي اعتبر نسب الطفل إلى الزوج المتوفي حتى بعد 300 يوم من وفاته، لكن هذه القضية لم يجدوا لها مثيل، لأن المحامي أصر على أحقية موكلته في مني زوجها المتوفى لتحمل منه **توماس** وتعلمه العزف وبعد جدال طويل حكمت المحكمة لصالح الارملة ضد البنك[2].

ب–موقف المشرع الجزائري:

حذا المشرع الجزائري حذو فقهاء الشريعة الإسلامية في الاعتداد بماء الزوجين في عملية التلقيح ونص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بقوله: " ... أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما". وهذا احتراما لقدسية الرابطة الزوجية وحفاظا على طهر الأنساب، غير أنه لم ينص على النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي مما يجعلنا نستند على النص العام وهي المادة 41 من ق. أ. التي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". فالمشرع الجزائري لا نص على النسب الناتج عن تقنية التلقيح الاصطناعي، ولا ألحق المادة 45 مكرر بالمادة 41، مما ولد فراغا قانونيا فيما يخص النسب الناتج عن هذه التقنية.

وكان عليه أن يضع المادة 45 مكرر مباشرة بعد المادة 41 لتتميمها وتفسيرها باعتبار أن المادة 41 هي القاعدة والمادة 45 مكرر هي الاستثناء[3]. أو وضع المادة 45 مكرر فقرة ثانية للمادة 41 من نفس القانون رافعا

1– نقلا عن، وهيبة مكرو لوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص. 61 وما بعدها.

2– نقلا عن، زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 237 وما بعدها؛ سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005، ص. 89.

3– أنظر، زكية حميدو تشوار: شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.90.

اللبس الذي يكتنف عبارة "وأمكن الاتصال" بالفقرة الأولى منها، خاصة وأنها كانت سندا لمن يقول بجواز التلقيح الاصطناعي قبل التعديل[1].

تجدر الإشارة إلى أن هذا الفراغ تسده المادة 222 من ق. أ. التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي يجمع أغلب فقهاؤها على شرعية نسب الولد الناتج عن هذه العملية.

إن نجاح عملية التلقيح الاصطناعي داخل الرحم وإن كانت قد قضت على بعض صور العقم، إلا أنها لم تتمكن من علاج كل الحالات، لأن هاته العملية تتم داخل الرحم، وهي ما تستدعي صلاحية رحم الزوجة، وصلاحية قناتا فالوب. ففي حالة عدم صلاحيتهما يتوجب البحث عن حل آخر، فكان التلقيح الصناعي خارج الرحم هو الحل البديل من أجل إنجاح المشروع الانجابي والمساعدة الطبية على ذلك وهو ما سنعالجه في هذا الفرع.

الفرع الثاني:

التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم

إن اللجوء إلى هذه التقنية راجع إلى عقم الزوجة بسبب عدم صلاحية الرحم، وانسداد قناتا فالوب، وعقم الرجل بسبب قلة الحيوانات المنوية أو ضعفها [2]في الوصول إلى البويضة طبيعيا. كما تشترط التقنية لتفادي وجود حالات منغولية (تشوهات خلقية) أن يكون سن الزوجين أقل من 35-39 سنة[3]. فلإجراء هاته العملية بين مني الزوج وبويضة رحم الزوجة، يتوجب على الطبيب المعالج إعطاء الزوجة أقراص من **عقار الكلوميفين** وهي عقاقير منشطة للمبيض، وهذا بهدف الحصول على عدد كافي من البويضات[4].وبعد استخراج البويضات يتم وضعها مع مني الزوج في انابيب اختبار خاصة بذلك في وسط مناسب لمدة 24-48 ساعة، وبعد نجاح عملية الاخصاب، تستدعى الزوجة لأجل إعادة اللقيحة، لتبقى هاته العملية مقتصرة على من يدفع أكثر. فالعملية خارج الرحم أكثر كلفة من العملية نفسها داخل الرحم[5].

وفي هذا السياق أكد **البروفيسور بوزكريني**، رئيس مصلحة النساء والتوليد بمستشفى نفيسة حمود "بارني" سابقا بتاريخ: 2008/04/04، أن مصلحته ستتدعم بمركز للتلقيح الاصطناعي في شهر سبتمبر المقبل علاوة على مركزين آخرين سيتم تدشينهما في شرق وغرب الوطن قبل نهاية السنة الجارية. وأوضح البروفيسور بوزكريني،

1- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص 31.

2- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 234.

3- زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 89.

4- النجيمي محمد بن يحي بن حسن، الانجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 118.

5- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 7، هامش.1؛ انظر جريدة الشروق اليومي الجزائرية، عدد 2727، بتاريخ 2009/09/27، ص. 07.

أن مركز التلقيح الاصطناعي كان من المقرر افتتاحه قبل 12 سنة، ليكون أول مركز في إفريقيا، إلا أن المشاكل التقنية التي عرفها المركز حينها ونقص التجهيزات حال دون افتتاحه، موضحا في الوقت ذاته أن المركز في مستوى جد متقدم من أشغال التهيئة والتجهيز والتعقيم، بالإضافة إلى توفير جهاز أمني جد متقدم لضمان سلامة وعدم سرقة أجهزة التلقيح الباهظة جدا.

واعتبر البروفيسور أن الانطلاق في عملية تلقيح النساء اصطناعيا بهذا المركز سيسمح بمساعدة الكثير من الأزواج الذين عانوا لسنوات من مشكل العقم والحرمان من نعمة الإنجاب، خاصة وأن عملية التلقيح الاصطناعي كانت تتم في المراكز الخاصة والبالغ تعدادها 9 في الجزائر، أو في المراكز الخاصة بتونس أو الدول الأوروبية، وهذا ما يكلف أموالا طائلة تفوق الـ 50مليون سنتيم في بعض الأحيان. وهذا ما يتعدى الإمكانيات المادية للكثير من العائلات الجزائرية. وأشار ذات المتحدث إلى أن نسبة نجاح التلقيح الاصطناعي وتحقيق التخصيب والحمل غير مضمون مائة بالمائة ما يستدعي إلى تكرار المحاولة أكثر من مرة، حيث تقدر تكلفة المحاولة الواحدة حوالي 22 مليون سنتيم بالمراكز الخاصة الجزائرية، منها 10 ملايين للأدوية والهرمونات التي يتم تعاطيها بشكل مستمر طيلة فترة العلاج، بالإضافة إلى حصص العلاج والمتابعة التي تقدر أسعارها بـ 10 إلى 12 مليون سنتيم، مؤكدا أن الهدف المستقبلي هو أن تتكفل الدولة بجميع محاولات "التلقيح الاصطناعي" للأزواج الذين لا ينجبون، كما هو الحال في العديد من الدول الأوربية كبلجيكا التي تتكفل بالمحاولات الست الأولى للتلقيح الاصطناعي للأزواج الذين يعانون من العقم[1].

ونشير الى ان هناك أسباب أخرى تجعل المرأة تلجأ الى هذا الحل وهو التمزق بين المنزل والعمل خارجه وصعوبة تربية الطفل الذي يتطلب مصاريف اضافية من حليب وأكل وملابس وحضانة وطبيب، خاصة في ظل صمت الأطراف المعنية وعدم اقدامها على البحث عن حلول كفيلة بالمساعدة على الانجاب لاسيما منها الترفيع في منحة الابناء والضغط على تكاليف انجابه وتمتيع المرأة بحق الحصول على منحة كاملة أثناء الوضع.

وتسمى هذه العملية بخارج الرحم لأنها تتم خارجه كما يسمى الاطفال المولودين بهذه التقنية بأطفال الانابيب، لأن التلقيح يتم في أنبوب اختبار، إلا أن هذه العملية اكتنفها بعض الغموض وظهرت بعض الفتاوى فما موقف الفقهاء والقضاء ثم ما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

1- عن موقع الشروق أون لاين http://www.echoroukonline.com ،تم الاطلاع عليه بتاريخ :2016/08/07 على الساعة 10h30.

أولا: موقف الفقهاء والقضاء

أ–موقف الفقه الإسلامي:

إن غالبية الفقهاء يجيزون ذلك بناء على نفس الحجج التي تبرر التلقيح الداخلي، فهاته العملية تمثل تطورا علميا وطبيا، وهذا لقضائها على الحالات المختلفة من المشاكل الطبية خاصة العقم عند المرأة وانسداد قناتا فالوب[1].

فالفقهاء اختلفوا في حالات التلقيح الاصطناعي خارج الرحم، فهناك رأي قائل بعدم جواز ذلك مطلقا، هذا بالرغم من أن رأي المجمع الفقهي في دورته السابعة في مكة المكرمة سنة 1404 هـ هو الجواز ودليلهم في ذلك، غموض نتيجة العملية واحتمال ارتفاع نسبة التشوه في هذه الطريق الاصطناعي عن المعتاد في العمل بالطريقة الطبيعية، وهو نفس رأي الشيخ الزرقاء، لعدم امكان كشف ذلك قبل التكرار الكثير، ومن حيث احتمال تأديتها إلى اضرار اخرى مرضية لا يمكن الجزم بالأمان منها في هذه الطريقة قبل مضي زمن طويل من عمر الوليد[2].

كما أن خشيتهم من جواز استخدام هاته الوسيلة بغرض التحكم في جنس الجنين بالإضافة الى تعديل صفاته الوراثية، كما ان غالبية الفقهاء يرون عدم التوسع أكثر في امور كهذه بدليل أن مزاياها أقل من أضرارها[3]. وأن الشيخ رجب بيوض التميمي حرم ذلك من أساسه، ودليله حرمة ايجاد ذرية عن الطريق الطبيعي المعروف مستندا إلى قوله تعالى (نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُواْ لأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّكُم مُّلاَقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ)[4]، وذهب الشيخ شقرة إلى أن قاعدة سد الذرائع تفرض حظر طفل الانبوب[5].كما أن أنصار هذا الرأي يتجهون إلى ضرورة تدخل المشرع لتحريم التعامل مع الجينات الوراثية في تغيير الصفات أو تحسين السلالات واختيار جنس المولود.

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 89-88؛ محمد المرسى زهرة، الانجاب الاصطناعي احكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 81؛ النجيمي محمد بن يحي بن حسن، الانجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 129.

2- النجيمي محمد بن يحي بن حسن، المرجع نفسه، ص. 129؛ زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 90؛ ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والاخلاق، مرجع سابق، ص. 156.

3- محمد المرسى زهرة، المرجع نفسه، ص. 82؛ النجيمي محمد بن يحي بن حسن، المرجع نفسه، ص. 130؛ رأي المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي، الدورة الثامنة، القرار الثاني، بشأن التلقيح الصناعي، انظر الموقع www.themwl.org/fatwa، تاريخ الاطلاع 2016/03/09، على الساعة 23:51 د.

4- سورة البقرة، الآية 223.

5- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 92.

ب: موقف القضاء الفرنسي:

لقد اقر القضاء الفرنسي مبدأ هام بخصوص التلقيح الصناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم، ومفاد ذلك ثبوت نسب المولود بهذه التقنية، جاء ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن طفلا ولد بعد تخصيب خارجي لزوجين على قيد الحياة في بيئة مصطنعة لتزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وبعد فترة ولد الطفل، لكن الزوج أراد التنكر لنسب الطفل إليه، فرفع دعواه مستندا إلى أن التلقيح تم بواسطة ماء الغير، وبرر ذلك بأنه كان مسافرا في Antelles وزوجته لم تنكر ذلك. رأت المحكمة أنه لقبول دعوى الزوج بإنكار نسب الطفل يكفي أن يثبت ذلك بالخبرة في مجال الدم نفي الأبوة، ومن ثم فلا محل للبحث عما إذا كان الزوج قد وافق على الوسيلة أم لا[1].

ثانيا: موقف القانون الجزائري:

بشأن هذه العملية أي – التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم–المشرع الأسري لم يفصل في هذه الصورة، سواء بداخل الرحم أو خارجه وإنما جاء النص عاما وهو ضرورة توفر ماء الزوجين لإجراء عملية التلقيح.

وبانعدام التفصيل حول هذا الشرط يرجع للتفصيل الوارد في أحكام الشريعة الإسلامية والموضح كالتالي:
–الصورة الأولى من التلقيح الداخلي و هي أخذ مني الزوج و حقنه مباشرة في الموضع المناسب من فرج أو رحم الزوجة.
–الصورة الأولى من التلقيح الخارجي و هي أخذ بويضة الزوجة و تلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختبار (طبق بتري) و إعادة اللقيحة بعدها إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة.

أما الموانع التي أقرها المشرع عند اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي: تنص المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة على: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". فهذا المنع هو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة لأنه إذا اكتفينا بالشروط السابقة، يكون قصور، وهذا مالا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي، أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجراء التلقيح الاصطناعي وفي الفقرة الأخيرة أورد حكما لبعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى.

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 267-268.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع منع اللجوء إلى الأم البديلة مخافة الوقوع في المخاطر والشكوك التي تشوب نسب الطفل من حيث أمه على النحو الذي ذكرناه آنفا.

من خلال دراسة هذه الفصل المتعلق بشرط إجراء عملية التلقيح في إطار العلاقة الزوجية، نستنتج أن الشريعة الإسلامية الغّراء والمشرع الجزائري حرصوا وبشدة على تحقيقه لأنه الجدار الحصين الذي تبنى به أسرة متماسكة طاهرة الأنساب موافقة للفطرة السوّية التي ارتضاها الله لخلقه، على عكس التشريعات المقارنة التي اشترطته ولكن ليس بحزم لأنها تفضل مصلحة ورغبة الزوجين أو الصديقين على حساب نقاء الأسرة والأنساب، وهذه التساهل يعطينا صورة التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية الذي سنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الإنجاب الطبي المساعد خارج إطار العلاقة الزوجية

إن الانجاب مسألة شخصية بين زوجين، وهو نتيجة طبيعية للمعاشرة الجنسية، ويكون ثمرة هذه المعاشرة المولود الذي هو زينة الحياة الدنيا فقد قال تعالى (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا...)[1]، وعلى أساس هذه العلاقة بنيت أحكام النسب وما يتبعها وهو ما استمدته الشريعة الاسلامية والشرائع الاخرى وحتى القوانين الوضعية، وبإعمال قاعدة (الولد للفراش) بمعنى أن أب المولود هو صاحب الفراش، هذا الاخير الذي يثبت بالعقد وبإمكانية الدخول. غير أن وجود مشكل طبي يحول دون الانجاب بشكل طبيعي يدفع الزوجين إلى عملية التلقيح الاصطناعي، وبالتالي أصبح الانجاب بدون اتصال وبتدخل طرف ثالث من غير الزوجين بالإضافة إلى إنشاء مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي[2] (بنوك حفظ النطف والبويضات الملقحة)

Centre d'étude et de conservation des œufs et des spermes(C E C O S).

ذلك مما يؤثر على إثبات النسب بعد الانفصال أو الوفاة خاصة بعد نجاح الاطباء في الحصول على مني الزوج المتوفى في مدة لا تتجاوز 48 ساعة من لحظة وفاته[3]، فقد يستعمل المني أو البويضة أو اللقيحة بعد ذلك بمدة، ويكون ثمرة ذلك مولود فإلى من ينسب؟ (مبحث أول) وقد يتدخل طرف ثالث لحدوث الحمل فيتعدد الاطراف من ثلاثة، الاب والام والمولود إلى أربعة، وهم الاب والام والمولود والغير، هذا الغير الذي قد يكون رجل متبرع بمنيه أو امرأة متبرعة ببويضة، كما قد تكون امرأة متبرعة بالحمل أو ما يعرف بإيجار الرحم (مبحث ثان).

المبحث الاول:

إجراء التلقيح بين الزوجين مع انحلال الرابطة الزوجية

لقد كان هناك أثر ايجابي لبنوك المني والبويضات كما كان لها الاثر السلبي على البشرية، حيث أن هناك مشاكل عديدة نجمت عنها، فقد تتم عملية التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية إما بطلاق أو وفاة، هذا عن طريق تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها المجمد قبل انحلال الرابطة الزوجية أو عن طريق زرع اللقيحة المجمدة في بنوك الاجنة. وقد يولد المولود إما أثناء فترة الحمل المقررة قانونا وقد يولد بعدها، مما يؤدي إلى مشاكل تخص النسب وما يلحقه، وهو ما سنناقشه في هذا المبحث، التلقيح بعد الطلاق (مطلب أول)، التلقيح بعد الوفاة (مطلب ثان).

1- سورة الكهف، الآية 46.

2- محمود احمد طه، الانجاب بين التجريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 118؛ زينب كريم، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مرجع سابق، ص. 112.

3- زينب كريم، المرجع نفسه، ص. 112.

المطلب الاول:

التلقيح الصناعي بعد الطلاق

فقد تم تعريف التلقيح الصناعي بعد الطلاق بأنه: قيام الزوجة بالعمل على تخصيب بويضة تؤخذ منها بتلك النطفة المذكرة لزوجها المطلق أو المتوفى والمحفوظة في البنك ثم غرسها في رحمها[1].هذا لأن نتائج البحوث التي قام بها العلماء خلصت إلى إمكانية الاحتفاظ بمني الرجل وبويضة المرأة في بنوك النطف والاجنة. فلو تم الانفصال بين الزوجين سواء (طلاق، تفريق قضائي، خلع...) وتم بعدها تلقيح نطفة الزوج المنفصل ببويضة المنفصلة، وحصل الاخصاب وولد مولود، فهل سيتم إثبات نسب المولود للزوج المنفصل أم لا؟

وهو ما سنتطرق إليه في فرعين: موقف الفقه والتشريعات المقارنة (فرع أول)، وموقف القضاء الجزائري (فرع ثان).

الفرع الاول:

موقف الفقه والتشريعات المقارنة

إن العلاقة الزوجية تنقطع بالطلاق أو الوفاة، فالطلاق لا يتيح حل الاستمتاع بالزوجة، ويتوجب على المطلقة المدخول بها أن تعتد لاستبراء رحمها، فهل يثبت نسب المولود في مثل هذه الحالة؟

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

إن عملية التلقيح الاصطناعي في محل خلاف بين فقهاء الشريعة، فمنهم من ربط مسألة إثبات النسب بالحالة، حيث يرون أنه وإن كان لا يجوز شرعا أخذ مني الرجل وإن كان بموافقته وتلقيح بويضة زوجته به بعد وفاته، إلا إذا كانت الزوجة جاهلة بالأمر، ففي هذه الحالة يكون المولود ابنا شرعيا لهما، إلا أنه يرث من امه ولا يرث من أبيه.

إلا أن الفقهاء يفرقون بين التلقيح الحاصل بين الزوجين بوجود علاقة زوجية صحيحة، وتلقيح بين زوجين انحلت رابطة الزوجية بينهما، كطلاق أو وفاة، لأن انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ يزيل معالم الرابطة، فلم يعد الزوج زوجا لزوجته، ولاهي زوجة له حتى وإن ظل الزوجين مفترقين وعلى قيد الحياة.

وهذا قد يرجع إلى سبب رغبة لأحدهما في أن يكون له ولد من زوجه أو لسبب آخر يتعلق بالميراث أو غيره[2]، وينسب الولد لأبيه إذا كان في عدة طلاق، ويختلف الطلاق هنا من طلاق رجعي إلى طلاق بائن. ففي

1- محمد زين العابدين، حكم الانجاب بالتلقيح الصناعي، استاذ القانون الجنائي المساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة أسيوط، مصر، د.ت. ن، ص. 247، نقلا عن عطا عبد العاطي، بنوك النطف والاجنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، ط 2006، ص. 244.

2- زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 97؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 132؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 161؛ إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية

حالة الطلاق الرجعي ينسب إلى أبيه، أما في حالة طلاق بائن، انتهت عدته فيرى الدكتور محمد علي البار أنه: "لا يجوز التناسل بين هذين الشخصين مهما كانت الاعذار والدوافع وأن حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت أو الطلاق فإن حدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب"[1].

كما يرى الشيخ شلتوت: "أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الانسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سببا للحصول على ولد شرعي...أما إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا يربط بينهما عقد زواج (ولعل هذه الحالة هي أكثر ما يراد من التلقيح الصناعي عندما يتحدث الناس عنه) فيرى الشيخ شلتوت: أنه ينزل إلى ما دون المستوى الانساني، هذا الانسان الذي ينسج حياته بالتعاقد الزوجي وإعلانه، فهو بذلك جريمة منكرة ، وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية"[2]. هذا لأن رباط الزوجية وقدسيته قد انحلت، ودراسة هذه الجزئية تتطلب منا دراسة أحوال الطلاق قبل الدخول، كما قد يكون هذا الطلاق رجعيا أو بائنا.

1-نسب المولود قبل الدخول:

إن ولادة المطلقة قبل الدخول إما أن يكون لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر، فولادتها لأقل من ستة أشهر لا ينسب المولود لطليقها، وإن كانت ولادتها لتمام ستة أشهر من تاريخ طلاقها، فلا يثبت نسبه منه، لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة لا يثبت به النسب، إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل كان قبل الفرقة.

وفي حالة ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت به اليقين بأنها حملت قبل الفرقة، هذا باعتبار أنها أقل مدة للحمل، وبحكم أن المطلق لم يدخل بطليقته وحملت منه قبل أن تطلق منه، وهذه الولادة دليل على أن الطلاق كان قبل الدخول وليس بعده، وإن جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر، فإنه لا يعتبر يقين بحدوث الحمل قبل الفرقة. فقد يحتمل أن تكون حملت من مطلقها، إلا أنه متى كان هناك احتمال فلا يثبت النسب للمولود، بل النسب يثبت باليقين، إلا إذا ادعاه المطلق ولم يصرح بأنه من زنا، فولد الزنا لا يثبت به النسب لأبيه بل لأمه وقد يدعيه المطلق بدعوى أنه اتصل بمطلقته بناء على شبهة احتياطا في الانساب وستر

وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 01، الاسكندرية، مصر، 2012، ص. 216.

1- ذكره حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 134.

2- محمد شلتوت، الفتاوى، مرجع سابق، ص. 281.

الاعراض[1]، ويعتبر أبا لهذا المولود (ابن زنا) اذا لم ينفه[2]، لأنه لامجال للمساواة بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، إذ "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد "[3]، إذ أن "الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا،..."[4].

فإذا تبين أن الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما، كذلك إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين لسبب العجز الجنسي كون الزوج لا يستطيع معاشرة الزوجة أو منعته منذ الزواج من الدخول بها، أو تزوج بالوكالة وهو غائب في بلد آخر وعند عودته وجدها حامل، وإن كانت هذه المسائل نادرة الحدوث[5].

2-**نسب ولد المطلقة بعد الدخول**: وهناك حالتان كون الطلاق رجعي أم بائن.

ففي حالة كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي وجاءت بالولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر، ثبت نسبه للزوج المطلق لأنها:

- إن ولدت في مدة أقل من عشرة أشهر وبذلك تكون المطلقة حملت به قبل الطلاق.
- إن ولدت بعد مدة عشرة أشهر، فتكون قد حملت به أثناء عدتها، أو أن الزوج راجعها أثناء عدتها، أما إذا أقرت المطلقة بانتهاء عدتها فلا يثبت نسبه إلا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر [6]ليتبين كذبها أو خطئها في إقرارها.

فبالرغم من أن الطلاق هو قطع للعلاقة الزوجية إلا أن عدة الطلاق وجبت ليتمكن فيها الزوج من مراجعة زوجته، ففيها حق للزوج، وحق لله، وحق للولد، وحق للناكح الثاني.

فحق الزوج: ليتمكن من الرجعة أثناء العدة، وحق لله لوجوب ملازمة المطلقة للمنزل، كما نص عليه سبحانه في قوله (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا

1- مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص. 53، ذكره أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الاسلام الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب، الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية، مصر، 1998، ص. 203.

2- زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 134.

3- مجلس أعلى، غ. أ. ش.،1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 67، نقلا عن جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03، ص. 28.

4- مجلس أعلى غ. أ. ش.،1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 86، نقلا عن جيلالي تشوار، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

5- الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مرجع سابق، ص. 40-41.

6- مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 74.

تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ...)[1]، وهو منصوص أحمد ومذهب أبي حنيفة، وحق الولد، لئلا يضيع نسبه، ولا يدري لأي الواطئين، لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا)[2]، فقوله: (فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)، دليل على أن العدة للرجل على المرأة، وأيضا قوله (... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...)[3]،أما المعتدة من طلاق بائن فيعود للزوجة وإقرارها بانقضاء العدة.

– فإذا لم تقر بانقضاء العدة وجاءت بولد لمدة عشرة أشهر وأقل من سنة، وهذا لاحتمال وجود الحمل قبل الطلاق، والفراش لم يزل بعد قبل الحمل، فيثبت الولد وبه تنقضي العدة.

– أما إذا أقرت بانقضاء العدة فإن الولد يثبت نسبه إذا جاءت به خلال عشرة أشهر من وقت الطلاق أو لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها، كما أنه لا يثبت إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر[4].

أما الفرق بين العدة في الطلاق الرجعي والبائن: يتجلى في أن العدة في الطلاق الرجعي لأجل الزوج وللمرأة فيها النفقة والسكنى باتفاق المسلمين، أما البائن فلا سكنى لها، ولا عليها، فالزوج له أن يخرجها، ولها أن تخرج، كما قال النبيء صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس "لا نفقة لك ولا سكنى"[5].

غير أن الدكتور عطا عبد العاطي السنباطي يفرق بين تخصيب البويضة قبل الوفاة أو الطلاق وتخصيبها بعدهما، فيرى أنه" لو أخذت بويضة الزوجة المخصبة من زوجها وتم الاحتفاظ بها ثم بعد الطلاق أو الوفاة زرعت في رحم الزوجة المطلقة أو الأرملة صاحبة البويضة المخصبة، هاتين العمليتين جائزتين شرعا ويثبت فيهما نسب المولود من صاحبة البويضة المخصبة وزوجها صاحب النطفة". بينما يرى أنه "لو تم تخصيب بويضة الزوجة بعد وفاة زوجها أو بعد الطلاق من نطفته المحفوظة في بنوك النطف والأجنة ثم زرعت هذه البويضة المخصبة بعد الوفاة أو الطلاق في رحم طليقته أو أرملته، فإن هذه الصورة غير جائزة شرعا إلا أنه يتوقف فيها عن ثبوت النسب". كما يرى الشيخ عطية صقر (رئيس لجنة الفتوى بالأزهر)،"أن تلقيح المطلقة طلاقا بائنا لا يجوز وأن المطلق صار أجنبيا والولد ولد زنا ونسبه لأمه ولاينسب لصاحب النطفة".

وهناك من فقهاء الشريعة من يفرق بين ما إذا تمت عملية التلقيح أثناء عدة الوفاة أو الطلاق أم بعدها، حيث أن الإشكال والتحريم سيكون بعد العدة، ومن ثم القول بتحريم التلقيح الواقع بعد انتهاء العدة، لأن انتهاء

1– سورة الطلاق، الآية 01.

2– سورة الأحزاب، الآية 49.

3– سورة البقرة، الآية 228.

4– مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص. 54؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ص. 997.

5– ابن قيم الجوزية، المرجع نفسه، ص. 1000.

العدة يعني انتهاء الحياة الزوجية، ومن ثم يحق للزوجة الزواج من رجل آخر، لأنها أصبحت بحكم غير المتزوجة لأن رابطتها الزوجية قد انتهت. لذا فإن إجراء عملية التلقيح في هذه الحالة محرم شرعا والاثم يلحق كل من يشارك في هذه العملية[1]، وهو ما ذهب إليه الدكتور محمد علي البار: "بأن حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإذا انفسخ العقد ولم يكن هناك حمل قبل انفساخ العقد، فإن حدوث الحمل بعد يلغي النسب"، وأيد ذلك مجمع البحوث الفقهية[2].

وبعرض هاته الآراء الفقهية، فإنه يجب التمييز بين الفرضيات الآتية:

- لو تم التلقيح أثناء العدة من طلاق رجعي وكان بعلم ورضا الزوجين فلا إشكال في الأمر ومن ثم نرى ثبوت نسب المولود لأبويه واعتبار التلقيح الصناعي رجوعا (ضمنيا) عن الطلاق.
- لو طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وليس له نية اعادتها إلى عصمته وقامت أثناء العدة بتلقيح نفسها من منيه الذي تحتفظ به أثناء العلاقة الزوجية دون علم أو رضا طليقها فهنا نرى عدم ثبوت النسب من الزوج المطلق (طليقها)[3].
- التلقيح الحاصل بعد الطلاق البائن لا يعتد به ولا يثبت به المولود من صاحب النطفة سواء تم برضاء المطلقين أو علمهما لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما وقت الاخصاب.
- لو كانت الزوجة تجهل طلاقها من زوجها أو وفاته وقامت بتلقيح نفسها من نطفته التي تحتفظ بها من زوجها بناء على علمه ورضاءه المسبقين على الطلاق أو الوفاة، ثم جرى التلقيح بعد ذلك فنرى أن نسب المولود يثبت من أبيه المطلق أو المتوفي لأنه يعتبر بحكم نكاح الشبهة[4]، إلا أن الفقهاء اختلفوا فمنهم من يرى أنه يعامل كابن زنا، فيثبت نسبه لأمه فقط للتيقن من ذلك. بينما يرى البعض الآخر أنه ينسب لأبيه، إلا أنهم اختلفوا في ميراثه فمنهم من اعتبره من الورثة ومنهم من منع عنه الميراث لأن العلاقة الزوجية تنقطع بالطلاق البائن أو الوفاة[5].

1- نقلا عن، حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 134-135؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 134؛ الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج من التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 81-82.

2- حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص. 135.

3- الحيامين الذكرية تبقى حية داخل الجهاز التناسلي الانثوي مدة (40-72) ساعة، وفي بعض الحالات النادرة تبقى حية أكثر من سبعة أيام داخل الجهاز التناسلي للأنثى، وبإمكان الحيامين إخصاب البويضة خلال مدة حياتها. ذكره منذر طيب البر زنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الانابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 85.

4- حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص. 135.

5- علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 131. هامش.2.

- كما أن الديانة المسيحية ممثلة في الكنيسة البروتسنتية ترى "أنه لابد أن يكون في إطار علاقة زوجية قائمة بمعنى آخر إنها تخرج الطلاق من ذلك لأن الرابطة الزوجية تنقطع"[1]. كما أدانت الكنيسة الكاثوليكية هذا النوع من التلقيح الصناعي ووصفته بأنه "عمل غير أخلاقي كونه يشكل انتهاك للعلاقة الزوجية ويقترب من الزنا"[2].

ثانيا: الموقف القانوني:

أ-القانون المقارن:

هناك اختلاف كبير بشأن هذه الصورة بين القوانين المقارنة محل الدراسة وهو ما سنبينه:

1-القانون الليبي:

نجد المشرع الليبي الذي جرم هذه العملية بموجب القانون رقم 175 لسنة 1972 الذي ينص على تجريم التلقيح الصناعي البشري بالمادتين 403 مكرر أ و403 مكرر ب وتم اضافتهما إلى قانون العقوبات الليبي[3].غير أن المشرع الليبي استدرك ذلك وتراجع عن موقفه الرافض لعملية التلقيح الصناعي مطلقا، وذلك في القانون رقم 16 المتضمن قانون المسؤولية الطبية[4]، بما في ذلك المسؤولية عن عملية التلقيح الصناعي باعتبارها عملا طبيا حيث أجازه في المادة 17منه التي تنص على أنه "لا يجوز تلقيح امرأة صناعيا او زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشروط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين، وبعد موافقتهما، وفي حالة الاخلال بأحكام هذه المادة تسلط عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن السنة وغرامة لا تتجاوز الالف دينار".

2-القانون الفرنسي:

يستفاد من نص المادة 2/152 من ق. ص. ع. ف. التي اشترطت في راغبي التلقيح أن يكونا زوجين أو رجل وامرأة على علاقة حرة لمدة سنتين على الأقل، وأن يكون الزوج على قيد الحياة.

يستفاد أن التشريع الفرنسي لا يجيز التلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية، والأكثر من ذلك نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على عدم جواز الزرع بعد الوفاة رغم حدوث التلقيح في ظل العلاقة الزوجية[5]، بقولها:" منع زرع اللقيحة بعد وفاة الزوج". واستثنى استعمال اللقيحة ولكن لزوجين آخرين بعد موافقة الزوج الباقي على قيد

1- سعدي إسماعيل البر زنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الانجاب الجديدة، مرجع سابق، ص. 32.

2- هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي دراسة طبية فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص. 614-615؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 231؛ ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، مرجع سابق، ص. 151.

3- الجريدة الرسمية، السنة 10، العدد 61، بتاريخ 23 /1972/12؛ عمار تركي عطية، الحماية القانونية للجنين خارج الرحم، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2015، المجلد 17، الاصدار 02، ص. 255.

4- الجريدة الرسمية، القانون رقم 16، سنة 1986، العدد 28، ذكرته مختارية طفياني، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 64.

5- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص.119.

الحياة وبناء على قرار قضائي (المادة 152/ف5/4)[1]، وهذا المعنى أكدته المادة 3/2141 من نفس القانون، مع تأكيدها على التعبير عن الرضا للخضوع لإجراء العملية.

3-القانون البريطاني:

أجاز قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة لستة 1990 للأرملة تلقيحها صناعيا بمي زوجها المتوفي متى أبدى موافقته على ذلك كتابة قبل وفاته[2]، إلا أنه في حالة وضع مولود لا ينسب إلى أبيه حسب ما أكدته المادة 285 من القانون نفسه.[3]ومنه فلا يجوز التوسع في هذه القاعدة ولا القياس عليها، لأن هذه العملية قد تثير مشاكل قانونية فهي لا تراعي مصلحة الطفل المولود، وإنما تكشف أنانية الزوجة المطلقة أو الارملة التي تريد اشباع رغبتها في الامومة وإنجاب طفل من غير اب[4].

أما فيما يتعلق بالحماية الجنائية لعدم مشروعية ذلك فإذا حدث ووضعت الارملة أو المطلقة مولودا بعد مرور 365 يوم، فإن ذلك يعد قرينة على ارتكابها جريمة الزنا، غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس، لذا يبقى على المشرع التدخل لتجريم هذه العملية ونفس الشيء بالنسبة للطبيب الممارس[5].

ثالثا: موقف القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري بإجازته للتلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة، في حالة تعذر إنجاب الاولاد بصورة طبيعية، هذا من أجل تحقيق رغبة الابوين الطبيعية في بناء اسرة متكاملة ومن اجل استقرار الزوجين وشعورهما بالسعادة، غير أنها علقت هذه الاجازة بعدة شروط ومنها: "أن يكون الزواج شرعيا، فلا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما، كما يجب أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوجين"، وتطبيق هذا الشرط يترتب عليه عدم جواز إجراء العملية بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ.

ولأن عملية التلقيح الاصطناعي ترتب النسب اشترط المشرع أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها لأن النسب يحكمه حديث "الولد للفراش". ولأن المشرع الجزائري جاء بمواد عدة في قانون الاسرة منها المادة 40 والتي تنص على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34من هذا القانون.

1- أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة: مخاطره ومحاذيره، مجلة دراسات قانونية يصدرها مخبر القانون الخاص، ع1، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2004ص.59.

2- أنظر، محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 120.

3- أنظر، نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 402.

4- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 204-205.

5- محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص. 255.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ونص المادة 41 بقولها "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، كما أشارت المادتان 42 و43 إلى أقل مدة واقصى مدة للحمل وذكرت المادة 60 عدة الحامل وذكرت المادة 49 أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم.

وكان قرار المجلس الأعلى للقضاء الجزائري أكثر تحديدا بشأن أثر العلاقات غير الشرعية عندما قضى: "أن العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه... خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"[1].

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 22 يناير 1990 بأنه "إذا كانت مدة الحمل للمطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الولد بأبيه خرقوا القانون"[2]. فإذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول.

ومن الملاحظ أن المادة 43 من قانون الأسرة أقرت نسب المولود إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول، فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا وضع المولود خلال المدة المقررة قانونا.

الفرع الثاني:

موقف القضاء من تقنية التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق

سنتعرض على التوالي إلى القضاء المقارن، ثم القضاء الجزائري.

أولا: موقف القضاء المقارن:

وبشأن هذه التقنية سوف نعرض موقف القضائين الفرنسي والبريطاني تباعا.

أ–موقف القضاء الفرنسي:

بشأن هذه الصورة انقسم القضاء الفرنسي إلى اتجاهان مؤيد ومعارض، نعرض موقفهما كالتالي:

1- مجلس أعلى، غ. أ. ش.،1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص. 79، نقلا عن جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مرجع سابق، ص.28.

2- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، 1992، عدد 2، ص. 71، نقلا عن جيلالي تشوار، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الاتجاه المؤيد: يعبر عن هذا الاتجاه محكمة "انجيه" الصادر سنة 1992 حيث أعطت فيه لأرملة نسب الطفل الذي وضعته بعد أكثر من 300 يوم بعد وفاة زوجها، مخالفة بذلك المادة 310 ق. م. ف. التي تشترط لنسب الطفل إلى الزوج المتوفى أن يتم وضعه خلال 300 يوم من الوفاة، وعللت المحكمة حكمها هذا إلى أن تأخير وضع المولود يرجع إلى التأخر في زرع البويضة الملقحة إلى ما بعد وفاة الزوج.

وكذلك حكم صادر عن محكمة "نيس" أعطت فيه الحق لزوجة مطلقة استعمال بويضاتها الملقحة من زوجها قبل طلاقها منه وزرعها في رحمها، مستندة إلى أن البويضات الملقحة قريبة من الممتلكات الخاصة التي يسري عليها تقسيم باقي الممتلكات عند حدوث الطلاق[1].

الاتجاه الرافض: يعبر عنه بحكم جديد صادر سنة 1994 عن محكمة "استئناف تولوز" والتي تعود وقائع قضيته إلى طلب الزوجة "ماريا رومنجو" من مركز حفظ أودعت به بويضة ملقحة بينها وبين زوجها، إلا أن البنك رفض تسليمها هذه البويضة استنادا إلى اشتراط الزوجين وقت إيداعهما للبويضة الملقحة ألا يتم زرعها إلا بحضورهما معا، كما ان المركز يجب عليه إتلاف هذه البويضة الملقحة في حال انتهاء العلاقة الزوجية بينهما وبهذا رفضت المحكمة طلب الزوجة استنادا إلى أن هدف زرع البويضة الملقحة هو الإنجاب وعلاج العقم لدى الزوجين او احدهما، وبانعدام المبرر بوفاة الزوج، بالإضافة إلى قضائها ببطلان أي تعاقدات بين زوجين على غير ذلك، وكذلك حكم محكمة "استئناف ران" في 2010/06/22 الذي رفض طلب الزوجة "فيستل" باستعادة العينات المحفوظة من قبل زوجها "دومينيك" قبل وفاته بغية التلقيح في اسبانيا طالما أن القانون الفرنسي لا يسمح بذلك، إلا أن المركز رفض ذلك إلا بالحضور الشخصي للزوج على اعتبار أنه الطرف الوحيد الذي يجمعه بالمركز، وهو ما اقتنعت به المحكمة[2].

ب–موقف القضاء البريطاني:

لجى القضاء طلب السيدة "كيم" التي طالبت بمني زوجها بعد أشهر من وفاته دون عقبات، وقد قالت "كيم" في مقابلة صحفية: "لا مشكلة لدي ...كل الناس مقتنعون بأنني وحدي من يستطيع أن يتخذ القرار لأنني كنت متزوجة وقت إيداع البويضات الملقحة، وأضافت لذلك فإن "ميلو" مع أنه ولد بعد موت والده أعتبره شرعيا وأنني لم أشعر أبدا بأنني أعمل شيئا استثنائيا بالنسبة لي كان الأمر يتعلق بحل مشكلة شخصية[3].

1- أنظر، محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 147.

2– أنظر، محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص.128–129.

3- أنظر، سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، مرجع سابق، ص.143–146.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري:

ولأن النسب لا يثبت إلا بفراش الزوجية، فقد سار القضاء في نفس السياق حيث جاء قرار المحكمة العليا بأنه " من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكنه الاتصال..."[1].

وعليه، إن الرأي الصائب هو برفض إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية سواء بطلاق أو وفاة، وسواء كان هذا أثناء العدة أو بعد انتهائها، لأن هذه العملية تمت إجازتها للزوجين أثناء حياتهما وبوجود رابطة زوجية صحيحة، ومن أجل حفظ حياة كريمة للمولود، لأن العمل بغير ذلك يؤدي إلى برمجة أطفال بدون نسب، يؤرقون المجتمع كما يؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب، فالأحرى للمطلقة التحري عن براءة رحمها وإكمالها لعدتها، والزواج من جديد بعقد صحيح بدل اللجوء إلى عملية التلقيح من زوج قد افترقت معه وانحل بذلك رباط الزواج المقدس الذي يجمع بينهما، فكان الأحرى بالمشرع النص على عبارة أثناء قيام الزوجية حتى يخرج من ذلك الطلاق وليس الوفاة، وليس قوله أثناء حياتهما، لأنه بانحلال الرابطة الزوجية يخرج من ذلك الطلاق والوفاة.

المطلب الثاني:

التلقيح بعد الوفاة

إن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يعرف بأطفال الانابيب أو عملية التلقيح خارج الرحم[2]، تتوجب حقن هرمونات لأجل استخراج أكبر عدد من البويضات، وتخصيبها في الانابيب أو طبق بتري ليزرع بعضها داخل الرحم، ويحتفظ بالباقي عن طريق تجميده. واستعمال تقنية تجميد البويضات المخصبة، نجم عنه فكرة زراعة هذه البويضات بعد وفاة الزوج. فالبويضات المخصبة قد تجمد لإمكانية استخدامها مرة اخرى بعد فشل عملية الزرع الاولى دون اعادة استخراجها مرة ثانية من رحم الزوجة، أو بعد وفاة الزوج، فقد يحدث أن تلجأ الارملة إلى المطالبة بالبويضات المخصبة المجمدة لأجل اعادة زرعها من جديد. كما أن الاطباء نجحوا في الحصول على نطفة الزوج المتوفي في مدة لا تتجاوز 04 ساعات من لحظة وفاته كما نجحوا في الاحتفاظ بالنطفة لمدة طويلة[3].

1- انظر المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1998/10/20، رقم الملف : 20482، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص. 82.

2- مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 222.

3- حيدر حسين كاظم الشمري، اشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 133؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 215.

غير أن اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا بتاريخ 1986/12/15 ترى بأن يكون التجميد محدد زمنيا، وترى أن عملية الزرع يجب أن تتم خلال ستة أشهر من تاريخ تمام التلقيح في الانبوب، كما ترى اللجنة أنه من الافضل أن تكون المدة قصيرة سنتين مثلا، إلا أن الآراء متعددة فترى لجنة Warnock أن المدة يجب أن تكون 10 سنوات بينما تفضل لجنة Wallerبأستراليا مدة 05 سنوات قابلة للتجديد بناء على طلب الزوجين[1].

كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه الفترة هي 08 سنوات، والبعض الآخر قال بإمكانية تجميد البويضة مدة 10 سنوات، وفريق آخر يقول بأن فترة التجميد يمكن أن تمتد إلى 25 سنة، بينما يذهب جمهور كبير من العلماء والباحثين أن المدة يجب ألا تتجاوز السنتين أو 05 سنوات كحد أقصى[2]، فما رأي الفقه والقضاء في مدى شرعية عملية التلقيح الصناعي بعد الوفاة، وما موقف المشرع الجزائري منها؟

الفرع الأول:

رأي الفقه الإسلامي

الأصل أن التلقيح بعد الوفاة محرم شرعا إلا أن المجيزين لهذه الصورة يفرقون بين حالتين: الأولى ان تتم العملية أثناء عدة الوفاة والثانية تتم بعد انقضائها ولكل حالة حكمها الشرعي، وهو ما سنبينه في التفصيل التالي:

أولا: رأي الفقه في مدى شرعية عملية التلقيح الصناعي بعد الوفاة وأثناء العدة:

إن فقهاء الشريعة الاسلامية اتخذوا رأيين متضاربين، حيث ذهب أنصار الرأي الأول بجواز إجراء عملية التلقيح بمني الزوج المتوفي أثناء العدة، أي بمعنى أن عملية التلقيح تجري خلال العدة الشرعية لوفاة الزوج والمحددة بأربعة أشهر وعشرة أيام فقد قال تعالى (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)[3].هذا لأن الحياة الزوجية حسب رأيهم لا تنتهي بانتهاء العدة، فقد تعمد الزوجة إلى استرجاع مني زوجها واعادة تلقيح نفسها، رغبة منها في أن يكون لها ولد من زوجها المتوفي ليذكرها به أو لسبب الميراث[4].

1- محمد المرسى زهرة، الانجاب الصناعي احكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 110-111؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 414.

2- نقلا عن حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الانابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2012، العدد 06، ص. 09-10.

3- سورة البقرة، الآية 234.

4- فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد، مرجع سابق، ص. 161؛ حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 132؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 97؛ إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية، مرجع سابق، ص. 216؛ بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص. 51.

غير أن الدول الاسلامية تحرم ذلك، إلا أن ما ذهب إليه الاستاذ عبد العزيز الخياط في قوله: "وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا أن الولد ولده وأن هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا، ويستهدي في ذلك بما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء ورجل وامرأتان عند أبي حنيفة فإن المولود يثبت نسبه، لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت أن النطفة من الزوج، ولكن من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى الانجاب بهذه الطريقة"، كما يرى أيضا "أن الارملة حتى لا ترمي نفسها بأقاويل الزنا يجب أن تشهد على أنها أخذت مني زوجها من مصرف المني وتكون الشهادة عند ايداع مني الزوج وعند استخراجه"[1]. كما ذهب إلى ذلك الأستاذ شوقي زكرياء الصالحي شريطة أن تكون عملية التلقيح بين الزوجين وأن تكون أثناء فترة العدة وأن يموت الزوج وفي نفسه رغبة مع اصراره على ذلك، ناهيك عن التأكد من أن النطفة للزوج[2].

أما الرأي الثاني، يرى أنصاره بحرمة إجراء عملية التلقيح بين الزوجين أثناء العدة، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء ودليلهم على ذلك أن:

- الحياة الزوجية تنتهي بوفاة أو انفصال أحد الزوجين، فبذلك تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها المتوفي، ومنه لا يجوز لها تلقيح نفسها بمنيه بعد وفاته[3].
- الجماع بين الرجل والمرأة لا يعتد به ولا ينتج أثره إلا في إطار علاقة زوجية صحيحة، فمن باب أولى يجب أن يقاس عليه التلقيح الاصطناعي.
- خلصت لجنة البحوث الفقهية بالمجمع الفقهي الاسلامي إلى أن التلقيح في عدة الوفاة أشبه بالعدة من طلاق بائن، لأنه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته[4].

كما افتى مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة سنة 1404 هجري، بأن الموت يعتبر نهاية الحياة الزوجية، ولا يمكن أن يؤخذ مني الزوج لتلقح به زوجته بعد وفاته. والعلماء الذين حضروا ندوة الانجاب في الكويت تحت اشراف وزير الصحة الدكتور عبد الرحمان العوضي في 11 شعبان 1403هـ، واللجنة الطبية

1- ذكره حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 133، مقتبس عن عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الاسلام، ص. 30 وما بعدها؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص.82.

2- حيدر حسين كاظم الشمري، اشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 135.

3- ذكره حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 133.

4- جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الاسلامية، مرجع سابق، ص. 154.

الفقهية بالأردن، الدكتور نصر فريد واصل مفتي مصر، الشيخ مصطفى الزرقاء، الدكتور بكر عبد الله ابو زيد، مفتي تونس وغيرهم، وقد أفتوا بتحريم هذه الطريقة[1].

ويرى البعض بأنها مسألة خلافية ودليل ذلك ما أثير حول جواز تغسيل أحد الزوجين للآخر عند وفاته، فالأحناف يرون انه لا يجوز للرجل ان يغسل زوجته لانقطاع النكاح، لأنه صار اجنبيا عنها، اما إذا مات الزوج فلها ان تغسله، لأنها في العدة الزوجية فالزوجية باقية في حقها، ولو كانت مطلقة رجعيا قبل الموت[2]،

فقال جمهور الفقهاء: أنه يجوز لكل زوج أن يغسل الآخر بعد الموت، وذلك لأن عليا رضي الله عنه غسل فاطمة رضي الله عنها، وعن عائشة: "أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم من جنازة بالبقيع، وأنا أجد صداعا في رأسي، وأنا اقول: وارأساه، فقال: (بل أنا وارأساه)، ثم قال ماضرك لو مت قبلي فغسلتك وكفنتك وصليت عليك ودفنتك، فقالت: لكأني بك والله لو فعلت ذلك، لقد رجعت إلى بيتي فأعرست فيه ببعض نسائك، فتبسم صلى الله عليه وسلم، ثم بدأ في وجعه الذي مات فيه"[3].

إذن من هذا يظهر جليا أن أحكام الزوجة لا تنتهي بمجرد الوفاة، بل تنتهي بانتهاء العدة شرعا، وقياسا على ذلك فإنه يجوز للمرأة إستدخال مني زوجها أثناء عدتها، مادامت متأكدة أنه هو ولم يستبدل، ولم يختلط بغيره، ومن المستحسن واتقاء لشبهة الزنا ومن أجل ثبوت النسب، يستحسن أن تكون هناك وثائق تدل على أنها قد استلمت المني المجمد قبل وفاته وأنها قامت بالعملية في مركز مخصص لذلك مع اثبات التاريخ، حتى ينسب الولد له وهو ما قرره الفقهاء: من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة ورجلان أو رجل وامرأتان، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة، لأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى الانجاب بهذه الطريقة[4].

ثانيا: رأي الفقه في مدى شرعية عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وبعد انتهاء العدة

إن فقهاء الشريعة الاسلامية اتفقوا على حرمة هذه الطريقة، هذا لانقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين بانتهاء مدة العدة، لأن المرأة يمكنها الزواج بغيره. أما إذا تمت عملية التلقيح بعد انتهاء العدة. فهي بين رجل

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 133؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، مرجع سابق، ص. 56؛ محمود احمد طه، الانجاب بين التجريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 144؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 80.

2- الشحات ابراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 80؛ زياد احمد سلامة، المرجع نفسه، ص.81.

3- رواه أحمد والنسائي، ذكره أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزرقاني المالكي المتوفى (1122 هـ)، شرح العلامة الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية، للعلامة أحمد بن محمد القسطلاني (851-923 هـ)، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، ج 12، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص. 86.

4- الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع نفسه، ص. 81.

وامرأة اجنبيين لا تربطهما اية علاقة، وحدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب، كما أن هذه العملية محرمة وتلتقي مع الزنا في إطار واحد، لانعدام الرابطة الشرعية بين المرأة والرجل المتوفي الذي إستدخلت منيه[1].

فيما يرى البعض أن فيها شيء من الغرابة فيما إذا توفي الزوج فاستعمل منيه بعد وفاته في تلقيح زوجته التي توفي عنها، فهذه الصورة من حيث الحكم تعتبر محرمة لأكثر من سبب، من ذلك أن التلقيح الاصطناعي بنوعيه انما يجوز عند الحاجة إلى ذلك، ولا حاجة هنا لأن المرأة المتوفى عنها زوجها إن كانت بحاجة إلى ذرية، فإنه باستطاعتها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها، فتنجب من زوجها الجديد.

فقد قرر بعض الفقهاء أن الزوجية تنتهي بالوفاة، لذا فإن المرأة بعد وفاة زوجها لا يجوز لها استعمال مني الزوج المودع، لأنها الآن غير زوجة له، فلو استعملت ذلك وحملت فهو يعتبر حمل من رجل غريب بحيث لا تثبت له نسبا من صاحب المني لأن مصدر النطفة لم يبقى زوجا[2].

كما حرمت هذه الطريقة ومرجع ذلك أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة حتى لو وافق الزوجان على ذلك كتابة قبل وفاة الزوج[3]. كما أن اللجنة الطبية الدائمة في الاردن أقرت بذلك بقولها: "لا يجوز ولا بأي حال من الاحوال استخدام مني الزوج المتوفي لتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء كان تلقيحا داخليا أم خارجيا، لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية"[4].

ويرى الاستاذ إبراهيم الخضري أنه" لو اخذت المرأة من نطف زوجها المحفوظة بطريقة علمية وتم تلقيحها منه بعد الوفاة فإن هذا الامر محرم ولا يجوز إلا أنه لا يعتبر بمثابة الزنا الذي يوجب الحد، كما لا يعتبر من اولاد المتوفي وإنما قد يلحق بأولاد الشبهة (نكاح الشبهة) كما يرى أنه جريمة في حق الاخلاق والنسب فيجب عدم توريث من لا يرث"[5]. ويرى حسان حتحوت أنه "وإن كان التلقيح حاصل من نطفة الزوج إلا أن الحياة الزوجية تعتبر منتهية بمجرد الوفاة ويرى عدم جوازها وإلا سنكون أمام حالة وفاة الاب ويرثه ورثته الموجودون ثم يجيء بعد ذلك بسنة أو أكثر من يقول إنه ابن المتوفى ويكون من نطفته فعلا"، أما الشيخ عطية صقر (رئيس لجنة الفتوى بالأزهر) فهو يرى أنه " إذا تم التلقيح بعد انقضاء عدة الوفاة فإن هذا الامر يعد حراما لأن المتوفى صار اجنبيا عن ارملته "[6].

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 134.

2- مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 83-84.

3- محمود أحمد طه، الانجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 144.

4- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 91.

5- حيدر حسين كاظم الشمري، اشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 134؛ محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص. 121-122؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص.233.

6- حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص. 134-135.

وعموما إذا انقطعت العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة وانقضت معها عدة المرأة فإن غالبية الفقهاء يحرمون القيام بعملية التلقيح لانتهاء الزوجية بانقضاء العدة، لأنه يجوز لها الزواج بغيره، ويأثم كل من يشارك في هذه العملية[1].

وبناء عليه إذا تمت عملية الزرع بعد الوفاة أو الطلاق وأتت الزوجة بالولد خلال مدة الحمل من تاريخ الوفاة أو الطلاق البائن، فالولد هنا يستفيد من قرينة الابوة وينسب هذا الولد للمطلق أو المتوفي لأنه ثبت يقينا أن هذا الولد نتج من ماءه لأنه قد جاء بين أقل مدة للحمل وأقصاها. أما إذا تمت عملية الزرع ووضعت الزوجة المولود بعد اقصى مدة الحمل فهنا الولد لا يستفيد من قرينة الابوة لتخلف أحد شروط تطبيق ثبوت النسب، وهو أن تأتي بالمولود خلال أقصى مدة الحمل.

هذا وقد طرح الاستاذ محمد المرسى سؤالا في هذا الصدد مضمونه: "هل يمكن اعتبار موافقة الزوج قبل وفاته على إجراء عملية التلقيح الصناعي، إقرارا منه بنسبة المولود له؟ فقال: قد يبدوا صحيحا عقلا ومنطقا اعتبار موافقة الزوج على اجراء عملية التلقيح الصناعي إقرارا ضمنيا منه على أن المولود من مائه، وخرج من صلبه، ومن ثم فهو أبوه الحقيقي، لكن مثل هذا القول يتعارض مع فلسفة الإقرار وطبيعته، فالإقرار بالنسب لا يصدر عن الزوج وإنما عن رجل لا تربطه بالمرأة التي وضعت المولود علاقة زواج شرعية، هذا لأن الزوج ليس بحاجة إلى إقرار حتى ينسب الولد إليه، لأن النسب ثابت بالفراش، فالمولود يستفيد من قرينة الأبوة إذا توافرت شروطها دون أن يتوقف ذلك على موافقة الزوج وإقراره"[2].

الفرع الثاني:

موقف القانون من عملية التلقيح بعد الوفاة

سنتعرض إلى تبيان موقف كل من القانون الفرنسي والقانون الجزائري

أولا: القانون الفرنسي:

إن المشرع الفرنسي حتى وإن لم يسن قانونا خاصا ينظم هذه المسألة غير أنه نص في المادة 286 من قانون الضمان الاجتماعي وكذلك القانون رقم 88-327 والقانون 88-328 الصادرين بتاريخ 08أفريل1988[3]، وبعد مشاكل قانونية أثيرت أمام القضاء حول مسألة التلقيح الصناعي بعد الوفاة وعجز النصوص السالفة عن حلها أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 654/94 بتاريخ 29جويلية1994 الذي قضى

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الانابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 83؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية، مرجع سابق، ص. 55.

2- الشحات ابراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص.141.

3- انظر عبد القادر العربي شحط، نظام الانجاب الاصطناعي بين احكام الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 26.

بعدم جواز مثل هذه الصورة[1]، حيث حاول المشرع وضع بعض الضوابط والقيود على عملية التلقيح الصناعي فقد نص على أن يكون الزوجان على قيد الحياة ، فقد اشترطت ذلك المادة 2/152[2].

غير أن المتتبع للشأن الفرنسي يرى أنه ظهرت مشكلة التلقيح الاصطناعي للمرأة بمني زوجها بعد ظهور البنوك سنة 1973 مما دفع بالفقه بالانقسام إلى قسمين[3]، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى تأييد حق الزوجة في تلقيح نفسها بماء زوجها بعد الوفاة، وقد استندوا إلى الحجج التالية:

1-حق مقرر للأرملة ولها أن تحفظ ذكرى زوجها المتوفي وأن يكون لها طفل منه، كما أن التطور في المجال الاجتماعي والطبي يفضي إلى السماح بهذه العمليات.

2-خلو التشريع الفرنسي من نصوص منظمة لموضوع التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، يعطي الافضلية في أن يترك الامر للتقدير الاخلاقي لأطراف العلاقة.

3-إجازة القانون الفرنسي للمرأة التي تعيش بمفردها la femme seul، أن تلجأ إلى تبني طفل بشروط معينة، فمن المستحسن عدم حرمانها من أن يكون لها طفل من زوجها المتوفي.

4-لا داعي للتغني بمصالح الطفل المنتظر فإنه من غير المنطقي أن تحرم الارملة من حقها في الانجاب من زوجها المتوفي، خاصة في حالة الزوج الذي توفي وهو مصر على ذلك إذ يجب احترام إرادته حتى ولو كانت ضمنية وليست صريحة فمن الأفضل أن يأتي يتيما بدلا من ألا يأتي[4].

كما أن وجود الطفل في حياة الأب لا يعني بالضرورة أن يكون هذا الأب صالحا وله دور إيجابي في حياته، بل قد يكون هذا الأب فاسدا ومهملا لمسؤولياته تجاه أسرته مما يعرض الطفل للخطر[5].

أما بالنسبة لزرع البويضات المخصبة بعد الوفاة، فإن حجج المؤيدين[6]يستندون إلى أن:

-ما تجميد البويضات المخصبة، إلا دليل على رضا الزوج المتوفي لخضوع زوجته لإجراء عملية التلقيح، إذن يجوز لها الإنجاب بعد وفاة زوجها وتحقيق رغبتها.

- الفائدة من تخصيب البويضات هي لإعادة التلقيح مرة ثانية، وفي هذه المرة قد يكون الزوج متوفي، فمن حقها إعادة المحاولة.

1- محمود أحمد طه، الانجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 255؛ حيدر حسين كاظم الشمري، اشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 138؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 201.

2- L'article 152-2(…L'homme et la femme formant le couple doivent être vivant…)

3- فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 180 وما بعدها؛ حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 206 وما بعدها.

4- حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص.207؛ فرج محمد محمد سالم، المرجع نفسه، ص. 182-183.

5- الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 33.

6- Cf. **MONDELBAUM, J.PLACHOT, M.** Génération éprouvette, la procréation médicament assistée, santé mode. d'emploi, Flammarion, 1991, pp.166.

-إن البويضة المخصبة باعتبارها جنين يحظى بالحماية، وإهدار هذه البويضات هو موت الجنين لذا فإن إعادة زرعها من جديد يعطي له الحق في الحياة.

-تمكين القانون الفرنسي من الزوج بعد الوفاة " Mariage Posthume "بموجب المادة 171 من القانون المدني الفرنسي[1] لأسباب جدية، إذا كان أحد المقبلين على الزواج قد توفي بعد إتمام الإجراءات الرسمية، معبرا صراحة عن إرادته في الزواج، ومن بين تلك الاسباب، حدوث الحمل قبل الزواج وهو ما يبرر إتمامه[2].

غير أن المشرع الفرنسي أجاز استعمال البويضات المخصبة المجمدة بعد وفاة الزوج لكن بشكل آخر، أي ليس استعمالها وزرعها من طرف أرملة المتوفي، بل لزوجين آخرين وهذا بعد موافقة الزوج المتبقي على قيد الحياة وبناء على قرار قضائي (المادة 152/ف5/4)[3].

أما الاتجاه الثاني المعارض لحق الزوجة في تلقيح نفسها بمني زوجها بعد الوفاة[4] اعتمد على الحجج التالية:

1- لم تعد هناك ضرورة علاجية للتدخل بالعملية في هذه المسألة فليس لها أي هدف علاجي[5]، فإذا كان الهدف من عملية التلقيح الصناعي هو معالجة زوجين يعانيان من صعوبات في الإنجاب على تحقيق آمالهما في الولد، فلم يعد هناك زواج لأن الأمر قد انتهى ووضع الموت نهاية له.

2-لايمكن قياس حالة تبني المرأة التي تعيش بمفردها بحالة الأرملة التي تريد اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فالمرأة التي تتبنى لم تنجب هذا الولد بل تريد التخفيف عليه مما سيلاقيه في المستقبل أما الأرملة فإنها بفعلتها هذه (التلقيح بعد وفاة الزوج) فهي تخلق طفل يتيم مسبقا.

3-إن الحق في إنجاب مولود لا ينفي بالضرورة حق الطفل في أن يكون له أبوين، في حين يحاول البعض التقليل من قيمة الأب ووصفه بأنه قد يكون غير صالح أو مهمل لواجباته كما ادعى المجيزون لذلك.

4-إن عقد الحفظ أو التجميد الذي لم تكن الأرملة طرفا فيه، يجعل الأساس القانوني لاسترداد الأرملة مني زوجها المتوفي مستحيلا لأن الخلايا التناسلية تخرج عن دائرة المعاملات المادية والتجارية.

5-إن التلقيح بعد الوفاة يؤدي إلى حمل غير مشروع وهو بذلك يخالف كافة الشرائع السماوية، كما أن الشروط الواردة في عقد الحفظ والتجميد الذي يسمح للأرملة تسلم مني زوجها بعد وفاته، يعتبر مخالف للنظام العام

1- L'article171/1 " Le Président de la république peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration de mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement…"

2- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 118.

3- أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة، مخاطره ومحاذره، مرجع سابق، ص. 59.

4- من أنصار هذا الاتجاه G. Raymond مقتبس عن حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، ص. 208، هامش. 03.

5- Cf. G. Raymond GUY, La procréation artificielle et le droit français, J.C.P, 1, 3114,1983. ذكره حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 209، هامش. 01.

والآداب العامة، فهو يؤدي إلى نسب طفل إلى رجل توفي قبل حدوث الحمل[1]. وهو ما يتعارض مع نص المادة 06 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على:

" On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ".

تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على منعه لهذا الأسلوب، غير أن موقفه الرافض ضمنيا يستخلص من نص المادة 152-2 من قانون الصحة، حيث اشترطت في فقرتها الثالثة على أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وأن يعبرا عن رضائهما للخضوع لإجراء العملية وهو ما أكدته المادة 2141-02 فقرة 03 من نفس القانون.

لذا وجب أن يكون الزوجان على قيد الحياة وقت تصريحهما برضائهما الأولي، لكن هذا يدفعنا للتساؤل: أنه لو توفي الزوج بعد الإعلان عن رضائه لكن قبل إجراء العملية فما حكم ذلك؟

فالإجابة على هذا التساؤل ليست ضمن هاتين المادتين أعلاه، لأن المشرع أغفل هذا الطرح، لكن الإجابة موجودة ضمن تقارير رسمية لمجلس الدولة حيث جاء فيه:

" On peut douter qu'il soit sain d'offrir à des parents le pouvoir de programmer la naissance, à titre posthume, d'un orphelin de père. En cas de décès de l'un des membres du couple, le survivant ne peut poursuivre la réalisation de ce projet parental ".

وطبقا للتقرير رقم 236 المحضر باسم لجنة الأعمال الاجتماعية لمجلس الشيوخ، في 12 جانفي 1994، حيث جاء فيه:

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

وبناء عليه، لا يحق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حتى لو عبر عن رضاءه قبل وفاته، لأن العبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية[2].

أما فيما يتعلق برفض عملية الزرع لأن الأمر يتعلق بأجنة بشرية[3]، فإن مجلس الدولة واللجنة الاستشارية للأخلاق بفرنسا ساندوا ذلك وقيدوه بشروط[4]:

-أن يعبر الزوج كتابيا عن رضاه وموافقته على مواصلة أرملته المشروع الأسري بمفردها، في حالة وفاته.

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 209-210؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 184 وما بعدها.

2- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 36-37.

3- Conseil d'Etat, étude sur la révision de lois de bioéthique, étude adoptée par l'assemblée générale plénière, le 09 avril 2009, La documentation Française, Paris, 2009, p 14.

4- Comité Consultatif National d'éthique,-C C N E-, pour les sciences de la vie et de la santé, AVIS N° 40 du 17 décembre 1993, sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin) Rapport, pp 05et s.

-منح الأرملة مهلة زمنية للتفكير والتقرير، تتراوح ما بين 03 أشهر إلى سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، لطلب استرجاع الأجنة بالنظر إلى الظروف التي تحيط بالأرملة جراء حزنها على فقدان شريكها مما سيمكنها من اتخاذ القرار المناسب، بعيدا عن أي ضغط نفسي أو اجتماعي، على أن يتم الزرع قبل انقضاء أجل 18 شهر من تاريخ الوفاة. كما ينبغي الاكتفاء بمحاولة زرع واحدة فقط، بغية تقريب تاريخ الميلاد المفترض للطفل من تاريخ وفاة والده قدر الإمكان، بالتالي تجنب التباعد بين تاريخ الوفاة وتاريخ إنجاب الطفل[1].

ثانيا: موقف القانون الجزائري من عملية التلقيح بعد الوفاة

إن المشرع الجزائري جاء بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، الذي يشترط في عملية التلقيح الصناعي أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين مع توافر الرضا، فهو بذلك قد حرم عملية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج وهو رأي غالبية الفقه الإسلامي[2]. وبهذا فإن المشرع بنصه على شرط حياة الزوجين يمنع الأرملة بعد وفاة زوجها من إجراء هاته العملية، هذا لأن الرابطة الزوجية تنقطع بوفاة أحد الزوجين، فمن غير المنطقي أن تأتي الأرملة بمولود بعد وفاة الزوج المتوفي بمدة تفوق مدة الحمل المقررة والتي قررها المشرع بعشرة 10 أشهر[3]حتى لا يطعن في شرفها ويعتبر المولود ابن زنا، وهو ما يمس بالنسب[4] وما يترتب عليه من ميراث وغيره.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فإن الأحكام القضائية في موضوع التلقيح الاصطناعي بكافة صوره لا أثر له في المحاكم الجزائرية وهذا راجع لحداثة الموضوع. أما بخصوص مراكز التجميد، فإن الجزائر لم تشهد ظهور هذه المراكز، ويرجع ذلك لحداثة الموضوع ونقص الإمكانيات ناهيك عما تثيره من مشاكل قانونية[5]. كما أن التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والحيوية المرتبطة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، تتطلب تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين، لإعادة استعمالها من طرف الزوجين في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات وبعد انقضاء هذه المدة تعدم اللقائح ويحرر محضر بذلك. وفي حالة وفاة أحد الزوجين أو طلاقهما تعدم اللقائح، كما تشير التعليمة إلى ضرورة إعلام الزوج بنوعية منيه المحفوظ وعدده، وحددت مدة حفظ المني بسنة واحدة قابلة

1- Conseil d'Etat, étude sur la révision de lois de bioéthique, étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 09 avril 2009, op.cit. p48.

2- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 37؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص. 438.

3- المواد 42،43،60 من قانون الأسرة.

4- المواد 40،41،44،45 من قانون الأسرة.

5- هجيرة خدام، المرجع نفسه، ص. 28؛ مخطارية طفياني، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص .80.

للتجديد بناء على طلب الزوج، وأن هذا الأخير هو المخول وحده باسترجاع منيه أو المطالبة بإهداره، بعد إمضاءه وثيقة تثبت ذلك بمعية الطبيب البيولوجي، مما يغلق هذا الباب في وجه الزرع بعد الوفاة[1].

وختاما لما تم ذكره، فإن المشرع الجزائري، على غرار التشريعات العربية الأخرى وما ذهبت إليه بعض التشريعات الغربية ووفقا لما أفتى به بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، جاء واضحا بصريح العبارة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فقد اشترط أن يكون التلقيح بحياة الزوجين وتحت غطاء علاقة زوجية صحيحة، فهو بذلك يمنع كل تلقيح بعد الوفاة.

من خلال دراسة هذه الصورة –التلقيح بعد الوفاة–أرى أن هذه الصورة محرمة شرعا لانقضاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فإن المولود الناتج في هذه الحالة يعد غير شرعي، لأن الشريعة الإسلامية تنهى عن ميلاد أطفال أيتام مسبقا كما ترفض أنانية المرأة بإحيائها ذكرى زوجها على حساب مولود لاحول له ولا قوة.

ثالثا. موقف القضاء من عملية التلقيح بعد الوفاة

ففي فرنسا انقسم القضاء أيضا إلى موقفين:

أ–موقف القضاء المؤيد لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة

لقد كان الموقف الفرنسي يؤيد تسليم المني المجمد للزوج المتوفي، ففي سنة 1976 قامت أول أرملة بتقديم طلب تلاه 15 طلب غير أنه بعد سنة 1980 تغير الوضع وقوبل بالرفض. وفي قضية السيد Loié والسيدة سيمون Simone، اعتبرت محكمة ران أن هذه العينات المحفوظة تعتبر جزء من تركة المتوفي وطلبت من الموثق أن يتصرف فيها بما يتناسب مع طبيعتها[2].غير أن قضية أخرى شغلت الرأي العام والفقه القانوني ويظهر فيها القضاء كمؤيد للتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج الذي فصلت فيه محكمة Créteil في 01 أوت 1984، فقد كان السيد آلن Alain Parpalaix مريض بسرطان الخصية ، فقد نصحه الطبيب المعالج باستخلاص سائله المنوي وحفظه في مراكز الحفظ والتجميد بفرنسا، لأن العلاج يتضمن خطر العقم واستحالة الإنجاب مستقبلا، فقد توجه السيد آلن إلى المركز لحفظ سائله المنوي بتاريخ 1981/12/07 وحفظه كوديعة بناء على اتفاق مكتوب، وبعد تدهور حالته الصحية قرر الزواج من السيدة كورين ريتشارد Corinne Richard التي تبلغ من العمر 21 سنة بتاريخ 1983/12/23 ليتوفى بعدها السيد آلن بتاريخ 1983/12/25 أي بعد يومين فقط.

1- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 284-285؛ عبد القادر قاسم العيد، التلقيح الصناعي تعريفه نشأته، موقف المشرع منه، مرجع سابق، ص. 210-211؛ الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 68.

2- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 213 وما بعدها.

لجأت الأرملة وكذلك والدا الزوج المتوفى إلى المركز للمطالبة باسترجاع المني المجمد المحتفظ به حتى تلقح به الأرملة نفسها، لكن طلبهم قوبل بالرفض، مما دفعهم إلى رفع دعوى أمام محكمة كرتي Créteil مطالبين بإصدار حكم ضد المركز بتسليمهم السائل المنوي المحفوظ لديه، فقد كان الخلاف يدور من ناحيتين:

1-حول تفسير إرادة ونية المتوفي فهو قام بحفظ سائله المنوي رغبة في ذلك وما زواجه إلا دليل على ذلك.

2-العقد الذي ربط الزوج المتوفي والمركز عقد وديعة يخضع لأحكام المواد 1915 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، فقد كان على المحكمة أن تبدي رأيها، فقد تمسك دفاع المدعين بالمادة 1932 من نفس القانون التي تنص على أن " المودع لديه يلتزم برد الشيء الذي تسلمه ". كما أن المادة 3/1139 من ذات القانون تنص على أنه " إذا كان الشيء المودع لا يقبل القسمة فعلى الورثة الاتفاق على من منهم يتسلمها "، وبما أن والدا الزوج المتوفي قد تنازلا عن السائل المنوي المحفوظ للأرملة، لذا فهو من حقها ويجب على المركز أن يمتثل لطلبها.

غير أن المركز اعترض على طلبات المدعية وطلب برفض طلبها ورد عليها مستندا على 03 حجج وهي كالآتي:

-إضفاء وصف الوديعة على العقد المذكور، وأنه وفقا للمادة 1918 من القانون المدني الفرنسي فإن عقد الوديعة لا يكون إلا بالنسبة للأشياء المنقولة.

-أن السائل المنوي للرجل ليس شيئا منقولا، بل أنه ليس شيئا داخلا في دائرة التعامل، بل هو مادة خارج نطاق التجارة من منظور المادة 1128[1] من نفس القانون، وكان تكييف المركز يتمثل في أن هذا العقد أقرب إلى العقد الطبي أي أنه ليس له من هدف سوى الغاية العلاجية، وبالتالي فإن وفاته تؤدي إلى انقضاء التزام المركز بتسليم المادة المحفوظة لأي شخص آخر.

-أن المتوفي لم يعبر عن إرادته صراحة خلال سنتين سابقتين عن وفاته في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي للسيدة كورين والتي كانت مجرد صديقة في حين زواجه لم يتجاوز يومين، بهذه الحجج دفع المركز وطالب المحكمة برفض طلب السيدة كورين.

أصدرت المحكمة بعد اطلاعها على كافة المستندات وحجج كل طرف حكما يقضي بإلزام المركز تسليم كامل العينات للطبيب الذي تعينه الأرملة كورين حتى تتمكن من تلقيح نفسها اصطناعيا في خلال شهر على الأكثر " كما أشار بعض الفقه إلى ميعاد ستة أشهر من صيرورة الحكم نهائيا أي بفوات مواعيد الطعن عليه وإلا سيضطر المركز لإهلاك العينات المحفوظة لديه ". وقد كان هذا الحكم بحجة أن الأمر ليس محظورا ولا يتعارض مع القانون الطبيعي، وأن مسائل التخصيب الصناعي غير منظمة بقانون خاص ولا تشملها أية لوائح. كما أن النطف

1- L'article1128," Il n'y a que les choses qui sontle commerce qui puissent être l'objet des conventions. Le sperme n'est pas une chose mobilière".

المنوية لا تندرج تحت وصف الأعضاء، الأمر الذي يستبعد به تطبيق قانون نقل وزراعة الأعضاء على النطف الذكرية.

-عقد حفظ السائل المنوي بأحد المراكز المتخصصة هو عقد مشروع بالرغم من أن محله منتجات الجسد الإنساني.

ولقد سارعت المدعية بعد فوات مواعيد الطعن، بطلب سحب كامل العينات من المركز وتسليمها للطبيب الذي حددته واتفقت معه على القيام بهذه العملية، وبهذا كان موقف المحكمة مؤيد لهذه العملية[1].

ب-موقف القضاء المعارض لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة

بعد أن كان القضاء الفرنسي يجيز هذه العملية غير موقفه وأصبح يعارض ذلك وما يؤكد ذلك قضية السيد MICHEL Gallon الذي كان مصابا بمرض في الخصية مما استوجب علاجه بالأشعة وخوفا عن قدرته على الإنجاب، تقدم إلى مركز حفظ السائل المنوي لحفظ ماءه ثلاث مرات بتاريخ 08و11و15 أكتوبر 1985، غير أن المركز أبرم اتفاقا مع السيد MICHEL في 08 أكتوبر 1985 يتضمن نصا صريحا على حق الأخير في استعمال ماءه بشرط وجوده ورضاه لحظة الاستعمال، وفي 1989/09/18 توفي السيد MICHEL متأثرا بالسيدا(نقص المناعة)، وفي 1989/09/20 طلبت أرملته السيدة CLAIRE Gallon المركز برد العينات المحفوظة لديه من نطف زوجها المتوفي، لكن المركز رفض ذلك في 1989/11/20، فلجأت إلى القضاء مطالبة الحكم على المركز بتسليمها العينات، فرفعت الدعوى أمام محكمة تولوز Toulouse مستندة على حكم محكمة كرتي Créteil وأن الاتفاق بين زوجها المتوفي والمركز باطلا كون محل الاتفاق يخرج عن دائرة التداول التجاري، وأن عملية الإيداع تعد اشتراط لمصلحة الغير، لذا لها أن تسترجعها لأن الهدف من ذلك هو تحقيق عمل مشروع.

طلب دفاع المركز المدعى عليه برفض طلب المدعية بحجة أن هناك اتفاق صريح بينه وبين الزوج المتوفي ينص على حضوره ورضاءه لحظة الاستعمال وطبقا لما نصت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، فإن العقد شريعة المتعاقدين، فلا بد من تطبيق ما جاء في الاتفاق. كما أن الزوج المتوفي مصاب بالسيدا، فمن المحتمل أن يحمل سائله المنوي الفيروس إلى المولود، كما أن العملية تحرم المولود من الأبوة.

1- نقلا عن، حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 213 وما بعدها؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 190 وما بعدها؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 97-98؛ أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة مخاطره ومحاذره، مرجع سابق، ص. 57-58.

وأمام هذا الجدل القائم والحجج التي قدمها كل من طرفي القضية قضت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1991 برفض طلب المدعية، المتمثل في استرجاع السائل المنوي لزوجها المتوفي، بحجة أن الاتفاق جاء صريحا ولا يمكن اعتباره باطلا، كما أنه لا يجوز للأب أن يتنازل عن أبوته مسبقا ويتعمد إنجاب طفل يتيم الأب. كما أمرت المحكمة المركز بإتلاف العينات المحفوظة لديه في أجل أقصاه 03 أشهر من تاريخ صدور الحكم، ولأجل تغليب مصلحة المولود على مصلحة الأرملة الراغبة في الإنجاب ولأجل تجنب مشاكل متعلقة بالنسب قررت محكمة تولوز Toulouse عدم الاعتراف بهذا النوع من العمليات[1].

كما أن القضاء الفرنسي المعارض لتقنية زرع البويضات الملقحة يرى أنه لابد من:

-إهدار البويضات المجمدة [2]لأن هذه المسألة تمس حقوق الطفل الذي سيولد، لأنه بولادته يتيم مسبقا سيحرم من حقوقه الشرعية.

-إن الولادة بهذه الطريقة تستدعي وجود الحاجة الداعية إلى ذلك وهي معالجة العقم الذي هو مشروع إنجابي أسري بين زوجين وبرضائهما وليس من طرف واحد[3].

غير أن ما ثار من تساؤل حول زرع البويضات أو اللقيحة بعد الوفاة خاصة بعد وفاة الزوجين، هي ما حدث في استراليا سنة 1984 عند وفاة زوجان أمريكيان ثريان في حادث طائرة، هذا بعد محاولتهما إنجاب طفل بواسطة التلقيح خارج الجسد غير أن المحاولة لم تنجح، فعاد الزوجان إلى أمريكا على أمل العودة لمحاولة الكرة مرة أخرى في وقت لاحق بعد احتفاظهما ببويضتين ملقحتين، إلا أن الموت كان أقرب فقد توفيا في حادثة سقوط الطائرة وخلفا ثروة هائلة، وليس لهما وارث فحكمت المحكمة في استراليا باستنبات الجنين بواسطة رحم مستأجر سنة 1984، وتم ولادة طفل منهما، فما هو الحل في هذه الحالة، هل يجب إعدام البويضات الملقحة أم يمكن استعمالها لأغراض البحث والتجارب أم يمكن إعطاؤها لزوجين آخرين يعانيان من العقم ولديهما رغبة في الإنجاب؟ وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 223 وما بعدها؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 200 وما بعدها.

2- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 111.

3- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 97؛ زينب كريم، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مرجع سابق، ص. 113-114.

المبحث الثاني:

إجراء التلقيح بتدخل الغير

إن التلقيح الاصطناعي كعلاج للعقم ساعد الكثيرين ممن ليست لديهم القدرة على الإنجاب، وبتحقيقه هذه الرغبة شهد إقبالا وترحيبا من طرف هذه الفئة من الأزواج، إلا أن هناك حالات لم يتمكن التلقيح الاصطناعي من حل لغزها، فقد يكون الإشكال في رحم المرأة أو في قناتا فالوب أو الإشكال في مني الزوج، ففي هذه الحالة هل يمكن لطرف ثالث غير الزوجين التدخل سواء برحم أو بويضة أو نطفة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المبحث، من حيث دراسة التلقيح باستعمال الرحم البديل (مطلب أول)، والتلقيح باستعمال بويضات ومني الغير (مطلب ثان).

المطلب الأول:

التلقيح باستعمال الرحم البديل

إن التلقيح الاصطناعي قد يكون داخليا، وقد يكون هناك مشكل بقناة فالوب وقد لا تفلح العملية فينصح بالتلقيح الخارجي، وقد تكون هناك حالات لا تستطيع المرأة فيها الحمل كوجود مرض في الرحم يحول دون استمرار الحمل[1]، أو غياب الرحم لديها نهائيا أو عدم قدرة رحمها على احتضان الجنين، كما قد تكون أعضائها سليمة إلا أنها مصابة بمرض خطير أو معدي قد ينتقل إلى المولود كما قد تكون المرأة سليمة إلا أن ضعف صحتها يحول دون ذلك أو لعدم وجود رغبة لدى هذه الزوجة ترفها وتجنبا لمشاق الحمل والولادة طبيعيا.

وأمام هذه الحالات المستعصية يتبادر لنا التساؤل: أليس من حق هذه المرأة غير القادرة على الإنجاب أن يكون لها مولود بطريق آخر؟ وهل يمكن أن تحمل امرأة أخرى قادرة على الحمل بدل امرأة غير قادرة؟ وسنتطرق لتعريف الأم البديلة[2]وتطوره التاريخي (فرع أول)، ومدى شرعية هذا العقد فقها وقضاء ونسب المولود الناتج بهذه التقنية (فرع ثاني).

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 105.

2- تسمى أيضا: الرحم الظئر، الرحم المستعار، الأم الحمالة، الأم بالإنابة، الأم بالوكالة، الرحم المؤجر...، أنظر محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 157-159؛ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 110 وما بعدها؛ نايف بن عمار آل وقيان، استئجار الرحم، حقيقته، دوافعه، حكمه، جامعة الأمير سلطان بن عبد العزيز، د.ت. ن، ص. 03-04؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011، المجلد13، العدد02، ص.225.

الفرع الأول:

مفهوم عقد استئجار الرحم وتطوره التاريخي

وسوف نتعرض فيه لتعريف عقد استئجار الأرحام، وتطوره التاريخي.

أولا. تعريف عقد استئجار الرحم

عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها-بأجر أو بدون أجر-بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب[1].

وعرفه البعض بأنه اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بأن تسمح بزرع بييضة مخصبة تعود لرجل وامرأة (زوجين غالبا)، لعيب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحمل الجنين والعناية به وتسليم المولود إلى الطرف الثاني مقابل إلزام ذلك الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل المصاريف الأخرى بالإضافة إلى تسلم المولود عند الوضع.

فطرفا العقد هما الزوجان أو الرفيقان والأم البديلة، فكيف نشأ وهو ما سنتطرق إليه في تطوره التاريخي؟

ثانيا: التطور التاريخي لتقنية تأجير الأرحام:

إن هذه التقنية ظهرت بمدينة Louisville بولاية كنتاكي الأمريكية على يد الدكتور Richard DEVIN عندما وجد بعض مريضاته لا يستطعن الإنجاب بسبب غياب الرحم لديهن، فقام الطبيب باستئجار امرأة ذات رحم سليم، وقام بتلقيحها صناعيا بنطفة زوج الامرأة الأولى وبعد نجاح العملية والولادة تم تسليم الطفل لأبيه البيولوجي.

لقد كان لهذه التقنية تطبيقات في ولايات متعددة، ففي كاليفورنيا ظهرت سنة 1975 مكاتب الوساطة المتخصصة في إبرام العقود مع الأم الحاملة والأزواج الراغبين في ذلك، كما يمكن القول بأن أول مركز لتأجير الأرحام كان في فرانك فورت بألمانيا، ونظرا للحاجة انتشرت مثل هذه المراكز في أنحاء العالم، فقد بلغ عددها 15 مركزا في الولايات المتحدة الأمريكية[2].

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 29 وما بعدها.

2-كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مرجع سابق، ص. 244؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 345؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص.223؛ رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 223، بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص. 70-71؛ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مرجع سابق، ص. 232.

ولعل أول تطبيق لهذه التقنية بفرنسا تم بين التوأمين كريستين ومجالي Christine et Magali حيث وافقت كريستين على أن تلقح صناعيا بنطف زوج أختها مجالي، على أن تعطي الولد لأختها مجالي بعد ولادته، لأن مجالي كانت عقيما لا تنجب وكريستين مطلقة وأم لطفل، فأرادت بذلك أن تؤدي خدمة لأختها، وهي بحملها هذا تبرعت بالبويضة والحمل[1].

بعد كل ما ذكر من تمييز عقد استئجار الرحم عن غيره من العقود وإظهار آثاره وانقضاءه، يتبادر لنا السؤال عن مدى شرعية هذا العقد فقها وقضاء؟

الفرع الثاني:

مدى شرعية التلقيح الاصطناعي

بواسطة الأم البديلة فقها وقضاء ونسب المولود الناتج بهذه التقنية

لقد ساهمت تقنية استئجار الأرحام في القضاء على مشكلة العقم، ويرجع سبب انتشار هذه التقنية إلى الجمعيات ومكاتب الوساطة المنتشرة بالغرب، لكنها أثارت جدلا واسعا حتى بالنسبة لهذه الدول التي تجيز وتعترف بهذه التقنية، ويرجع ذلك إلى أن أصل الفكرة حديثة على المجتمع كما أنها غير مقبولة اجتماعيا.

من أجل وضع حد لهذا الجدل تدخل الفقه الإسلامي (أولا)، والقانون (ثانيا) وأعطوا لها أحكاما.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من تقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة

لم يبق فقهاء الإسلام مكتوفي الأيدي بشأن هذه النازلة، بل بحثوا فيها وأعطوا لها أحكام شرعية، وكذلك التشريعات المقارنة نظمتها لكثرة الخلافات الناشئة عنها.

لقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض، وكان لكل منهم رأيه وأسانيده التي سوف نتوقف عندها.

1- الرأي الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد لتقنية استئجار الأرحام

يرى أنصار هذا الاتجاه[2] أن استئجار الأرحام جائز ودليلهم في ذلك:

1- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، لأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 362؛ حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 68.

2- من أنصاره: د. عبد المعطي بيومي، د. سعد الدين حافظ، د. عبد الصبور شاهين، د. أحمد شوقي الفنجري، أشار إليهم حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص. 201، هامش. 389؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 382، هامش. 01؛ علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011، ص. 107.

- أنه لا تعارض في قول الله تعالى وبينما توصلوا إليه وهو إباحة استئجار الرحم، وعلة ذلك أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة أما الأم صاحبة الرحم فهي الأم من الرضاعة. وجاء ذلك حسب الآيات التالية في قوله تعالى (إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ)[1]، وقوله (وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا)[2]، وقوله (يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ)[3].
- الاستدلال بالقياس على الرضاع: ودليلهم في ذلك أن الله تعالى قد قرن الحمل والرضاعة وجمع بينهما في عدة آيات، منها قوله تعالى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)[4]، وقوله (وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[5]، هذا ما وحد الحكم بينهما وجعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين، وعلى ذلك فإن استئجار الرحم لإعاشة الجنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل بالقياس المباشر.
- كما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم لدى الوليد زمن الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم لدى الجنين زمن الحمل. فإذا جاز ذلك في الثدي، فإنه يجوز في الرحم، فدور الأم صاحبة الرحم البديل يقاس على دور الأم من الرضاعة، فالله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في آية واحدة في قوله تعالى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)[6].
- الأصل المشترك بين التغذية بواسطة الرحم والثدي مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين حيا، فتغذية الجنين بواسطة الحبل السري لا يحتاج إلى مذاق، أما تغذية الرضيع بواسطة الثدي لبنا له مذاق فقال تعالى (إِنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً ۖ نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِ مِن بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِّلشَّارِبِينَ)[7].
- كما أن العلاقة طردية بين نمو ثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني حتى يكون مستعد ليحل محل الرحم في التغذية بعد الولادة. فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجارة الرحم البديل لأنه يشبهها[8].

1- سورة البقرة، الآية 02.

2- سورة النحل، الآية 78.

3- سورة الزمر، الآية 06.

4- سورة لقمان، الآية 14.

5- سورة الطلاق، الآية 06.

6- سورة الأحقاف، الآية 15.

7- سورة النحل، الآية 66.

8- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 201 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 382 وما بعدها؛ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص. 249؛ حسن محمد كاظم،

- ثبوت حالة الضرورة أو الحاجة، والتي يباح عندها المحظور فكما أن الإسلام يبيح بعض الأمور على خلاف الأصل، كشرب الخمر لإزالة الغصة، وأكل الميتة عند الإشراف على الهلاك. فيقاس على ذلك المرأة التي عطب رحمها أو أصيب بمرض لا تستطيع معه الحمل، فهي ضرورة يمكن مع قياسها اللجوء إلى الحمل عن طريق الرحم المستأجر.

2- الرأي الثاني: حجج وأسانيد الاتجاه المعارض لتقنية استئجار الأرحام

وذلك رأي الغالبية العظمى من الباحثين المعاصرين ودليلهم في ذلك:

عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج فقد قال تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (29) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (30) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ.)[1].ومن السنة، هناك عدة أحاديث منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما جاءه رجل يسأل" حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا جرير، عن عمارة بن القعقاع بن شبرمة، عن أبي زرعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله، من أحق الناس بحسن بصحابتي؟ قال أمك، ثم قال من؟ قال أمك، ثم قال من؟ قال أمك، ثم قال من؟ قال أبوك وقال ابن شبرمة ويحيى بن أيوب حدثنا أبو زرعة مثله"[2]، فهنا الرسول صلى الله عليه وسلم أوصى الرجل بأمه ثلاث مرات في حين أوصاه مرة واحدة بأبيه، لأنها اكتسبت صفة الأمومة ثلاث مرات مثلت في:

الناحية البيولوجية من البويضة، مرة بالحمل والولادة، ومرة بالرضاعة، أما الأب فمرة واحدة.

- إن في استئجار الأرحام تحدي لمشيئة الله عز وجل وإرادته كون بعض الناس عقيما وبعضهم الآخر له أبناء. كما أن الله قسم الأرزاق بين العباد ولم ينس أحدا، والرزق أنواع فقد يكون مالا وقد يكون ولدا ومسألة الإنجاب متروكة للقدر الإلهي.
- استئجار الأرحام يؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم البديلة إذا كانت متزوجة. كما أنه يشتمل على صورة من صور الزنا ولقد حرم الله الزنا، كما أن الزنا لا يرتب نسبا.

حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 99؛ مهند بنيان صالح، مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر والأم البديلة، دراسة قانونية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، 2010، المجلد01، العدد 01، ص. 386 وما بعدها ؛ هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 2011، المجلد 27، العدد 03، ص. 288-289 ؛ علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص. 109.

1- سورة المعارج، الآيات 29،30،31.

2- صحيح البخاري، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 03؛ مصطفى محمد عمارة، جواهر البخاري وشرح القسطلاني، ط 06، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1940، ص.460

- أن الشريعة الإسلامية حرمت كل أمر يؤدي إلى حدوث الخلاف بين الأفراد والجماعات، ومسألة تأجير الأرحام سوف تؤدي إلى ذلك بين المرأتين فأيهما الأم؟ هل هي صاحبة البويضة الملقحة أم صاحبة الرحم؟
- إن المعروف عند علماء الشريعة أن هناك أمور قابلة للبذل والعطاء كالأكل والشرب والسيارات والملابس لذا يجوز بيعها وإجارتها وهبتها والتصدق بها. بالمقابل هناك أشياء غير قابلة للبذل والإباحة فلا تباع ولا تؤجر ولا توهب مثل استمتاع الرجل بامرأة فهو مقصور على الزوج وحده[1].
- إن إجارة الأرحام يؤدي إلى اختلاط الأنساب، فهل ينسب المولود إلى صاحبة الرحم أم إلى صاحبة البويضة؟ فالبويضة الملقحة إذا مرت بمراحل النمو التي حدث بها القرآن في قوله تعالى (ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ (13)ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ)[2].سوف يكتسب المولود صفات هذه الأنثى التي تغذى بدمها في رحمها، وائتلف معها حتى صار جزءا منها، ولا مرية في أن هذا المولود يخرج على غرار التي احتضنته رحمها، لأن وراثة الصفات والطباع أمر ثابت بين السلالات، تنتقل من الوليد إلى الحفيد وهو أمر قطع فيه العلم ومن قبله الإسلام فقال تعالى (أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ)[3].

ولعل نظرة الإسلام إلى علم الوراثة تتضح جليا من الحوار الذي دار بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد الرجال، وذلك في أنه حدثنا يحي ابن قزعة، حدثنا مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن ابي هريرة أن رجلا أتى النبيء الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله: "ولد لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال نعم، قال ما ألوانها؟ قال حمر، قال هل فيها من أورق؟ قال نعم، قال فأنى ذلك؟ قال لعله نزعه عرق، قال فلعل ابنك هذا نزعه"[4].

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 215 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 386 وما بعدها؛ نخبة من أساتذة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص. 201 وما بعدها؛ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والأثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص. 247-248؛ مهند بنيان صالح، مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر، مرجع سابق، ص. 389 وما بعدها؛ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 97 ؛ هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 285 وما بعدها؛ علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام ، دراسة تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص. 115.

2- سورة المؤمنون، الآيتان 13، 14.

3- سورة الملك، الآية 14.

4- صحيح البخاري، الجزء السابع، مرجع سابق، ص. 46؛ محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان بخاري ومسلم، دار الحديث، القاهرة، 1994، ص. 301 (الحديث 957)؛ وجاء في ذكره أنه رجل من بني فزارة ،كما ذكر أنه ضمضم بن قتادة العجلي ولم يذكره أبو عمر بن عبد البر في الاستيعاب وليس له سوى هذا الحديث وهو مسمى في بعض المسندات، وذكره عبد الغني في الحديث بزيادة حسنة فقال: "كانت المرأة من بني عجل فسئلن عن المرأة التي ولدت الغلام الأسود فقلن: كان في آبائها رجل أسود، قال والرجل اسمه ضمضم بن قتادة العجلي"، وقال

ويقول العلماء أن الأمومة تعتمد على خلق الجنين في بطن أمه طورا بعد طور، وتغذيته من دمها، ثم بعد ذلك الولادة، فالأمومة ليست معتمدة على العوامل الوراثية وحدها. ويشير في هذا المقام الأستاذ جلال بدراوي: "إن الجنين في بطن أمه يتأثر بالعوامل العاطفية للأم الحامل، وبكل تطوراتها العاطفية والنفسية التي تؤثر بالتالي على سريان الدم في الجنين وما يحمله هذا الدم من غذاء، فالوالدة هي التي حملت وتطورت البويضة مع جسمها، وبالتالي فهي ليست مجرد رحم أو وعاء يقدم الغذاء فقط"[1].

3-الرأي الثالث القول بالتفريق:

ذهب بعض الباحثين إلى التفريق بين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أخرى ضرة الزوجة الأولى وبين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أجنبية، حيث قالوا بالحل في الصورة الأولى والحرمة في الصورة الثانية. بالإضافة إلى ذلك فإن الزوجة صاحبة الرحم الحاضنة (الضرة للزوجة الأولى) إذا كانت سليمة المبيض، فإن الإنجاب يتحقق منها للزوج دون حاجة لبيضة زوجته معتلة الرحم. ومن ثم فالإنجاب بهذه الوسيلة حينئذ لا يجوز لعدم الحاجة إليه.

"أما لو كانت صاحبة الرحم معتلة المبيض وكلتاهما لا يمكنهما الإنجاب بالاستقلال، فلجوء الزوج إلى الزواج بثالثة ورابعة أحسن له من الإنجاب برحم هذه ومبيض تلك. وأما التحجج بتحقيق رغبة المرأة صاحبة المبيض المعتل أو الرحم المعتل، فلا يصح، لأن الرغبة الجديرة بالاعتبار الشرعي هي رغبة من يصح لأداء دوره الإنجابي ولو بالعلاج أو التلقيح الصناعي دون حاجة لتدخل غيره لمساعدته أو الحلول محله في هذا الدور".

فمن خلال ما تقدم يبدوا أن إجارة الأرحام اختلاط للأنساب وأنها وسيلة للفساد وكما أنها تشيع الفاحشة في المجتمع. وكما أن العقل السليم لا يقبل أن تقوم فتاة عذراء بتأجير رحمها لتحمل وتلد ثم تدعي بعد ذلك أنها مازالت بكرا؟

كما لا يقبل العقل أن تقوم أرملة أو مطلقة بتأجير رحمها وتغدوا وتروح بين أفراد المجتمع حاملا بلا زوج؟ وهل يقبل الطبع السليم أن تقوم زوجة في عصمة رجل بتأجير رحمها وتجمع على فراش الزوجية في رحمها بين ماء زوجها وماء رجل أجنبي عنها؟ وهل يقبل رجل لزوجته أن تحمل حملا لرجل آخر؟

فالفطرة تأبى أن تحمل امرأة بحمل تحمله كرها وتضعه كرها ثم بعد ذلك وبكل بساطة تتنازل عنه لامرأة أخرى لم تحمله فحتى الحيوانات لا ترضى ذلك.

كما أن الإجارة قد شرعت على خلاف الأصل، لأن الأصل في التملك هو تملك الأعيان والمنافع معا، وليس تملك المنافع دون الأعيان. فالعقد الذي يربط بين المرأة الحاملة وصاحبا البويضة الملقحة عقد باطل لعدم

الخطيب أبو بكر: "قلن كان للمرأة جدة سوداء"، كمال الدين الدميري، حياة الحيوان الكبرى، ج 01، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص. 24.

1- نقلا عن، حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 223 وما بعدها.

مشروعية المحل والسبب سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي. فالمرأة الحاملة لا تلتزم تجاه صاحبة البويضة بأية التزامات، حتى وإن أجهضت نفسها، فرغم خضوعها في تلك الحالة لعقوبة الإجهاض إذا كانت لغير ضرورة طبية، إلا أن يجوز مطالبتها بالتعويض من جانب صاحبة البويضة إذ لا يوجد اعتداء على حق من حقوقها".

هذا ما ذهب إليه قرار مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة بتاريخ 2001/03/29 من أن "استخدام رحم امرأة اجنبية لوضع ماء زوجين شفي رحمهما يكون حراما سواء أكان الموضوع في رحم تلك المرأة الأجنبية منيا أو بويضة أو جنينا". وهو ما قررته دار الإفتاء المصرية في فتواها رقم 785 لسنة 1999 وما قرره مجلس نقابة الأطباء في مصر والجمعية المصرية للخصوبة والعقم[1].

كما أفتى رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ عطية صقر بأن "استئجار الأرحام وهي الظاهرة التي انتشرت الآن في عدد من المجتمعات الغربية لحل مشكلات الزوجات العاقرات، مرفوض في شريعة الإسلام، وهو عبث أخلاقي يحرمه الإسلام، وهناك حلول كثيرة لمشكلة عقم الإنسان دون اللجوء إلى وسيلة تتنافى مع مقاصد الإسلام في الحفاظ على الأنساب ومحاربة الرذيلة بكل صورها وأشكالها...وإذا كان الإسلام قد حرم الزنا وشدد عقوبته، فإن الزنا لا يتحقق فقط بالصورة التقليدية المعروفة –وهي، إيلاج قضيب الذكر في فرج الأنثى–بل هناك بعض الصور التي يتحقق بها ما يتحقق بالزنا التقليدي، ومنه إدخال ماء رجل أجنبي عن امرأة في فرجها، وقد يحصل منه حمل، تختلط به الأنساب، ويثور النزاع، لذلك حرم العلماء هذه الصورة، وإذا كان إدخال الماء الأجنبي، وهو أحد المادتين اللتين يحصل بهما الحمل حراما، حتى ولو لم يحصل به حمل، فكيف بإدخال المادتين معا في رحم امرأة أخرى مع تحقق الحمل منهما؟ إن الحرمة هنا تكون أشد"[2].

هذا وقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد بالأردن في اكتوبر سنة 1986 بتحريم هذه الصورة التي يطلق عليها اسم الرحم المؤجر[3].

كما أن المجمع الفقهي الإسلامي قد سحب في دورته الثامنة ما جاء في دورته السابعة من الأسلوب السابع للتلقيح الاصطناعي الذي تؤخذ فيه النطفة والبييضة من زوجين وبعد تلقيحهم في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه وبذلك هو محرم وغير جائز[4].

1- نقلا عن، حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 228 وما بعدها.

2- كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مرجع سابق، ص. 303؛ حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص. 336-337.

3- عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، ط 03، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص. 255.

4- القرار رقم 16، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورة مؤتمره الثالث،11-16 اكتوبر 1986، ج01، ع 03، عمان، ص. 423؛ عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مرجع سابق، ص. 21 وما بعدها؛ عبد الكريم مأمون ، الإطار الشرعي والقانوني

هذا لأن صاحبة الرحم هي أم ودورها في تكوين الجنين ليس أقل أهمية من الأم صاحبة البويضة الأولى. وبذلك فإنه لا يمكن قياس علاقة الرحمية بالرضاع، وهو قياس مع الفارق لأن الرضاع لا يكون إلا بعد تمام التكوين الإنساني وفي ظل وضوح النسب، بخلاف الاحتضان الرحمي فإنه يكون في مرحلة النطفة الأولى، ودور الرحم في التكوين الإنساني أساسي وحقيقي[1].

ثانيا: الموقف القانوني

عرفت فرنسا قضايا عديدة بشأن الأم البديلة، مما جعل المشرع الفرنسي يتدخل لإعطاء موقفه من هذه التقنية والنسب الناتج عنها، وبهذا نعرض رأيه:

أ–موقف القانون الفرنسي

إن موقف القانون الفرنسي انقسم انصاره إلى فريقين بين مؤيد ومعارض لهذه التقنية وسوف نتعرض لكل فريق وحججه وأسانيده تباعا.

–الاتجاه المؤيد لتقنية استئجار الأرحام

إن المتبنين لهذا الاتجاه من دعاة الحرية الفردية يؤيدون بشدة نظام استئجار الرحم ودليلهم في ذلك:

للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 80–81، العربي بلحاج، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص. 513؛ العربي بلحاج، احكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 695؛ العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجديد والمقارن، مرجع سابق، ص. 23؛ ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، مرجع سابق، ص. 144؛ سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 176؛ أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، مرجع سابق، ص. 201–202؛ عبد القادر العربي شحط، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 13–14؛ زكية حميدو، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 96؛ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مرجع سابق، ص. 231؛ محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 148 وما بعدها؛ محمد فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 38–39؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 251 وما بعدها؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 389؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية ، مرجع سابق، ص. 74–75؛ علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة في القانون العام المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص. 87، هامش. 01؛ سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة ، مرجع سابق، ص. 159؛ مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 88 وما بعدها؛ الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 156–157؛ أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية ، مرجع سابق، ص. 40–41؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 790–791؛ نايف بن عمار آل وقيان، استئجار الرحم، مرجع سابق، مرجع سابق، ص. 05–06؛ شادية الصادق حسن، حكم الاسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، السودان، 2011، العدد 02، ص. 14؛ أبو عمر سيد حبيب بن أحمد، التلقيح الصناعي (طفل الأنابيب)، مجلة الوعي الإسلامي، إدارة الثقافة الإسلامية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت، 2010، العدد 537، ص. 02.

1– عبد القادر العربي شحط، المرجع نفسه، ص. 14–15.

- الحرص على مساعدة الزوجين بتحقيق رغبتهما في الحصول على ولد وهو يمثل الحرية الفردية التي يجب أن تظل بمنأى عن التحريم القانوني.
- لا يوجد ما يمنع الأم البديلة من استعمال حقها في التصرف في جسمها.
- إن القيام بهذه العملية عن طريق التبرع لا تتنافى مع الأحكام القانونية.
- إن تعويض الأم البديلة التي تحمل نيابة عن الزوجة العقيم بمبلغ تتقاضاه كأجر لها لا يعد تجارة غير مشروعة[1].

هذا ما تقدم به الفريق المؤيد من أدلة، فما هي أدلة الفريق المعارض لهذه التقنية؟

-الاتجاه المعارض لتقنية استئجار الأرحام

- إن المتبنين لهذا الاتجاه من معارضين لهذه التقنية يذهبون إلى أنها غير مشروعة ودليلهم في ذلك:
- حق الإنسان في التصرف في سلامة جسمه ليس مطلقا، بل يخضع لقيود تنظيمية تحقيقا للصالح العام.
- إن هذه التقنية تؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه عمدا.
- إن استئجار الأرحام يتعارض مع مصلحة الطفل ويعرض مستقبله للخطر، بداية من الهجر والترك إلى مشاكل نفسية واجتماعية.
- إن هذه التقنية تفقد الأم دورها فتصبح الأم البديلة مجرد جهاز مهمته حمل الجنين ووضعه، فهي بذلك موظفة محرومة حتى من حق الاستقالة.
- إن قيام الأم البديلة باستئجار رحمها بمقابل يجعل جسمها تحت تصرف الآخرين، فهي عملية تشبه الدعارة، لأن الدعارة أن تضع المرأة جسمها خدمة لصالح من يدفع مقابلا ماليا في مدة معينة.
- كما حظر المشرع الفرنسي تقنية استئجار الأرحام، ففي القانون الصادر في 1994/07/29 جرم أعمال الوساطة في تأجير الأرحام إلا أن القانون لم يتطرق لتجريم طرفي العلاقة، أي أن العمل غير مجرم إن وقع بدون وساطة على أن العقد الذي يتم باطل ولا يعتد به قانون 653/94[2]، هذا حسب نص المادة 7/16 من ق. م. فرنسي المعدل والمتمم في 2009/06/01 التي تنص على أنه:

" Toute convention portant sur la procréation ou la gestion pour le compte d'autrui est nulle ".

1- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم بين القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 412-413؛ حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 173؛ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 90.

2- عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 233؛ جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 60؛ علي سنوسي، القانون وبيع الأمشاج الآدمية، المجلة الثقافية الشهرية، عود الند، العدد 120، 2016/5، عن موقع: http://www.oudnad.net/spip.php?article640&lang=ar، تم الاطلاع عليه في 2016/10/10.

إلا أن الأزواج الراغبين في الإنجاب بهذه التقنية أصبحوا يلجؤون إلى الدول التي تبيح ذلك مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إقرار عقوبة سنة سجن وغرامة مالية قدرها 15000 أورو على كل شخص يلجأ إلى الإنجاب بواسطة هذه التقنية حسب نص المادة 227-12 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي، وبعقوبة ثلاثة سنوات سجنا وغرامة مالية قدرها 45000 أورو إذا تمت هذه العملية بمقابل مالي حسب نص المادة 227-13 من قانون العقوبات الفرنسي:

" La substitution volontaire، la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.
La tentative est punie des mêmes peines ".

ويعود سبب تشديد العقوبة في هذه الحالة إلى طبيعة الجريمة، لأن ارتكابها قد يتم في الخارج متى كان الاستئجار هناك، إلا أن آثارها تمتد لتشكل تهديدا على تنظيم الحالة المدنية في فرنسا، لذا اعتدت الجريمة أخطر من الأولى لأن الجريمة المنصوص عليها في المادة 227-12 تتم داخل فرنسا[1].

ب-موقف القانون الجزائري:

إن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم تنص على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

فمن هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كتقنية حديثة غير أنه اشترط أن تتم في إطار علاقة زوجية دون سواها. كما عدد شروط نص على ضبطها غالبية المجامع الفقهية، إضافة إلى ضابط تحريم استعمال الأم البديلة، لأن الأمومة ليست سلعة تستعمل على سبيل أي عقد من العقود كالإيجار أو المقاولة ...وبذلك فهي ليست مجرد علاقة بيولوجية بين الأم وموروثاتها باستعمال بويضتها أو رضاعية باستعمال رحمها، إنما تظل الأمومة أكثر من ذلك فهي كل ما تحمله من معاني نبيلة، فهي ليست وعاء بل هي نسيج متكامل من الأحاسيس والقيم والعطاء بلا حدود وبدون مقابل[2].

1- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 245؛ الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 62.

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 30-31؛ مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مرجع سابق، ص. 88؛ العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد والمقارن، مرجع سابق، ص. 23 وما بعدها؛ العربي بلحاج، أحكام الزوجية

غير أن المشرع الجزائري بالرغم من نصه على ذلك صراحة يبقى قاصرا لعدم ترتيبه إجراءات عقابية للمخالفين لنص المادة[1]، بالرغم من أن المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة 2017، نص في المادة 456 على معاقبة الاستعانة بالأم البديلة[2]بقوله: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 393 من هذا القانون المتعلق بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".

غير أن هذه التقنية قد تأخذ حكم التبني المحرم شرعا وقانونا، فقد جاء قانون العقوبات بمواد تحمي الطفل من الخطر في المواد 316 والمادة 320 و321 من قانون العقوبات الجزائري[3].

ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من تقنية الأم البديلة:

إن استئجار الرحم أو تقنية الأم البديلة انتجت مشاكل قانونية، فكان أن طغت على السطح وبالتالي عرضت على القضاء، فبالنسبة للقضاء الجزائري حسب ما اطلعنا عليه لم تعرض أية قضية تعالج هذه النازلة وهذا راجع إلى حظر المشرع لهذه التقنية طبقا لنص المادة 45 مكرر فقرة أخيرة من قانون الأسرة.

وبذلك سوف نطرح ما جاء به القضاء الفرنسي على سبيل المثال.

فبالنسبة للقضاء الفرنسي كانت الأحكام القضائية مختلفة بين مؤيد ومعارض.

1-الأحكام المؤيدة لتقنية الأم البديلة

فقد حكمت محكمة Aix en Provence في 1984/12/05[4] لزوجة الأب البيولوجي بالتبني البسيط، حيث كانت هذه الزوجة تعاني من العقم، فاتفقت مع أختها على أن تلقح صناعيا من نطفة زوج الأولى وولدت طفلة في 1982/01/05، حيث أقرت بحملها الأم الحامل في 1982/11/13 من غير حاجة لذلك، وفي سنة 1984 قدمت الزوجة طلبا للتبني الكامل لطفل زوجها أمام هذه المحكمة الابتدائية، وكان ذلك أول

وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 695 وما بعدها؛ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص. 513-514.

1- عبد القادر قاسم العيد، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه، مرجع سابق، ص. 212؛ عبد القادر العربي شحط، نظام الإنجاب الاصطناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص. 26.

2- انظر الملحق الثامن من هذه المذكرة المتضمن مشروع تمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017، ص. 127-128.

3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 49، بتاريخ 11 جويلية 1966، ذكرته وهيبة مكرولوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص. 88؛ محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 181.

4- نقلا عن، زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص.80.

طلب من هذا النوع. ترددت المحكمة بين الحكم بالتبني حرصا منها على مصلحة الطفل وبين ادانتها للوسيلة ذاتها ورأت أن تتخذ موقفا وسطا، فقضت بالتبني البسيط حرصا على مصلحة الطفل، وحتى يتمكن من فهم حقيقة العلاقة بعد ذلك مع خالته، وهذا مما قد يساعد على الاستقرار النفسي للطفل، لأنه لن يقطع كل علاقته له مع أمه بالحمل. واعتمدت المحكمة على الحجة الرئيسية وهي مصلحة الطفل، فهي بذلك اعترفت بآثار هذه العملية دون تعرضها للوسيلة ولا الاتفاق ذاته من حيث صحته وبطلانه.

أما بالنسبة لقرار استئناف محكمة باريس الصادر في 1990/05/15 فقد قام زوجان بتوقيع اتفاق مع امرأة أمريكية لتحمل لحسابهما، وبعد الولادة سنة 1987، طالبت الزوجة التبني التام للطفل، إلا أن محكمة أول درجة رفضت على أساس مخالفة الاتفاق المسمى بالحمل بالإنابة للنظام العام الفرنسي، فطعن في الحكم أمام محكمة الاستئناف بباريس، وانتهت المحكمة إلى أن الحمل بالإنابة لا يتعارض مع النظام العام، ولامع مبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص، إذ أنه من حق الزوجين العقيمين تكوين أسرة بالإنجاب وهو حق طبيعي لهما كما أن الأم البدلية قد تنازلت عن إراديا ونهائيا عن حقها في الطفل[1].

أما بخصوص المادة 1128 ق. م. فرنسي التي تنص على "مبدأ حرمة جسد الإنسان، والأشياء الداخلة في دائرة التعامل، والتعارض مع النظام العام". فالمحكمة ترى بأن الأشياء المتعلقة بالجسم البشري أصبح مسموحا بها. أما في قضية الحال (الحمل بالإنابة) لغرض غير تجاري، فإنه لا يتعارض مع النظام العام، وقبلت المحكمة الطعن وقضت بالتبني المطلق من الزوجة للطفل.

2-الأحكام المعارضة لتقنية الأم البديلة

فقد رفع طعن أمام محكمة استئناف باي PAU خاص بالحكم الذي صدر برفض طلب التبني الكامل من احدى الزوجات لابنة زوجها التي ولدت بوسيلة الحمل بالإنابة، على أساس أن العقد بين الزوجين والمرأة الحامل مخالف للنظام العام. وأن محكمة الاستئناف ايدت حكم محكمة أول درجة بخصوص بطلان عقد الأم بالإنابة الذي بمقتضاه توافق الأم الحمالة على التنازل عن وليدها منذ لحظة ميلاده بعد تلقيحها بماء رجل أجنبي.
غير أن القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1990/05/15 القاضي بشرعية الحمل بالإنابة لم يلق تأييدا كبيرا في وسط القانونيين، مما أثار حفيظة النائب العام للطعن فيه لصالح القانون أمام محكمة النقض وحل الجمعيات القائم نشاطها على تجمع الأمهات الراغبات في الحمل والأزواج الطالبين لتقنية الأم البديلة... وهذا ما يخالف المادة 1128 ق. م. فرنسي والمواد 6، 8، 11، 1/763 ق. م. فرنسي، لأنه يشكل تنازل الأم عن سلطتها

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 187 وما بعدها؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص.233.

على الطفل، ويؤدي إلى الالتفاف حول أحكام البنوة الطبيعية والتبني. كما أن نشاط هذه الجمعيات يخالف القانون الجنائي حسب نص المادة 1/353 من قانون العقوبات[1].

ومن زاوية أخرى، وبعد احتجاج الجمعيات على دعوى النائب العام، كان حكم محكمة مرسيليا في 1988/12/16 بحل الجمعيات لمخالفة نشاطها للقانون العام والآداب العامة، وتم استئناف هذا الحكم إلا أنه تأييد استئنافيا في 1988/04/29، ثم طعن فيه أمام محكمة النقض التي انتهت إلى تأييد القرار المستأنف في 1989/12/03 وقالت في تسبيبها: " أن القرار المستأنف قد اتفق وصحيح الواقع والقانون، وحل الجمعية ".

وفي 2009/05/06 أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا يحظر فيه ممارسة تأجير الأرحام بقوله: " إن الأخذ بعين الاعتبار بالمصلحة العليا للطفل والأم البديلة تغير الأسباب الرئيسية وراء هذا الحظر، والتي تدعونا إلى عدم القبول الحمل لصالح الغير"[2].

وعلى غرار المشرع الفرنسي، فإن المشرع الجزائري وحين نصه على موضوع التلقيح الاصطناعي باستخدام الأم البديلة أقر صراحة منع اللجوء لهذا الأخير باستعمال الأم البديلة، وهو ما يفسر عدم وجود أحكام ولا قرارات قضائية بهذا الشأن.

وبعرضنا للموقف القانوني والقضائي نخلص أن عقد استئجار الرحم عقد غير مسمى فهو عقد باطل بطلانا مطلقا[3]، لعدم مشروعية محله وسببه. وكما أنه لا يرتب أي أثر قانوني لتعارضه مع التعامل في جسم الإنسان ومخالفته للنظام العام، فهذه التقنية جعلت الطفل سلعة تباع وتشترى باسم الإنسانية وحققت أمنية الأسر المحرومة من الإنجاب، لذا حرمت سواء كانت بمقابل أو بدونه، وسواء كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين أو زوجة ثانية (ضرة).

كما أن هذه العملية تؤدي إلى لجوء النساء إلى الإخصاب دون الارتباط بزوج. كما أن هذه التقنية تأثر على شخصية المولود ونسبه، مما قد يثير مشاكل في تسليمه لوالديه في حالة ولادته مشوها أو عدم تسليمه لتحرك عاطفة الأمومة.

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 191-192.

2- الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 63؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 233؛ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 117.

3- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص.173، هامش 2؛ هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد اجارة الأرحام، مرجع سابق، ص.118.

كما أشار الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي إلى أن "ظهور هذه الاكتشافات المعاصرة للعوم الطبية والبيولوجية هو الذي أدى إلى خلق هذه القضايا"[1].

رابعا: نسب الطفل المولود بتقنية الأم البديلة

إن الأسرة هي النواة الأساسية للمجتمع لها قانون يحكمها من أجل ضبط أمورها شرعا وقانونا، سمي بقانون الأسرة فهو ينظم علاقة الرجل بالمرأة، بداية من خطبة وزواج وطلاق وعدة ونسب وميراث، وموضوع الأم البديلة كتقنية جديدة كان له الأثر في مسألة البنوة لأن النسب حسب المادة 04 من قانون الأسرة كان نتيجة للزواج الشرعي، والتي نصت المادة على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ولأهمية موضوع النسب جاء المشرع بذكر 08 مواد في الفصل الخامس من قانون الأسرة من المادة 40 إلى المادة 46 منه، إلا أن تقنية الأم البديلة طرحت مشكل النسب، لأن هناك نوعين من الأمهات، فهناك أم تشارك ببويضتها مع مني زوجها في تخليق الجنين دون المشاركة في عملية الحمل والولادة وتسمى الأم البيولوجية، وهناك أم تقوم بعملية الولادة والحمل دون مشاركة بيولوجية وهي الأم البديلة برحمها أو مؤجرة الرحم، فإلى من ينسب المولود إلى الأم الأولى أم الثانية[2]؟

وسوف نتعرض لتعريف النسب لغة واصطلاحا، وموقف الفقه الإسلامي كما سنتعرف على رأي قانون الأسرة الجزائري وقانون العقوبات.

أ-تعريف النسب لغة واصطلاحا:

نسب القرابات، وهو واحد الأنساب. ابن سيده: النسبة بكسر النون وضمها والنسب: القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة.

التهذيب: النسب يكون بالآباء ويكون إلى البلاد، ويكون في الصناعة[3].

والنسب محركة، والنسبة بالكسر والضم: القرابة، أو في الآباء خاصة، واستنسب: ذكر نسبه، والنسيب: المناسب، وذو النسب، كالمنسوب، ونسبه ينسب (بضم النون وكسرها) نسبا محركة ونسبة بالكسر: ذكر نسبه، وسأله أن ينتسب، وبالمرأة بسنا ونسيبا، والنساب والنسابة: العالم بالنسب...وتنسب بفتح التاء والنون وشد السين وفتح الباء: ادعى أنه نسيبك ومنه: القريب من تقرب لا من تنسب[4].

1- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 118.

2- Cf. **KALFAT**, **Ch.** Les problèmes engendrés par la procréation artificielle, op.cit., p. 30.

3- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد الأول، مرجع سابق، ص. 755.

4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص. 1603.

أما النسب اصطلاحا، غير بعيد عن المعنى اللغوي فهو يدور أيضا حول القرابة، وهو إلحاق الولد بوالديه أو بأحدهما قرابة. ومعنى ذلك أن يسمى الولد ابنا لوالديه فيقال: فلان ابن فلان أو ابن فلانة، ومعنى قرابة أي بصلة الدم ولا بالتبني أو الولاء أو الادعاء. فإذا نسب الطفل إلى الآخر تبنيا فالنسب باطل، وكذلك الولاء أو الادعاء كأن يزعم أحدهم أن فلانا هو ابنه بدون دليل أو وجه حق، لذا يشترط في النسب حتى يعتبر نسبا شرعيا أن يتكون الولد من زواج شرعي بين الرجل وامرأته يثبت التقاؤهما أو إمكانية التقائهما جنسيا[1].

ب–موقف الفقه الإسلامي من نسب ولد الأم البديلة:

إن الإسلام حرص على سلامة الأنساب ووضوحها، ويتضح ذلك جليا في مكافحته للزنا الذي هو السبب في اختلاط الأنساب فقد قال تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[2]، وقرر لهما عقوبة لكل منهما في قوله (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ...)[3]، وعناية الإسلام بالنسب جعلته يحرم التبني في قوله تعالى (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ...)[4]، وقوله أيضا(... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ...)[5].

وعليه فالتبني في الإسلام لا يعطي الطفل المتبني أي حق، وأولى الحقوق هو حق النسب، فلا يثبت لمجرد التبني[6].

وباستخدام طريقة الإنجاب بالأم البديلة نقع في مشكلة صلته بأمه فإلى من ينسب الأم البيولوجية صاحبة البويضة أم الأم صاحبة الرحم من الحمل حتى الولادة؟ كما يثور التساؤل من جهة الأب، فهل ينسب الولد لزوج المرأة الحاملة باعتباره صاحب الفراش أم ينسب لزوج صاحبة البويضة؟

فالنسب من جهة الأم ثابت بالولادة، فمتى ولدت المرأة ولدا ثبت نسبه منها سواء كانت الولادة من زواج صحيح أم فاسد أم كانت الولادة من غير زوج كالزنا أو الدخول بشبهة، فواقعة الولادة لا يمكن نفيها والأمر هنا لا يحتاج إلى إثبات إذا كان الحمل ظاهرا، أو اعترف به الزوج، أو سكت فلم يذكره.

فنسب الولد لأبيه يثبت بأحد الطرق الثلاث وهي:

أن يكون الزواج صحيحا أو فاسد أو الوطء بشبهة والإقرار بالنسب من طرف الزوج أو البينة[1]، ففي هذه التقنية تأجير الأرحام سوف نتعرض لصلة المولود بأبيه ثم صلته بأمه.

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 130-131.

2- سورة الإسراء، الآية 32.

3- سورة النور، الآية 02.

4- سورة الأحزاب، الآية 05.

5- سورة الأحزاب، الآية 04.

6- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص. 131.

1-صلة الطفل المولود بأبيه:

في تقنية تأجير الأرحام هناك حالتين، إما أن تزرع البويضة الملقحة من مني الزوج وبويضة رحم الزوجة في رحم امرأة أخرى، وإما أن تزرع في رحم امرأة أخرى للزوج (الضرة)، فهل ينسب الطفل لزوج المرأة الحاملة أم ينسب لزوج صاحبة البويضة؟

- ففي حالة إذاكانت المرأتان زوجتان لرجل واحد، فلا إشكال، حيث أن نسب الطفل يثبت لأبيه البيولوجي صاحب النطفة، ولأن الولد ناشئ من فراش الزوجية، لقوله صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش). إلا أن الأمر يتداخل في حالة المرأتان ليستا لرجل واحد، فإذا كانت صاحبة الرحم أجنبية عن الرجل صاحب النطفة وكانت متزوجة، فإنه ينسب لصاحب الفراش أي زوجها، وهنا لا يمكن للزوج صاحب النطفة زوج المرأة صاحبة البويضة أن يكون أبا للمولود، إلا أنه يمكن لزوج المرأة صاحبة الرحم (الحاملة) أن ينكر نسب المولود له، هذا بإثبات ذلك بيولوجيا، حينها يقوم الأب البيولوجي بالاعتراف بالطفل ثم تقوم الأم البيولوجية بالقيام بإجراءات التبني لنفسها. غير أن القانون الفرنسي لم يجعلها أم رغم أنها أم بيولوجية، كان هذا قبل صدور القانون 94-654، أما بعد هذا القانون، فإن الأم البيولوجية لن تستطيع أن تتبنى طفلا كما لن تستطيع الحامل تركه، وجاء تطبيق القضاء الفرنسي لذلك في قرار محكمة النقض سنة1994[2].

أما في حالة ما إذا كانت الأم البديلة (الحاملة) ليس لها زوج، فإن الطفل المولود لا ينسب إلى أبيه، بل يأخذ حكم ابن الزنا، وينسب إلى أمه لأنه ليس هناك فراش صحيح ينسب إليه[3].

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 248 وما بعدها؛ أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، مرجع سابق، ص. 197؛ هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 127؛ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص. 254-255؛ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 105.

2- حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص. 255؛ حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 148.

3- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 371-372، زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 146؛ شادية الصادق حسن، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 17؛ هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 127؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 245؛ حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص. 148؛ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 257؛ محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، مرجع سابق، ص. 176-177؛ حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص. 255؛ علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص. 77.

2-صلة الطفل المولود بأمه:

إن تقنية الأم البديلة أصبحت بدلا للاتصال الجنسي فقد تحمل المرأة وتلد وهي ليست بصاحبة البويضة، أي هي أم بديلة عن الأم البيولوجية مما أثار الجدل حول نسب الطفل المولود لجهة أمه، فمن هي الأم: هل هي صاحبة البويضة، أم من حملت وولدت؟ فقد انقسم الفقهاء إلى رأيين:

يرى أنصار الرأي الأول أن الأم هي صاحبة البويضة، ومن ثم أن الطفل المولود لجهة الأم يكون للأم صاحبة البويضة ودليلهم في ذلك أن: العلم أثبت أن الجنين بعد زرعه في رحم المرأة البديلة أو الحاملة لا يستفيد منها غير الغذاء، فهو بذلك كمن تغذى من غير أمه، والسائد أن المولود ينسب إلى المرأة البديلة على أساس أنها أمه. لكن هذا ليس صحيحا من وجهة النظر البيولوجية أو الوراثية، فمثل ذلك كالمرضعة التي ترضع وليدا ليس وليدها، فالوليد يستخلص من المرضع غذاءه وهو ما يفعله الجنين المزروع. كما أن السجل الوراثي للطفل المولود يعود للخلايا الجينية للأبوين، فهي صورة طبق الأصل ومثال ذلك لو كان الأبوان أبيضان ولقحت خلاياهما الذكرية والأنثوية وزرع الجنين في رحم امرأة سوداء، فإن الوليد سيكون أبيض فالطفل المولود يرجع إلى والديه اللذين شاركاه خلاياهما.

لذا يرى أصحاب هذا الرأي أن الولد يرجع إلى أبويه اللذين لقحت البويضة والنطفة منهما، واعتبار الأم البديلة أم من الرضاع بالنسبة للولد وترتيب آثار ذلك[1]. ودليلهم في ذلك قوله تعالى (خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ)[2]، وقوله (أَكَفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاكَ رَجُلًا)[3]، وقوله أيضا (أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَىٰ)[4].

1- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 252؛ محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، مرجع سابق، ص. 148 وما بعدها؛ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص. 257؛ محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 365-366؛ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم مرجع سابق، ص. 253؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 135-136؛ حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 257؛ هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 132-133؛ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 244؛ حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 148؛ نايف بن عمار آل وقيان، استئجار الرحم حقيقته، دوافعه، حكمه، مرجع سابق، ص. 11-12؛ محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، مرجع سابق، ص. 158-159؛ أميرة عدلي أمير عيسى خالد، ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، مرجع سابق، ص. 201؛ نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 409.

2-سورة النحل، الآية 04.

3- سورة الكهف، الآية 37.

4- سورة القيامة، الآية 37.

كما أن النطفة هي بداية خلق الإنسان، فقد جاء ذكر النطفة في القرء آن في اثني عشر موضعا...كما ذكر أحيانا باسم الماء المهين والماء الدافق ...وتذكر أحيانا باسم المني[1]، فقد جاء في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ ۚ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَانَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا)[2]، كما جاء في قوله تعالى (قُتِلَ الْإِنْسَانُ مَا أَكْفَرَهُ (17) مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ (18) مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَّرَهُ)[3].

إن القول بأن النسب ثابت لصاحبة البويضة لأن عدم اختلاط الأنساب فيه مأمون، هو قول غير صحيح، فقد كان لقضية جودي ستيفر التي كانت متزوجة ولقحت اصطناعيا بمني اسكندر مالاهوف زوج سيدة لا رحم لها مقابل 10 آلاف دولار، ونجح الحمل وبعد الولادة تبين أن الطفل مصاب بتخلف عقلي وتشوهات، فرفض مالاهوف استلامه وأنكر أبوته كما طالبت السيدة ستيفر بالأجرة، وأثبتت التحاليل المخبرية عدم إمكانية مالاهوف من ناحية فصائل الدم أن يكون أبا للطفل وحكمت لصالحه ضد ستيفر، وقد تبين أن السيدة ستيفر جامعها زوجها وقت عملية التلقيح وبذلك فسرت القضية.

ولأن كل أطوار خلق الإنسان في رحم أمه من النطفة حتى الولادة تحدث في الرحم فقد قال تعالى (يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ)[4] وفي قوله (وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ)[5] وجاء أيضا (وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ ۙ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[6].

كما أن دور الرجل يتمثل في افراز النطفة أما دور المرأة فدورها لا يقتصر على إفراز البويضة فحسب بل حملها 09 أشهر ومعاناتها حتى ولادتها[7].

غير أن الرأي الثاني يرى الأم هي صاحبة الرحم (الأم البديلة) وعليه أن الولد ينسب إلى المرأة التي حملته وولدته ودليلهم في ذلك:

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص. 109؛ محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 366-367.

2- سورة الحج، الآية 05.

3- سورة عبس، الآيات 17،18،19.

4- سورة الزمر، الآية 06.

5- سورة النجم، الآية 32.

6- سورة النحل، الآية 78.

7- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 258 وما بعدها؛ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، مرجع سابق، ص. 253 وما بعدها؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 140.

أن اعتبار المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة ويتعارض مع المعنى المقصود، فصاحبة البويضة التي ينسب إليها الجنين وتتمتع بكل مزايا الأمومة من نفقة وميراث، اقتصر دورها على بويضة افرزها مبيضها دون اختيار منها ودون معاناة. فبينما التي تعبت وعانت مشاق الحمل والولادة تعتبر مرضعة فقط، فالأمومة أكبر من ذلك بكثير فهي معاناة وصبر وبذل وعطاء لهذا يرى أصحاب هذا الرأي أن الأجدر بوصف الأم هي من حملت وولدت.

كما جاء في قوله تعالى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)[1]، وقوله (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)[2]، وقوله أيضا (إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ)[3].

ويرى البعض أن الولد يتبع المرأة الحمالة وزوجها لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش" فإذا حملت امرأة ذات زوج بالتلقيح الصناعي سواء بالشتل أو الزنا أو الغصب أو الوطء بشبهة فحملها يعتبر للزوج وزوجته التي حملت به وولدته ولا علاقة للزاني أو الغاصب أو الذي أخذ منه المني[4].

ويرون أن الرضاعة حق لمن ولدت فقد جاء في قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ)[5]، فالمولود نسب للوالدات كما جاء في قوله تعالى في نفس السورة ونفس الآية (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا).

والوالدة اسم فاعل بمعنى تلد، فمن تلد هي التي منع الله أن يضارها أحد بمولودها أما صاحبة البويضة فهي لم تلد.

كما جاء في قوله تعالى (لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ)[6]. فمن يرث المرأة هو الطفل الذي ولدته وبذلك صارت والدته وليس التي اخذت منها البويضة، وجاء في قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)[7]، فالإحسان يوجبه الميلاد ويرجع ذلك لمعاناتها وتحملها مشاق الحمل والميلاد، فقد قال تعالى (وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ ۙ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[8]، فهي بصراحة دلالة على أن الأمهات هن

1- سورة لقمان، الآية 14.

2- سورة الأحقاف، الآية 15.

3- سورة المجادلة، الآية 02.

4-محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 386.

5- سورة البقرة، الآية 233.

6- سورة النساء، الآية 07.

7- سورة لقمان، الآية 14.

8- سورة النحل، الآية 78.

اللواتي حملن أجنتهن وأخرجنها لأن البويضة عند خروجها من المرأة لا تشكل كائن يوصف بالعلم أو عدم العلم، كما أن البطون للأمهات فالتي تبرعت لا بطن لها[1].

فقد جاء في معجم المحيط "ولدك من دمى عقبيك" أي من نفست "بضم النون وكسر الفاء والتاء" فهو ابنك... وولدت تلد ولادا وولادة والادة ولدة ومولدا، وهي والدة الولد[2]. فالأب والأم هما الوالدان والأم هنا لغة: هي الوالدة، فالعرب من اخذت عنهم اللغة يعتبرون الأم هي الوالدة.

وأمام الرأيين وحجج كل منهما فإن الرأي الراجح هو الرأي الثاني القائل بأن الأم هي من حملت وولدت لأنه يتوجب علينا معرفة دور الأميين صاحبة البويضة وصاحبة الرحم علميا مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة كل منهما.

-دور صاحبة البويضة:

إن دورها يقتصر على منح البويضة التي أفرزها مبيضها دون اختيار منها ودون معاناة، فدورها بذلك هو دور سلبي، إلا أن هذا الدور له تأثير بيولوجي، فالسجل الوراثي للطفل كان نتيجة التحام نطفة وبويضة وباندماج هذين الخليتين الجنسيتين للأبوين تتكون خلية الطفل، فعلميا كل خلية من خلايا الإنسان بها 46 كروموزوم (صبغي)[3].

وبذلك يرجع الأصل الوراثي للمولود إلى والداه اللذان التحمت خليتاهما الجنسيتان، وهي حقيقة علمية لا يمكن إنكارها. فبذلك لا يمكن إهمال دور المرأتين كما لا يمكن الانحياز لأحداهما على حساب الأخرى. فلن يقوم حمل بدون بويضة حتى تلتحم مع النطفة ولن يكون هناك حمل بدون رحم، هي حقيقة لا يمكن إنكارها إلا إذا كان هناك رحم اصطناعية حتى نتمكن من نسب المولود إلى الأم صاحبة البويضة فقط، أما دون ذلك فلا يمكن.

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 267؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 137 وما بعدها؛ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص. 265-257؛ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 106-107.

2- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص. 1779.

3-كل خلية من خلايا جسم الإنسان بها 46 كروموزوم، 23 من الأب و23 من الأم، 22 منها مسؤول عن بناء الجسم وصفاته وصبغي 01 مسؤول عن جنس المولود، وبتلقيح البويضة تتحد الخليتين وبذلك يصبح 46 كروموزوم وهي ما تعرف بالخلية الملقحة، فقد جاء في القرآن في سورة الإنسان (**إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ**) الآية 02، وبذلك تنتقل الصفات الوراثية من الأجداد إلى الأبناء والآباء، انظر محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 380-381؛ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص. 173 وما بعدها.

ويتطلب اللجوء إلى مذهب الإمام أبي حنيفة الذي يجيز نسب المولود إلى امرأتين إذا ادعياه[1]هذا سابقا، لكن التأكد من الأم حاليا أصبح أمر سهل هذا في ظل التطورات العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية وتحليل الحمض النووي في إثبات النسب[2]، حيث أن البصمة الوراثية تعد قرينة دقيقة ونسبة الخطأ فيها منعدمة حيث أن نتائجها تصل إلى درجة القطع واليقين[3]، وذهب إلى ذلك السيد خامنئي وعبد المعطي بيومي وأحمد إبراهيم بك والسعيد ابراهيم طه[4].

-دور الأم البديلة:

ودورها يقتصر على الحمل والولادة، فهي بذلك تقوم بمهمتين فدورها هو دور إيجابي. فالجنين في بطن أمه يأخذ غذاءه وكل ما يحتاجه ويطرح فضلاته، لكن هذا الدور يؤثر على الحامل، فالحمل يكون بالوحام، والوحم محركة: شدة شهوة الحبلى لمأكل، وقد وحمت كورثت ووجلت، والاسم: الوحام، بالكسر والفتح: وهي وحمى، جمع وحام ووحامي، والوحم محركة أيضا اسم لما يشتهى[5]، فيكون له تأثير في الثلاثة الأشهر الأولى من الحمل ليبدأ بالغثيان صباحا ليقلب كيانها هضميا بالحرقة وقلة الشهية وإمساك البطن، واشتهاء بعض الأطعمة في غير فصلها ناهيك عن بعض العادات والسلوكات والاضطرابات النفسية من خوف وقلق...دون تحملها عمل جسمها المنهك، فهي بذلك عليها العمل بضعف طاقتها، فعلى قلبها أن يضخ ضعف كمية الدم ليكفي الإثنين معا خاصة في الأشهر الأخيرة. كما تصاب بضيق التنفس وهشاشة العظام، والتهاب المسالك البولية، واضطراب ضغط الدم والسكر وفقر الدم واضطراب الغدد الصماء وتسوس الأسنان فقد قال تعالى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)[6]، وقال أيضا (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)[7]، كما أن تغذيته تتوجب طرح فضلات، فدمها يغذي ويصفي ويمنحه المناعة والوقاية من الأمراض بواسطة المشيمة.

أما عن الوضع والولادة، إن فترتهما نتيجة لحمل استوفى مدته واكتمل الجنين، فبعد جهد وإرهاق وتعب ووهن نفسي وجسدي تأتي الولادة بآلامها، وقد تكون الولادة عادية وقد تكون بتدخل طبي وقد تكون بعملية

1- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 270-271.

2- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 78.

3- محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، مرجع سابق، ص. 111.

4- هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد إجارة الأرحام، مرجع سابق، ص. 138؛ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 107؛ محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، مرجع سابق، ص. 164.

5- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص. 1737.

6- سورة الأحقاف، الآية 18.

7- سورة لقمان، الآية 14.

قيصرية كما قد يتسبب ذلك بمضاعفات للحامل التي قد تدفع بها إلى عدم الحمل مرة أخرى كاستئصال رحمها أو تمزق عنق الرحم، وانثقاب جدار المهبل أو المثانة مما يعزز دور المرأة خلال مرحلتي الحمل والولادة[1].

وعلى العموم، إن الله سبحانه كرم الوالدين فقرن طاعته بطاعتهما فقد قال تعالى (وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)[2]، وأعطى مكانة للأم خصوصا، فهل الأم هي من ساهمت بالبويضة أم التي حملت وولدت ومن هي أحق بالتكريم عن جدارة؟

فقد تكون صاحبة البويضة تساهم ببويضات عدة لأمهات بديلات عدة وتحصل على عدد من الأولاد في عام واحد دون عناء، في حين تحمل الأخريات هي مفارقات ولكل فريق رأيه في ذلك.

وهو ما دفع بالمشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة إلى منع جواز الاستعانة بها ليغلق الباب أمام من تسول لهم ذلك إلا أنه لم يعد جزاء لمن يخالف ذلك، فقد يحدث خارج الوطن وقد يحدث في الداخل في سرية في عيادات خاصة فما مصير ذلك؟ هي نقائص نأمل أن يتداركها المشرع.

أما في حالة الزرع في رحم الزوجة الثانية (الضرة)، فقد اختلف العلماء في اثبات نسب المولود في هذه الحالة، فقد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي تقنية الرحم البديل للزوجة الثانية للرجل في دورته السابعة إلا أنه عاد وعدل عنها في دورته الثامنة، بل وحرم ذلك مطلقا في جلسته المنعقدة بتاريخ 29 مارس 2001، وذلك راجع إلى اختلاط الأنساب وضياع الأمومة. فقد تحمل الزوجة الثانية التي زرعت فيها بويضة الزوجة الأولى قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة زوجها لها ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة المزروعة من ولد معاشرة الزوج. كما قد تكون علقة أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أي الحملين، فهل هو للقيحة المزروعة أم للمعاشرة الجنسية؟ وسبب تحريم ذلك لأن الزوج عقد على كل واحدة من نساءه على انفراد فقد يطلق فلكل عقدها.

لذا ليس له أن ينسب أطفاله لمن يشاء من نساءه، فالعلماء يرون أنه يجوز له أن يلقح زوجته اصطناعيا لكن ليس له أن يلقح هذه ليزرع بتلك لأن الأرحام منفصلة، كما نهى الإسلام عن كشف العورات فمن باب أولى الحفاظ على الأنساب.

ولذلك فالأخذ بما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي من تحريم ذلك هو الذي ينال منا كل التأييد[1].

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص. 445 وما بعدها؛ محمد المرسي زهرة الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 381-382.

2- سورة الإسراء، الآية 23.

ج–موقف المشرع من نسب الطفل المولود بتقنية الأم البديلة في قانون الأسرة:

لقد ربط المشرع الجزائري الأمومة بالولادة في معنى المادة 43 من قانون الأسرة بنصها "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". لكن في نص المادة 45 مكرر من نفس القانون صرح المشرع بأنه لا يعترف بالأم البديلة، إلا أنه لم يخصص نصا قانونيا يجرم ذلك؟

د–موقف المشرع من نسب الطفل المولود بتقنية الأم البديلة في قانون العقوبات:

إن الزواج هو الإطار الشرعي والقانوني للعلاقات الجنسية والمعاشرة بين الجنسين، لذا فكل علاقة خارج هذا الإطار تأخذ اسما غير اسم الزواج، خاصة عبارة الزنا التي نصت عليها المادة 336 من قانون العقوبات وجاءت المادة 341 بكيفية إثباتها.

واستعمال تقنية الأم البديلة هو ادخال مني زوج أو بويضة ملقحة في فرج امرأة ليست زوجته "الاتصال الجنسي الكامل(الوطء) لغير الزوج أو الزوجة"[2]، فهي شبيهة بالزنا إلا أن تخلف الركن المادي يحول دون ذلك. فهل ستكون العقوبة ذاتها إذا كانت المرأة ليست متزوجة؟ وهل ستطبق العقوبة على المرأة المتزوجة طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات[3]؟ وهل ستطبق عقوبة الزنا على الزوج إذا ارتكب الجريمة مع امرأة يعلم أنها متزوجة؟ فالمشرع الجزائري بهذه المادة اشترط لقيام جريمة الزنا توافر الزوجية، كما أن تحريك الدعوى العمومية لا يكون إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، فهو بنصه هذا أهمل الركن المادي ألا وهو الوطء.

لكن المشكلة قد لا تتوقف عند هذا الحد، بل قد تتعداها إلى استعمال بويضات ومني الغير في عملية التلقيح الصناعي وهو ما سنتطرق له في هذا المطلب.

المطلب الثاني:

التلقيح باستعمال بويضات ومني الغير

إن غرض استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي هو علاج بعض حالات العقم، إلا أن هذه التقنية لم تفلح في علاج البعض الآخر وسبب ذلك راجع إلى أن هذه التقنية تستوجب إجراء عملية التلقيح داخل الرحم سواء

1– أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مرجع سابق، ص. 131–132؛ حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص. 282؛ هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 293–294؛ نايف بن عمار آل وقيان استئجار الرحم، حقيقته، دوافعه، حكمه، مرجع سابق، ص. 14.

2– بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص. 84.

3–الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 49، بتاريخ 11 جويلية 1966.

كان ذلك بنطفة الزوج أو بنطفة الغير، وهذا يتطلب أن يكون الرحم صالحا لعملية التلقيح وقدرة الرحم على الاحتفاظ بالبويضة ملقحة(الأمشاج) بعد ذلك[1].

إلا أن عقم الزوجة لوجود مشكل بسبب انسداد قناة فالوب يتوجب إجراء عملية التلقيح خارج رحم الزوجة ثم إعادة زرع البويضة الملقحة داخل الرحم. وقد تكون تقنية التلقيح هذه في إطار علاقة زوجية، كما قد تتم خارجها أي بتدخل الغير، هذا الغير الذي قد يكون رجل كطرف مشارك في العملية بالحيوانات المنوية، أو امرأة ببويضتها.

غير أن هذا التدخل الأجنبي في العملية الإنجابية يثير مشاكل شرعية وقانونية حول مدى مشروعيتها، مما دفع بفقهاء الشريعة (فرع أول)، ورجال القانون (فرع ثان) بتناول هذه الصورة.

الفرع الأول:

الموقف الشرعي والفقهي من التلقيح الصناعي بتدخل الغير

قبل عرض فقهاء الشريعة الإسلامية نوضح بعض صور التلقيح بتدخل الغير، لنعرج على موقف الكنيسة الكاثوليكية ونختم ذلك بموقف الفقه.

– صور التلقيح الصناعي بتدخل الغير

إن انسداد قناتا فالوب يتطلب التلقيح الصناعي الخارجي من أجل الإنجاب وهي علاج للعقم الأنثوي غير أن تطور تقنية التلقيح الصناعي سمح بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية هذا الأخير الذي قد يكون رجلا متبرعا أو امرأة متبرعة وهو ما يعرف بالتلقيح بتدخل الغير[2] وله صور عديدة، نذكر منها:

1- أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. وتتم هذه العملية في حالة استئصال مبيض الزوجة أو وجود خلل به مع سلامة رحمها، ونسب الولد هنا يكون ابنا بيولوجيا للأب دون الأم التي يقتصر دورها على الحمل والوضع فقط[3].

2- أن يجري التلقيح بين بويضة الزوجة ونطفة لمتبرع ليس زوجا لها وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وتتم هذه العملية في حالة انعدام الحيوانات المنوية أو عدم كفايتها للإخصاب عند الزوج، فنسب الطفل هنا يكون للأم فقط دون الأب الذي يعطي اسمه للمولود ليكون أبا اجتماعيا فقط[1].

1- محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 73.

2- محمد المرسى زهرة، المرجع نفسه، ص. 60، هامش01

Insémination avec donneur : I A D

Insémination artificielle avec donneur : I A D

3- محمد المرسى زهرة، المرجع نفسه، ص 77.

3- أن يجري التلقيح بين حيوان منوي لمتبرع وبويضة لمتبرعة، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة وتتم هذه العملية في حالة عقم الزوج، وانسداد في رحم الزوجة إلا أن رحمها سليم، فنسب الطفل هنا أنه ليس ولدهما بيولوجيا والزوج هنا يعطي اسمه كأب اجتماعي فقط والزوجة قامت بالحمل والوضع فقط[2].

4- أن يكون الزوجين سليمين مع قدرة الزوجة على الإباضة، إلا أنها لا يمكنها الحمل وهذا راجع لإصابتها بمرض يحول دون حملها أو أن رحمها معيب، ففي هذه الحالة تلقح بويضة الزوجة بماء زوجها، إلا أنها تزرع في رحم امرأة أخرى متبرعة تسمى بالأم البديلة مهمتها القيام بعملية الحمل نيابة عن الزوجة، وتسلم المولود إلى الزوجة بعد عملية الولادة[3].

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بعدم جواز تخصيب الزوجة بمني غير زوجها، لأن ذلك يشبه نكاح الإستبضاع الذي كان في الجاهلية[4].

فالفقه الإسلامي يقبل التلقيح الصناعي في حدوده الضيقة مع مراعاة ضوابط وشروط معينة. أما فيما يخص تدخل الغير، فإن تحريم ذلك واضح وهو لا يحتاج إلى بحث أصلا، فالبحوث السابقة تمنع أي تدخل جيني في العلاقة الزوجية فالأب والأم هما صاحبا النطفة الذكرية والبويضة الأنثوية، فعدم قدرة الزوج على الإنجاب هو قدر الله فقد قال تعالى (وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا)[5]، فنقل نطفة ذكرية لرجل غريب أو بويضة أنثوية لامرأة غريبة بدلا من الزوجين لا يدل على العقم.

فالتلقيح الصناعي من غير الزوجين يزج بالإنسان دون شك في دائرة الحيوانات ويخرجه من المستوى الإنساني، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس الزواج وإعلانه، وهو في هذه الحالة يكون في

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص 86 وما بعدها؛ محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 63.

2- جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية، الجزء 02، مرجع سابق، ص. 137؛ محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص. 92؛ محمد المرسى زهرة، المرجع نفسه، ص. 71 وما بعدها؛ أبو عمر سيد حبيب بن أحمد، التلقيح الصناعي (طفل الأنابيب)، مرجع سابق، ص. 12؛ لبنى محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مرجع سابق، ص. 36، شادية الصادق حسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 16؛ حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 140 وما بعدها.

3- هذا ما حصل مع السيدة كوتون وهو ما يعرف ب Baby Cotton فقد قامت به السيدة كوتون (تأجير البطن) لأجل ترميم بيت عائلتها، ذكره جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص. 111؛ نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 414.

4-أمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مرجع سابق، ص. 103؛ أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص. 139.

5- سورة الشورى، الآية 50.

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 ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية، يظلها القانون الطبيعي، والشريعة السماوية، ولولا قصور في صورة الجريمة، لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية ونزلت به كتب السماء[1].

فقد حرم الإسلام التبني وهو أن ينسب الإنسان ولدا يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، ويبقى التبني معروف أنه للغير، نشأ عن ماء أبيه وألحقه رجل آخر بأسرته وهو يعلم أنه ليس حلقة من سلسلتها وأما الولد الناتج بتدخل الغير يجمع بين التبني والزنا في إطار واحد فقد قال تعالى (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ)[2].

كما أن المتبنى يصبح أحد أفراد هذه الأسرة زورا وبهتانا، وله ما للأبناء من أحكام[3]، فعن ابي هريرة رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعنة: "أيما امرأة ادخلت على قوم رجلا ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق في الأولين والآخرين"[4].

كما أن التلقيح بنطفة غير الزوج محرم دون جدال لأن فيه صورة الزنا الذي تختلط به الأنساب، سواء عرفت النطفة أو جهلت، فهو البهتان الذي يفتريه النساء بين أيديهن وأرجلهن، وبايعن النبيء صلى الله عليه وسلم على عدم التورط فيه[5].

وعلى ذلك، فإن المرأة صاحبة البويضة والرحم وإن كانت متزوجة من غير صاحب النطفة، فإن المولود هو ابنها وليس ابنا لصاحب النطفة ولا يجوز أيضا اعتبار زوجها الحقيقي أبا لهذا المولود، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة التي تم تلقيح نطفة زوجها ببويضة غيرها لا تعتبر أما له بل من باب أولى عدم اعتباره ابنا للزوجين متى كانت البويضة ملقحة من شخصين أجنبيين(هبة نطفة أو بويضة من الغير) استنادا إلى أن التلقيح بهذه الصورة شبيهة

1- محمد شلتوت، الفتاوى، مرجع سابق، ص. 281؛ محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص. 56.

2- سورة الأحزاب، الآية 05.

3- محمد شلتوت، المرجع نفسه، ص. 282؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 335؛ امير فرج يوسف، الموت الاكلينيكي، زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، مرجع سابق، ص. 195.

4- رواه أبو داود، والنسائي، والدارمي، ذكره علي بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح، محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، شرح مشكاة المصابيح، مرجع سابق، ص. 436-437.

5- عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مرجع سابق، ص. 224؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، مرجع سابق، ص. 70-71.

بالزنا لعدم حصول المواقعة الجنسية، وهو رأي دار الإفتاء المصرية مؤكدة أن تلقيح الزوجة بماء غير زوجها حرام لأن فيه معنى الزنا.

ويبقى التلقيح بماء غير الزوج محرم سواء تم بموافقة هذا الأخير أو بدون موافقته إلا أن حكمه حكم الزنا وبالتالي فإن نسبة المولود تكون لأمه، أما بالنسبة للزوج، فإن كان بغير علمه نسب إليه لأنه ولد على فراشه طبقا للحديث "الولد للفراش". وعلى ذلك، فإن التلقيح بين غير الزوجين غير جائز ويلحق بالزنا حكما وإن لم يكن زنا ويترتب على المولود آثار ابن الزنا وإذا ما تم الحمل لحساب الغير بأن يتبرع شخص بنطفة وامرأة ببويضتها ورحمها أو بويضة امرأة ورحم امرأة أخرى فإن المولود سيكون بحكم المتبني لمن تم الحمل لحسابه ويترتب عليه ما يترتب على الابن المتبني[1].

فإذا كانت البذرتين الذكرية والأنثوية ليست من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل اجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين، فإذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه، فإذا كان حراما أي الماء الذي تحملته كماء الأجنبي فلا نسب[2].

كما أن المجمع الفقهي الإسلامي في قراراته حرم ذلك في دورة مؤتمره الثالث بعمان المنعقدة من 11-16 أكتوبر 1986: وهي 05 طرق وذلك لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية[3].

ولما كان هدف الشريعة حفظ النسل والأنساب اللذان هما مقصدان من مقاصد الشريعة يجب حمايتهما والحفاظ عليهما، لذلك حرمت نظام التبني الذي كان سائدا قبل ظهور الإسلام لأنه من شأنه المساس بهذه القاعدة. وأن تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني أو كان به لكنه غير صالح محرم شرعا، لما يترتب عليه من اختلاط في الأنساب بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من ماءه، كما أنه إذا حدث حمل بهذه الطريقة فهو في معنى الزنا وهذا الأخير محرم قطعا بنصوص القرآن والسنة.

كما أن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها ثم تنقل هذه البويضة الملقحة إلى رحم زوجة الرجل صاحب المني، فهي صورة تدخل في معنى الزنا، والولد الذي يولد حرام بيقين لالتقائه مع الزنا المباشر في اتجاه واحد، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهو ما تمنعه الشريعة الإسلامية التي تحرص على سلامة الأنساب.

1- حيدر حسين كاظم الشمري، اشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 142-143؛ زبيدة اقروفة، التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 69-70.

2- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 05، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص. 412؛ شادية الصادق حسن، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 16.

3- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 03، ج 01، ص. 423.

ففي حالة تبرع امرأة ببويضتها والزوجة هنا لم تكن حرثا لزوجها، والله تعالى يقول (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ)[1]، لذا كل ما تحمل به المرأة لابد أن يكون نتيجة الصلة المشروعة بين الزوجين سواء باختلاط اعضاء التناسل أو بطرق الاستدخال فقد قال تعالى (يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ)[2].

فإذا كانت البويضة ليست لزوجة صاحب المني وإنما لامرأة أخرى لم يكن نتاجها جزءا من هذين الزوجين، بل من زوج وامرأة محرمة عليه فلا حرث بينهما فهي صورة في معنى الزنا[3].

تجدر الإشارة أن الندوة الفقهية الطبية حول (رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية) من 14 -17 يونيو 1997) بالدار البيضاء بالمملكة المغربية، توصي ب: تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحما أم بيضة أم حيوانا أم خلية جسدية للاستنساخ[4].

إن الأدلة السابق ذكرها كفيلة بتحريم هذه التقنية (التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير) سواء كان منيا أو بويضة أو رحما، وإن هذه الوسيلة تأخذ حكم الزنا طبقا لما أفتى به فقهاء الشريعة الإسلامية، ولولا قصور في اركانها لكان يجب اقامة حد الزنا فيها، فهي بذلك جريمة منكرة وإثم عظيم. فإذا كان التبني يعد جريمة، فإن الإخصاب بماء غير الزوج أو بويضة غير الزوجة أو رحمها يعد جريمتين، هذا ما جاءت به الفتوى لأن جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة فهم بذلك ينسبون ابنائهم وهم يعرفون أنهم ليسوا كذلك وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي في مكة في دورته السابعة سنة 1983[5].

ثانيا–موقف الكنيسة الكاثوليكية من هذه التقنية

عارضت الكنيسة عملية التلقيح الصناعي بين أجنبيين ففي وثيقة الفاتيكان الشهيرة (تعاليم حول احترام الحياة الإنسانية الوليدة وشرف الإنجاب)التي أقرها البابا يوحنا بولس الثاني بتاريخ 1987/02/22 والتي صدرت بتاريخ 1987/03/10 جاء فيها: واستنادا إلى جميع القيم والمبادئ اللاهوتية والروحية والأخلاقية الواردة في الوثيقة، فإن الكنيسة تشجب كل عملية اخصاب تتعدى على وحدة الزواج، مثل اخصاب بويضة للزوجة بحيوان

1- سورة البقرة، الآية 223.

2- سورة الزمر، الآية 06.

3- جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية، ج2، مرجع سابق، ص. 145؛ سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 175-176؛ مختارية طفياني، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 92؛ نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 419.

4- نقلا عن موقع: http://www.iifa-aifi.org/134.html اطلع عليه بتاريخ: 2016/11/26 على الساعة:.23h33.

5- قرارات الدورة السابعة المنعقدة من يوم 11-16 ربيع الثاني 1404 هجري، عن رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، ص. 148 وما بعدها.

منوي لرجل آخر غير الزوج أو اخصاب بويضة امرأة غير الزوجة بحيوان مني من الزوج، وتشجب الكنيسة كل عملية اخصاب تدعي الحلول محل الزواج مثل الإخصاب الصناعي لامرأة غير متزوجة سواء كانت بتولا أو أرملة، أيا كان الواهب للحيوان المنوي.

كما توجه الكنيسة نداء إلى السلطات المدنية كي تمنع على الصعيد القانوني ليس فقط عملية الإخصاب في الأنابيب بل أيضا بنوك الأجنة وعملية الاخصاب بعد موت الزوج والأمومة البديلة[1].

هذه التقنيات الحديثة المتباينة في عملية التلقيح الصناعي دفعت بانقسام الفقه القانوني إلى فريقين بين مؤيد ومعارض ولكل حججه وأسانيده.

ثالثا، موقف الفقه من تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

بشأن هذه الصورة انقسم الفقه إلى فريقين:

أ-الفريق المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

ذهب أنصار الفريق الأول إلى تأييد تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، وحجتهم في ذلك ما يلي:

1- التبرع بالنطفة البشرية لمساعدة الزوجين على الإنجاب يمكن قياسه على التبرع بالدم والأنسجة البشرية لأن الهدف منها دافع إنساني.

2- الحرص الزائد من الزوجين على هذا الطفل لأنه جاء بعد انتظار طويل وبعد محاولات كثيرة فقد بلغ عدد الأطفال الذين ولدوا بهذه الطريقة ما يقارب 10 آلاف طفل[2] خلال 12 سنة، كما أن فكرة الأبوة أوسع لأن الأب هو من يحب بدلا من الأب الذي أنجب أو الذي ربى.

3- كل وسائل الإخصاب الصناعي الحديثة يغيب عنها المفهوم العلاجي بالمعنى الضيق، فالزوجين لم يشفيان مما يعانيانه وإنما هو تذليل للصعوبات، لذا لا يمكن القول بأن التلقيح الصناعي بتدخل الغير ليس علاجا للعقم[3].

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص. 231-232؛ هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، دراسة طبية فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص. 614-615.

2- رصدت فرنسا ذلك، ذكرته خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 67، مقتبس عن عبد القادر العربي شحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 49.

3- نقلا عن، حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص.325، كما أنه ذكر أنه تم إنشاء أول مركز لأطفال الأنابيب بالمعادي بمصر سنة 1986 وقد ولد بهذه التقنية أكثر من 125 طفلا حتى عام 1992، ذكر ذلك في ص.324؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 229.

4- مساعدة الزوجين لتجاوز الأزمة النفسية التي يعانيانها، وحمايتهما من نظرة المجتمع المتدنية وتقوية الروابط الأسرية.

5- تمكين الأم البديلة من إثبات ذاتها، وقيامها بدور الأم لمدة الحمل لان ظروفها قد لا تسمح لها إما لمرض الزوج أو اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية[1].

6- إن رضا الزوجين أو الصديقين قبل إجراء العملية هو رضا مستنير لذا لا يجوز للأب القانوني العدول عن أبوته، كما يجب النص على حرمانه من حق إنكار نسب المولود إليه[2].

ب-الفريق المعارض لتقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني، خلافا للرأي الأول، إلى معارضة لتقنية التلقيح الاصطناعي وهو اتجاه الغالبية واستدلوا بالحجج التالية:

1- أن التبرع بالبذرة الإنسانية هو تنازل عن الأبوة والأمومة، فهي تهدف إلى إنجاب مولود لا ينسب إلى أبويه مما يؤدي إلى بطلان ذلك، فما بالك في حالة غير المتزوجين! ويتضح ذلك جليا في حالة العلاقة الحرة بالنسبة لغير المتزوجين.

2- إن قرينة (الولد للفراش) تنهدم بولادة طفل نسب لزوج عقيم بينما البذرة لرجل آخر هو الأب البيولوجي.

3- إن الطفل هو الضحية في هذه التقنية فقد ينكر الزوج أبوته بشهادة بيولوجية تثبت ذلك مما يعود على الطفل بحالة إحباط نفسي[3].

4- إن حرمة الجسد الإنساني مبدأ فقهي لذا لا يجوز التصرف بأي عضو من أعضاء الجسد إلا للضرورة العلاجية، فأين هي الضرورة العلاجية في هذه التقنية؟

5- يؤكد غالبية علماء النفس على خطورة الإقدام على هذه العملية مما تسببه من اضطراب نفسي للطفل عند علمه بذلك كما يتسبب في إحباط للزوج بسبب عدم إنجابه لابنه[4].

6- إن إدخال طرف ثالث غير الزوجين في العملية فيه مساس بالقيم الجوهرية المرتبطة بالعلاقات داخل الأسرة كما أن انتشار هذه التقنية يساعد على خلق نوع من تجارة الأطفال[1].

1- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص. 100.

2- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 230؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، مرجع سابق، ص. 325.

3- حدث ذلك في أمريكا سنة 1881 وبريطانيا في 1884 وفرنسا في الأربعينيات، ذكره حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 282؛ فرج محمد محمد سالم، المرجع نفسه، ص. 214.

4- حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص. 327-328؛ فرج محمد محمد سالم، المرجع نفسه، ص. 232-233.

7- إن تقنية تأجير الأرحام تتعارض مع علاج عقم المرأة، لأنه يفتح الباب أمام العاملات وصاحبات المال من استعمال هذه التقنية في حين لديهن القدرة على الحمل[2].

الفرع الثاني:

موقف القانون من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

بشأن هذه الصورة يختلف رأي القانون الفرنسي اختلافا جذريا عن القانون الجزائري، ومرد ذلك التوجه الديني لكل منهما، وهذا ما سنوضحه على التوالي: موقف المشرع الفرنسي (أولا)، وموقف المشرع الجزائري (ثانيا)، وموقف القضاء من هذه التقنية (ثالثا).

أولا: موقف المشرع الفرنسي

إن المشرع الفرنسي، ونظرا للنقص الذي وقع فيه سنة 1994 والنقد الموجه إليه من طرف مجلس الدولة الذي يرى بأن المادة 152-6 تتعارض مع نص المادة 152-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، فهي تسمح بمساعدة الأشخاص غير القادرين على الإنجاب وكذلك لمن هم مصابون بأمراض خطيرة. وجاء تعديله في قانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004 حيث جاءت المادة 2141-7 متناسبة مع المادة 2141-21 من قانون الصحة التي جاءت محددة لأهداف المساعدة الطبية على الإنجاب، فقد نصت المادة 2141-7 على أنه:

" L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu' il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir…".[3]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري:

إن موقف المشرع الجزائري يظهر جليا من خلال نص المادة 45 مكرر/3 من قانون الأسرة التي تشترط على أن يكون التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، فهو بشرطه هذا اتخذ رأي الغالبية من الفقه المعارض لهذه التقنية. كما أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية،

1- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص. 101؛ المادة 35 من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 1989/11/20، دخلت حيز التنفيذ في 1990/09/02 بموجب المادة 49 منها والتي تنص على أنه:" **تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال**".

2- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص. 266.

3- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص. 130.

فهو بذلك أغلق الباب في وجه المجيزين لذلك، كما أنه نص في المادة 41 من نفس القانون على أنه" (ينسب) الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

وقد تفادى المشرع الجزائري المشاكل التي قد تنجم عن هذه التقنية سواء نفسية منها أو دينية أو تمس بالنظام العام والآداب العامة، وغلب الرأي الشرعي على رغبة الزوجين في حصولهما على مولود حتى وإن كان ذلك بتدخل الغير، ولأن هناك بعض الدول أقرت هذه التقنية إلا أنها وضعت لها قواعد وشروط.

ثالثا: موقف القضاء من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

إن غالبية الدعاوى المثارة أمام المحاكم بخصوص هذه التقنية تخص التبرع بنطفة مذكرة للزوج العقيم لتلقح بها زوجته، ولم تعرض على القضاء أي منازعات تخص التبرع ببويضة أنثوية للزوجة العقيم. كما أن القضاء الجزائري حسب اطلاعنا لم يتعرض لمثل هذه القضايا، وذلك بعدم نص المشرع على عدم استعمالها أصلا، وأن القضاء الثري بهذه القضايا هو القضاء الفرنسي.

أ- موقف القضاء الفرنسي المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

فقد قضت محكمة Bobigny في 18 جانفي 1990باعترافها بأسلوب التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، ورفضت طلب الزوج بإنكار نسب الطفل. فقد طلب الزوج المدعي إنكار نسب ابنه الناتج عن عملية تلقيح زوجته بنطفة متبرع مدعيا أنه رغم رضاءه بالتقنية وموافقته عليها إلا أن زوجته كانت على علاقة بصديق أثناء فترة حملها ما أخذه كقرينة قاطعة على أن الولد كان نتيجة معاشرة بين زوجته وصديقها وليس نتيجة تلقيح صناعي بتدخل الغير الذي اختاره مسبقا. كما طلب الزوج تأكيدا لذلك إجراء تحاليل الدم لإثبات ذلك ومن ثم كان حكم المحكمة المذكور سابقا[1].

ب-موقف القضاء الفرنسي المعارض لتقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

إن ما تقضي به المادة 313 من القانون المدني الفرنسي، فإن الاتجاه القضائي ساير الحقائق القانونية التي تقضي بإعدام القرار الصادر من الزوج بالموافقة على تلقيح زوجته بنطفة الغير، لأن هذا الاقرار لا ينشأ الأبوة، كما أنه لا يجوز التنازل عن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص.

فقد اتجهت العديد من المحاكم إلى الأخذ بذلك والاستجابة إلى طلب الزوج بإنكار أبوته للطفل المتخلق بنطفة الغير، مع عدم الاعتداد بمصالح ذلك الطفل الذي جاء إلى الحياة بناء على اتفاق الزوجين، ونفي نسبه بناء

1- ذكرته هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص.46-47، مقتبس عن عبد القادر العربي شحط، الاحكام القانونية العامة لنظام الانجاب الاصطناعي، مرجع سابق، ص.193.

على الاختلاف بينهما، مما جعل ميلاد الطفل ونسبه رهينة للاتفاق والاختلاف بين الزوجين. فمن يتحمل مسؤولية هذا الطفل التربوية والمادية؟ لأن هذه الأحكام منعت الطفل المولود من كل حقوقه وحرمته من كل شيء[1].

كما نشير إلى أن أكاديمية العلوم الاخلاقية والسياسية الفرنسية بتاريخ 09 مارس 1949 أدانت هذه التقنية بالقول: " إن هذا النوع من التلقيح لمعالجة عقم الرجل يثير في الأسرة عقبات كبرى من النواحي الأخلاقية والقانونية والاجتماعية في شأنها أن تجعلنا نوصي بعدم اللجوء إليه لمحاذيره النفسية العاجلة أو الآجلة".

الفرع الثالث:

شروط تدخل الغير في تقنية التلقيح الاصطناعي

إن تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير كما يدل عليها اسمها، لا تكون إلا بتدخل الغير الذي هو طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية، والمسؤول عن حفظ السائل المنوي هو مركز الحفظ، ليبقى الأطباء هم المسؤولون عن اختيار هذا الغير لذا وجب أن يخضع هذا الغير أو المتبرع لمجموعة من الشروط حتى يولد طفل سليم خالي من الأمراض ومن شروط الدول المجيزة لهذه التقنية نذكر ما يلي:

1- إخضاع الغير للفحوص الطبية الشاملة: وأهمها الكشف عن الأمراض المعدية، والأمراض الوراثية القابلة للانتقال، وتعدى الأمر ذلك حتى إلى أسرة الشخص المتبرع فيجب خضوعها للفحوص الطبية.

2- أن يكون المتبرع متزوجا: ويشترط أن يكون له ولد على الأقل وهو ما نصت عليه المادة 673-2 من القانون 94-654[2]، واشترط المشرع الفرنسي في القانون 2004-800 بالإضافة إلى الشرط السابق ذكره، موافقة الطرف الثاني سواء كانت العلاقة زوجية أو حرة وهذا حسب نص المادة 1244-2[3].

3- المجانية(التبرع): فيجب أن يكون إعطاء البذرة الإنسانية بدون مقابل، فلا يجب أن يخضع الجسد ومنتجاته للإعلانات المنشورة يوميا لعدم اعتباره من الأشياء القابلة للتعامل فيها.

4- أن يكون المتبرع في سن مناسبة: هذا لأن غالبية الدول المجيزة لتقنية تدخل الغير تقيد المتبرع بتوافر سن معينة كالبلوغ مثلا، إلا أن القانون الإيطالي يشترط سن 21-49 سنة كحد أدنى وأقصى، فغالبية المراكز

1- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص. 47؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص. 332؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه، مرجع سابق، ص. 238-239.

2- Art L673-2 "…Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procrée".

3- Art L1244-2 "…Le donneur doit avoir procréé, son consentement et, s'ils font partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple, sont recueillis par écrit, et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes…".

تبحث عن اختيار أفضل معطي، لذا هي تضع المعايير التي تراها مناسبة لتحقيق ذلك، كما تراعي هذه المراكز اليقظة والحذر لأن أي خطأ سيكون معاقبا عليه سواء كان خطئا تقصيريا أم عقديا[1].

5- السرية: فقد نص المشرع الفرنسي على شرط عند القيام بالتبرع بالمني يعرف بمبدأ مجهولية المتبرع أو عدم الكشف عن هوية المتبرع وذلك بمقتضى المادة 16-8 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على

" Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître d'identité du receveur ni le receveur celle du donneur…"

كما أن المشرع أضاف نصا آخر بموجب القانون 94-654 المؤرخ في 1994/07/29 من قانون الصحة العامة حيث أكد في مادته 665-14 على ذلك بقوله:

Art L. 665-14 du Code de la santé publique que " le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait le don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée ".

ويهدف هذا الشرط لرفع نسبة المتبرعين، فعدم الكشف عن هويتهم يدفعهم للتبرع[2].

6- تحديد عدد الولادات: كما نص المشرع الفرنسي في قانون 1994 على ألا يتجاوز السائل المنوي ولادة أكثر من خمسة أطفال وهو نص المادة 673-5 من قانون الصحة العامة الفرنسية بنصها:

" Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants ".

وقد تعرض هذا النص للنقد لأن ولادة خمسة أطفال لنفس المتبرع لن يشكل أي خطورة، حتى وإن تواجد هؤلاء الأطفال ضمن عائلة مستفيدة واحدة، وهو ما دفع بمجلس الدولة إلى اقتراح رفع عدد الولادات، وقد تبنى المشرع الفرنسي ذلك في القانون رقم 2004-800 بنصه على المادة 1244-4 التي حددت عدد المواليد بعشرة على الأكثر[3].

ختاما نخلص إلى أن العلاقة الزوجية تعتبر خاصة، لذا فإن تدخل أي طرف ثالث أجنبي عن العلاقة سيؤدي إلى عدم استقرارها وبالتالي هدمها وتفكيكها.

1- حسيني هيكل، النظام القانوني للتلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص. 290-291.

2- Les lois de bioéthique, Rapport destiné à reviser la loi de bioéthique de 1994, sur l'A.M.P.

انظر الموقع: http://la--passerelle.pagesperso-orange.fr/loisbio2.htm

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2016/11/28، على الساعة: 23 و25 دقيقة.

3 - Art L1244-4 " Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants ".

الخاتمة

نستخلص من دراسة هذا الموضوع جملة من الاستنتاجات نوردها كالتالي:

فقهاء الشريعة الإسلامية واكبوا تقنيات التلقيح الاصطناعي بالدراسة والتحليل واستخلصوا لها أحكاما، على عكس المشرع الجزائري الذي حصرها في مادة وحيدة بالرغم من كبر حجمها.

في التشريعات المقارنة كانت هذه التقنيات من أجل تحقيق الرغبات وليس من مصلحة الأسرة، والدليل على ذلك السماح بإدخال طرف ثالث في العملية الإنجابية سواء كان مني أو بويضة أو رحم أو إجراءه بعد الوفاة، على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري اللذان نظماها وفق إطارها الشرعي والأخلاقي ومن أجل تحقيق الهدف منها وهو الإنجاب.

الهدف الخفي من تشجيع مراكز الطب الإنجابي للجوء إلى التلقيح الاصطناعي هو استغلال اللقائح والبويضات في الأبحاث العلمية والصناعات البيو تقنية والدوائية.

بشأن عملية التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري نلاحظ جملة من القصور والثغرات نبينهما كالتالي:

وجود تناقض في توقيت النص على هذه التقنية، فنص على تقنية تجميد اللقائح بنص التعليمة رقم 300 لسنة 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية، قبل أن ينص على تقنية التلقيح في حد ذاتها.

خلو مدونة 92-276 المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب من أخلاقيات التلقيح الاصطناعي.

في المادة 45 مكرر من قانون الاسرة المشرع الاسري لم ينص على شرط الضرورة، الذي أكد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية والذي يعد الضابط الأساسي للجوء إلى هذه التقنية مما يسهل للفضوليين بإجرائها دون مسائلة، والذي لم ينص على النسب الناتج عنه -التلقيح الاصطناعي-بالرغم من خطورته.

عدم النص في قانون العقوبات على جريمتي سرقة وخلط اللقائح بالرغم من خطورتهما.

بعد هذا العرض لأهم الاستنتاجات المستخلصة، نقدم جملة من الاقتراحات أهمها:

وجوب تعاون وتواصل أطباء الإنجاب للدول الإسلامية مع فقهاء الشريعة تحت مظلة المجمع الفقهي الإسلامي، لحماية الأسر المسلمة المحرومة من الانجاب من الخروقات التي تحدث في عملية التلقيح الاصطناعي، وإدراج هذه الجهود في قوانينهم الداخلية.

وجوب احترام مبادئ واخلاقيات المهنة في هذه العمليات.

ضرورة تفعيل المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الخاصة بالفحص الطبي قبل الزواج طبيا وليس إداريا للتأكد من وجودها فقط، لأنها تجنبنا مشاكل عدة.

توفر الضرورة الطبية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وتزويد ذلك بتقرير مفصل عن طبيب مختص.

ضرورة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في ظل علاقة زوجية وبماء الزوجين، وحال حياتهما وبحضور الزوج.

الرضا المتبادل بين الزوجين لإجراء هذه العملية والموثق، وتبصيرهما بما هما مقدمان عليه لتفادي الغش والطرق الاحتيالية.

تعديل القانون بما يسمح للمحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية بإجراء عملية التلقيح.

تحيين القانون بوضع مواد مجرمة ورادعة لمن يقومون بالعملية خارج إطار العلاقة الزوجية سواء الأطراف أو المؤسسات وسواء تم ذلك داخل الوطن أو خارجه.

تفادي الحمل بتقنية التعرف على جنس الجنين لتفادي مشاكل غير متوقعة.

ضرورة خضوع مراكز التلقيح والتجميد لإشراف الدولة مع تقييد عمليات التلقيح وتفعيل نظام مراقبتها.

ضرورة تعديل مدونة أخلاقيات مهنة الطب من أجل مواكبتها للمستجدات الطبية الحديثة كعملية التلقيح الصناعي تماشيا مع قانون الأسرة الذي نص على ذلك.

ضرورة تعديل المادة 25 من القانون المدني بما يتماشى مع القسم الأول المتعلق بالإجهاض من الفصل الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة بمواده من 304-313 من قانون العقوبات بتعديل عبارة (بتمام عملية التلقيح) بدلا من عبارة (ولادته حيا) وإلا لم يعتبر الإجهاض جريمة.

تعديل المادتين 40 و41 من قانون الأسرة وذلك بإدراج نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، واستخدام تقنية البصمة الوراثية في إثباته أو نفيه.

ترك البويضات الفائضة بدون عناية طبية اقتداء بالمجمع الفقهي الإسلامي، وذلك تجنبا للتلقيح بعد الوفاة والبيع والهبة ومنع تقنية التجميد المنصوص عليها في التعليمة الوزارية رقم 300 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية.

ضرورة اقتصار الأبحاث والتجارب الطبية على الجانب العلاجي.

وجوب دراسة وتمحيص المستجدات الطبية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي بدقة قبل إعطاء الحكم لها.

تم بحمد الله.

الملاحق

الملحق الأول: فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، بالسعودية، تحت رقم 20913، والمتعلقة بحكم العلاج.

الملحق الثاني: نسخة من برنامج التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج وطفل الأنابيب أعدته نقابة الأطباء المصرية سنة 1991.

الملحق الثالث: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 16(3/4) بشأن: أطفال الأنابيب.

الملحق الرابع: توصيات الندوة الفقهية الطبية حول: "رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية"

الملحق الخامس: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 55(6/6) بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

الملحق السادس: قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: 05، الدورة السابعة المنعقدة من

11-16 ربيع الآخر 1404 هـ، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

الملحق السابع: قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: 02، الدورة الثامنة المنعقدة من

28 ربيع الآخر-7جمادى الأولى 1405 هـ، الموافق 19-28 يناير 1985 م، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

الملحق الثامن: مشروع تمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017. تضمن معالجة مسألة التلقيح الاصطناعي.

الملحق الأول

فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، بالسعودية، تحت رقم 20913، والمتعلقة بحكم العلاج.

العلاج مشروع، ويجب على الطبيب الموظف لعلاج المرضى الذي عنده القدرة لمعالجة الناس، بذل ما في وسعه لعلاجهم رجاء شفائهم، أو التخفيف من آلامهم، ويدل على ذلك النصوص العامة في الشريعة التي تفيد التعاون وإعانة المحتاج، وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل، ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه، فلا يجوز له ردهم، أو التساهل في علاجهم.

والله أعلم

الملحق الثاني

نسخة من برنامج التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج وطفل الأنابيب

أعدته نقابة الأطباء المصرية سنة 1991.

1- التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج (عقد وإقرار)

اتفق الزوجان الموقعان أدناه مع مركز الإخصاب المسمى:.....ويمثله الدكتور/.....، الموقع أدناه عن نفسه وبصفته، أن يتلقى العلاج اللازم بطريقة التلقيح الاصطناعي من الزوج والزوجة، وذلك لمحاولة حدوث الحمل ونحن على علم تام بأن هذه الطريقة تختلف عن طريقة التلقيح خارج الرحم والمعروفة بأطفال الأنابيب، ويتم ذلك بالخطوات التالية:

1) قد تعطى الزوجة أدوية منشطة للتبويض ويقاس معدل نمو البيضات عن طريق الموجات فوق الصوتية أو طرق أخرى معتمدة علميا.
2) عند تحديد موعد حدوث التبويض تؤخذ عينة السائل المنوي من الزوج وتعالج بطرق معينة لزيادة قدرتها على الإخصاب مع عدم إضافة أي حيوانات منوية أو سائل منوي من أي إنسان أو حيوان أو كائن حي آخر ويمنع تخزين المني والبويضات.
3) تحقن الحيوانات المنوية للزوج في الجهاز التناسلي للزوجة.
4) يمكن تكرار هذا العلاج عدة دورات طمثية متتالية طبقا للرأي ورغبة الزوجين.
5) تتراوح نسبة حدوث الحمل عالميا حوالي 18 % ونسبة ولادة طفل سليم حوالي 14% في كل حالة.
6) يشترط لنجاح هذا البرنامج أن تكون للزوجة احدى قناتي فالوب على الأقل سليمة وأن يكون تجويف الرحم يسمح بحدوث حمل وأن هذه الطريقة تختلف تماما عن طريقة أطفال الأنابيب ونحن على علم بذلك، وللزوج حق حضور تجهيز وحقن السائل المنوي في الزوجة.
7) ضرورة التأكيد على صلاحية السائل المنوي للزوج وقدرته على الإخصاب بالطريقة المبينة أعلاه وذلك بفحص السائل المنوي في أكثر من معمل وبالأسلوب العلمي المعترف به.
8) يجب أن تستخدم هذه الطريقة وفقا لمقاصد الشريعة الإسلامية.

وبعد الاطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي أوضحها لنا المسؤولون واقتناعنا الكامل بما لا يشوبه أي شك أو تردد وقعنا نحن الزوجان:

السيدة:.....، المقيمة:.....بصفتي الزوجة.

السيد:.....، المقيم:.....بصفتي الزوج.

توقيع الزوجة:.....بطاقة:.....توقيع الزوج:.....بطاقة:.....

أقر أنا الدكتور/.....، قد قمنا شخصيا بشرح برنامج التلقيح الصناعي من الزوج للزوجة الموقعين أعلاه على جميع تساؤلاتهما وقد قاما بالتوقيع في حضوري وأن الداعي لإجراء ذلك هو:.....

اسم وتوقيع الطبيب المسؤول:.....

الدرجة العلمية:.....بطاقة رقم:.....

رقم القيد بالنقابة:.....

التاريخ:..../...../.....

تنبيه هام:

1) بعض الأدوية المنشطة للمبيضين والتي تستخدم أثناء المحاولة تعتبر منشطا قويا للمبيضين، ولذلك يجب أثناء تناولها أن تكون المريضة تحت إشراف طبي ومتابعتها بالموجات فوق الصوتية أو بتحليل بعض الهرمونات.

ومن المعروف أنه قد تحدث بعض المضاعفات نتيجة لزيادة استجابة المبيض وقد يصاحبه بعض الأعراض مثل الألم ارتشاح انتفاخ البطن بما قد يؤدي إلى إلغاء المحاولة، وننصح الزوجة بأن تستشير المركز المعالج إذا حدثت أي أعراض غير طبيعية ذلك قبل معاينة أي طبيب آخر.

2) ليكن معلوما للزوجين أن المقصود بالمحاولة الواحدة أن تكون شهرية وفي دورة طمث واحدة وهي التي يتقاضى عنها المركز الأجر المذكور فإذا لم يتم الحمل فعلى الزوجين أن يدفعا تكاليف المحاولة الثانية والثالثة.....إلخ إذا رغبا في تكرار المحاولات.

2- برنامج طفل الأنابيب (عقد واقرار)

اتفق الزوجان الموقعان أدناه مع مركز الإخصاب المسمى:.....وبمثله الدكتور/ .....الموقع أدناه عن نفسه وبصفته، أن نتلقى العلاج اللازم بطريقة أطفال الأنابيب وهي عبارة عن التقاط البويضات من الزوجة ومعالجتها بالسائل المنوي من الزوج واستكمال تلقيح البويضة خارج

الرحم في انبوب اختبار لعدة أيام وتختلف عن طريقة التلقيح الصناعي الذي هو عبارة عن حقن السائل المنوي في الجهاز التناسلي للزوجة ويتم الاخصاب بالخطوات التالية:

1) قد يعطى الزوجان عقاقير منشطة طبقا لمشورة الأطباء المسؤولين.
2) تؤخذ عينات من الزوجة لتحديد نسبة الهرمونات طبقا للمواعيد التي يحددها المركز.
3) يتم الفحص بالموجات فوق الصوتية لتحديد موعد التبويض.
4) يتم التقاط البويضات عن طريق الموجات الفوق صوتية أو أية طريقة علمية أخرى تحت المخدر عند الحاجة لكل حالة.
5) تضاف الحيوانات المنوية التي يتم الحصول عليها من الزوج إلى بويضات التي تم الحصول عليها من الزوجة، وذلك لمحاولة إخصابها بالمعمل خارج الرحم مع عدم إضافة أية حيوانات منوية أو أي سائل آخر من أي إنسان أو حيوان كائن حي.
6) تنقل الأجنة الناتجة جميعها إلى عنق رحم الزوجة صاحبة البويضات في الموعد الذي يراه المركز مناسبا وليس لامرأة أخرى، وللزوج حق الحضور في كل خطوة ولا تخزن البويضات ولا السائل المنوي.
7) ممنوع اتخاذ أي إجراء بديل عما ذكر في البند 6،5.
8) يمكن إلغاء المحاولة عند أي من المراحل السابقة حسب رأي الفني للمركز أو حسب رغبة الزوجين.
9) قد يحدث في بعض الحالات مضاعفات مثل انتفاخ المبيضين وارتشاح البطن وكذلك مضاعفات التخدير والجراحة مثلها كمثل أي عملية جراحية أخرى، فإذا حدثت أية أمراض غير طبيعية تنصح الزوجة أن تستشير المركز المعالج قبل مراجعة طبيب آخر.
10) إن متوسط نسبة حدوث الحمل عالميا حوالي 20% للمريضة في كل دورة علاجية، ونسبة ولادة طفل سليم 13%.
11) ضرورة التأكد من صلاحية السائل المنوي للزوج وقدرته على الإخصاب بالطريقة المبينة أعلاه، وذلك بفحص السائل المنوي في أكثر من معمل وبالأسلوب العلمي المعترف به.
12) ليكن معلوما للزوجين أن المقصود بالمحاولة الواحدة أن تكون شهرية وفي دورة طمث واحدة، وهي التي يتقاضى عنها المركز الأجر المذكور، فإذا لم يتم الحمل فعلى الزوجين أن يدفعا تكاليف المحاولة الثانية والثالثة.....إلخ، إذا رغبا في تكرار المحاولات.
13) يجب أن تستخدم هذه الطريقة وفقا لمقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية.

بعد الاطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي أوضحها لنا المسؤولون واقتناعنا الكامل بما لا يشوبه أي شك أو تردد وافقنا نحن الزوجان.

السيدة:.....المقيمة:.....

السيد:.....المقيم:.....

التوقيعات:.....

إقرار الطبيب وتوقيعه:.....

الملحق الثالث

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 16(3/4) بشأن: أطفال الأنابيب

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ /11 – 16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986م.

بعد استعراضه البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب) والاستماع الخبراء والأطباء، وبعد التداول الذي تبين منه للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة هذه الأيام هي سبعة، قرر ما يلي:

أولا: الطرق الخمس التالية محرمة شرعا، وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجة، ثم تزرع اللقيحة رحم غير زوجته.

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

الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في امرأة متطوعة بحملها؛

الرابعة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الخامسة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى؛

ثانيا: الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على أخذ ضرورة كل الاحتياطات اللازمة وهما:

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

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

والله أعلم

الملحق الرابع

توصيات الندوة الفقهية الطبية حول: "رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية"

انعقدت هذه الندوة في الفترة من 8 – 11 صفر 1418هـ الموافق 14 – 17 يونيو 1997م، في مدينة الدار البيضاء بالمملكة المغربية، وتحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك الحسن الثاني – نصره الله – وبمشاركة مؤسسة الحسن الثاني للأبحاث العلمية والطبية، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو)، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية، ودارت أعمالها حول ثلاثة موضوعات هي:

- الاستحالة والمواد الإضافية في الغذاء والدواء.
- الاستنساخ.
- المفطرات.

وقد توصي الندوة بما يلي:

أولاً :تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحماً أم بييضة أم حيواناً أم خلية جسدية للاستنساخ.

ثانياً :منع الاستنساخ البشري العادي، فإن ظهرت مستقبلاً حالات استثنائية عرضت لبيان حكمها الشرعي من جهة الجواز أو المنع.

ثالثاً :مناشدة الدول سن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب المباشرة، وغير المباشرة، أمام الجهات الأجنبية، والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب؛ للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميداناً لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها.

رابعاً :متابعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وغيرها لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية، وضبط مصطلحاته، وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به.

خامساً :الدعوة إلى تشكيل لجان متخصصة في مجال الأخلاقيات الحياتية لاعتماد بروتوكولات الأبحاث في الدول الإسلامية، وإعداد وثيقة عن حقوق الجنين.

والله أعلم

الملحق الخامس

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 55(6/6) بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان1410 الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م،

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410هـ الموافق 23-1990/10/26م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،

وبعد الاطلاع على التوصيتين الثالثة عشر والرابعة عشر المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت 20-23 شعبان 1407هـ الموافق 18-1987/04/21م بشأن مصير البيضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت 11-14 شعبان 1403 هـ الموافق 24-1982/5/27 في الموضوع نفسه،

قرر ما يلي:

أولا: في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة.

ثانيا: إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ثالثا: يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

والله أعلم

الملحق السادس

قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: 05، الدورة السابعة المنعقدة من 11–16 ربيع الآخر 1404هـ، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في الدراسة التي قدمها عضو المجلس مصطفى أحمد الزرقاء، حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب الأمر الذي شغل الناس، وكان من أبرز قضايا الساعة في العالم.

واستعرض المجلس ما تحقق في هذا المجال من إنجازات طبية توصل إليها العلم والتقنية في العصر الحاضر، لإنجاب الأطفال من بني الإنسان، والتغلب على أسباب العقم المختلفة المانعة من الاستيلاد.

وقد تبين للمجلس من تلك الدراسة الوافية المشار إليها أن التلقيح الاصطناعي بغية الاستيلاد بغير الطريق الطبيعي (وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقين أساسيين:

- **طريق التلقيح الداخلي** : وذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من بطن المرأة.
- **وطريق التلقيح الخارجي** : بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار ، في المختبرات الطبية ، ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة.

ولابد في الطريقين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية.

وقد تبين لمجلس المجمع من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع، ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة، أن الأساليب التي يجرى بها التلقيح الاصطناعي بطريقيه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاد هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية (بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً)، وهي الأساليب التالية:

في التلقيح الداخلي

الأسلوب الأول :

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي النطفة التقاءً طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله كما في حالة الجماع.

وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائهِ في المواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني :

أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيما لا بذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي

الأسلوب الثالث :

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجه، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، لتعلق في جداره وتنمو ويتخلق كل الجنين. ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده الزوجة طفلا أو طفلة، وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكوراً وإناثاً وتوائم تناقلت أخبارهم الصحف العالمية ووسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع :

أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس :

أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجة له (يسمونهما متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

ويلجأون إلى الأسلوب عندما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها لكن رحمها سليم وزجها أيضا عقيم ويريدان ولداً.

الأسلوب السادس :

أن يجرى تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها.

ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم ومنتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفهاً، فتتطوع امرأة بالحمل عنها.

الأسلوب السابع :

هو السادس نفسه إذا كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها.

وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع فيما نشر وأذيع –أنه يتم فعلا تطبيقه في أوربا وأمريكا– من استخدام هذه الإنجازات لأغراض مختلفة، منها تجاري ، ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشري)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة لدى نساء غير متزوجات لا يحملن بسبب فيهن، أو في أزواجهن ، وما أنشئ لتلك الأغراض المختلفة من مصارف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجل بصورة تقنية تجعلها قابلة للتلقيح بها إلى مدة طويلة ، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين؛ تبرعا أو لقاء عوض ، إلى آخر ما يقال اليوم في بعض بلاد العالم المتمدن.

النظر الشرعي بمنظار الشريعة الإسلامية:

هذا، وإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

أولا: أحكام عامة:

(أ) إن انكشاف المرأة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال؛ إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف.

(ب) إن احتياج المرأة إلى العلاج– من مرض يؤذيها ، أو حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً – يعتبر غرضا مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج ، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

(ج) كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع ، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك ، وإلا فامرأة غير مسلمة ، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم ، بهذا الترتيب.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

1- إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى ولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

2- إن الأسلوب الأول (الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الآنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل.

3- إن الأسلوب الثالث(الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار) ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه، ويحيط به من ملابسات، فينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوفر الشرائط العاملة الآنفة الذكر.

4- إن الأسلوب السابع (الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين، وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم) يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة[1].

5- وفي حالات الجواز الثلاث يقرر المجمع: أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل أو المرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التحق نسبه إليه.

أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضرتها (في الأسلوب السابع المذكور) فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود؛ لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب.

---

[1]- **تنبيه:** مما يجب التنبيه عليه أن مجلس المجمع الفقهي أصدر في قراره الثاني من الدورة الثامنة سحب حالة الجواز هذه، انظر، د/8، ق/2، ص 159-161 من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، ط 02، ب. ت. ط.

6- أما الأساليب الأربعة الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقين الداخلي والخارجي -مما سبق بيانه -فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصورة الجائزة شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم ألا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع في هذه القضية ذات الحساسية الدينية القوية من قضايا الساعة، ويرجو من الله أن يكون صوابا.

والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق.

الملحق السابع

قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: 02، الدورة الثامنة المنعقدة من 28 ربيع الآخر–7جمادى الأولى 1405 هـ، الموافق 19–28 يناير 1985 م بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405هـ إلى يوم الإثنين 7 جمادى الأولى 1405 هـ، الموافق 19 –28 يناير 1985م، قد نظر في الملاحظات التي أبداها بعض أعضائه حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب، الصادر في الدورة السابعة، المنعقدة في الفترة ما بين 11–16 ربيع الآخر 1404 هـ ونصها:

(إن الأسلوب السابع :الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين، وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم)، يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة، وملخص الملاحظات عليها:

(إن الزوجة الأخرى، التي زرعت فيها لقيحت بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها، على حمل اللقيحة، من معاشرة الزوج لها، في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي اخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج، 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 ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة)

كما استمع المجلس إلى الآراء، التي ادلى بها اطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج لحاملة اللقيحة، واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها.

وبعد مناقشة الموضوع، وتبادل الآراء فيه، قرر المجلس:

سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع، المشار إليها من قرار المجمع، الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 هـ بحيث يصبح قرار المجلس المشار إليه في موضوع التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب على النحو التالي:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في الدراسة التي قدمها عضو المجلس مصطفى أحمد الزرقاء، حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب الأمر الذي شغل الناس، وكان من أبرز قضايا الساعة في العالم.

واستعرض المجلس ما تحقق في هذا المجال من إنجازات طبية توصل إليها العلم والتقنية في العصر الحاضر، لإنجاب الأطفال من بني الإنسان، والتغلب على أسباب العقم المختلفة المانعة من الاستيلاد.

وقد تبين للمجلس من تلك الدراسة الوافية المشار إليها أن التلقيح الاصطناعي بغية الاستيلاد بغير الطريق الطبيعي (وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقين أساسيين:

- **طريق التلقيح الداخلي** : وذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من بطن المرأة.
- **وطريق التلقيح الخارجي** : بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار ، في المختبرات الطبية ، ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة.

ولابد في الطريقين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية.

وقد تبين لمجلس المجمع من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع، ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة، أن الأساليب التي يجرى بها التلقيح الاصطناعي بطريقيه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاد هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية (بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً)، وهي الأساليب التالية:

في التلقيح الداخلي

الأسلوب الأول :

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي النطفة التقاءً طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله كما في حالة الجماع.

وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائهِ في المواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني :

أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيما لا بذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي

الأسلوب الثالث :

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجه، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، لتعلق في جداره وتنمو ويتخلق كل الجنين.

ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده الزوجة طفلا أو طفلة، وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكوراً وإناثاً وتوائم تناقلت أخبارهم الصحف العالمية ووسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع :

أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس :

أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجة له (يسمونهما متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

ويلجأون إلى الأسلوب عندما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها لكن رحمها سليم وزجها أيضا عقيم ويريدان ولداً.

الأسلوب السادس :

أن يجرى تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها.
ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم ومنتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفهاً، فتتطوع امرأة بالحمل عنها.

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع فيما نشر وأذيع –أنه يتم فعلا تطبيقه في أوربا وأمريكا– من استخدام هذه الإنجازات لأغراض مختلفة، منها تجاري ، ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشري)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة لدى نساء غير متزوجات لا يحملن بسبب فيهن، أو في أزواجهن ، وما أنشئ لتلك الأغراض المختلفة من مصارف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجل بصورة تقنية تجعلها قابلة للتلقيح بها إلى مدة طويلة ، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين؛ تبرعا أو لقاء عوض ، إلى آخر ما يقال اليوم في بعض بلاد العالم المتمدن.

النظر الشرعي بمنظار الشريعة الإسلامية:

هذا، وإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

أولا: أحكام عامة:

أ- إن انكشاف المرأة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال؛ إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف.

ب- إن احتياج المرأة إلى العلاج–من مرض يؤذيها، أو حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً– يعتبر غرضا مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

ت- كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، بهذا الترتيب.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

1-إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى ولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

2-إن الأسلوب الأول (الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الآنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل.

3- إن الأسلوب الثالث(الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار) ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه، ويحيط به من ملابسات، فينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوفر الشرائط العاملة الآنفة الذكر.

4-في حالة جواز الاثنتين، يقرر المجمع : أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين ، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام، بين الولد ومن التحق نسبه به.

5- وأما الأساليب الأخرى، من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقين الداخلي والخارجي -مما سبق بيانه - فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصورة الجائزة شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم ألا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع في هذه القضية ذات الحساسية الدينية القوية من قضايا الساعة، ويرجو من الله أن يكون صوابا.

والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق.

الملحق الثامن

مشروع تمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017 تضمن معالجة مسألة التلقيح الاصطناعي

القسم الثالث

أحكام متعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب

المادة 387: المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا.

وتهدف كذلك إلى تفادي نقل للطفل مرض في غاية الخطورة.

وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي.

المادة 388: تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج والزوجة، وهما على قيد الحياة، طلبهما كتابيا المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي يجب عليهما تأكيده بعد شهر (01) من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية.

المادة: 389: تتم الأعمال العيادية والبيولوجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر مرخص لها بممارسة ذلك.

تحدد الأعمال العيادية والبيولوجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كيفيات الترخيص لهذه المؤسسات والمراكز والمخابر عن طريق التنظيم.

المادة 390: يجب على الزوجين اللذين قدما طلبا للمساعدة الطبية على الإنجاب، أن يجريا، قبل الشروع في أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب، لقاءات طبية مع العيادي والبيولوجي للفريق الطبي المتعدد الاختصاصات.

يجب تمكينهما، بطلب منهما أو من الممارسين الطبيين، من ملاقاة كل عضو آخر من الفريق المتعدد الاختصاصات، بما في ذلك طبيب الأمراض العقلية أو النفساني اللذان يمكن للمؤسسة أو المركز اللجوء إليهما.

المادة 391: يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الأمن الصحي في هذا المجال.

تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة ويتعين عليها ارسال تقرير سنوي عن نشاطاتها للسلطة الصحية المعنية.

المادة 392: يجب أن يناقش الزوجان والعيادي والبيولوجي، معا، عدد الأجنة الواجب نقلها والتي يجب أن لا تتعدى ثلاثة(03) أجنة. وفي حالة تجاوز هذا العدد، يجب تعليل الأسباب وتدوينها في الملف الطبي للمريضة.

المادة 393: يمنع التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

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

المادة 394: يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس.

الباب الثامن

أحكام جزائية

المادة 455: يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 388 من هذا القانون المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

المادة 456: يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 393 من هذا القانون المتعلق بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

المادة 457: يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 394 من هذا القانون المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولا: المراجع العامة.

باللغة العربية:

1– أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزرقاني المالكي المتوفى (1122 هـ)، شرح العلامة الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية، للعلامة أحمد بن محمد القسطلاني (851-923 هـ)، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، ج 12، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.

2–أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 01 والمجلد 11، دار صادر، بيروت، لبنان، ب. ت. ط.

3–أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج 07، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

4–أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

5–العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

6–العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013.

7–السيد سابق، فقه السنة، المجلد 03، ط 02، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 1999.

8–أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2011.

9–أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

10–بكر بن عبد الله أبوزيد، فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، المجلد الأول، ط 01، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996.

11–جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية، الجزء الثاني، ط 01، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.

12-جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، جامع الأحاديث، المجلد 05، ط 01، مطبعة خطاب، القاهرة، مصر،1984.

13-جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

14-شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المشهور ب: ابن قيم الجوزية(691-751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ضبط نصه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1430هـ-2009 م.

15-عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1982.

16-عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، ط 03، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006.

17-عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضبط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،2000.

18-علي بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح، **محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي**، مشكاة المصابيح، تحقيق الشيخ جمال عيتاني، ج 06، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001.

19-كمال الدين الدميري، حياة الحيوان الكبرى، ج 01، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

20-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008.

21-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، 2004.

22-محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري الجعفي (194-256 هـ)، صحيح البخاري، ج.07 و ج. 08، د. ط، مكتبة الجمهورية، القاهرة، مصر، 1376 هـ.

23-محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج06، ط01، دار الحديث،1993.

24-محمد شلتوت، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، ط 18، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2004.

25-محمد عبد الرؤف المناوي، فيض القدير، شرح الجامع الصغير، ج 03، ط 02، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1972.

26–محمد متولي الشعراوي، أنت تسأل والإسلام يجيب، ج04، دار المنصوري للنشر، قسنطينة، الجزائر،1988.

27–محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان بخاري ومسلم، دار الحديث، القاهرة، 1994.

28–مصطفى محمد عمارة، مختصر شرح الجامع الصغير للمناوي، ج 01، ط 01، دار إحياء الكتب العربية، 1954.

29–منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 05، عالم الكتب، بيروت، 1983.

30–ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والاخلاق، سلسلة عالم المعرفة، عدد 174، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت،1993.

31–نجيب حسين محمود، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

32–نخبة من الأساتذة، قضايا فقهية معاصرة، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ج01، دار البيان للطباعة والنشر، مصر،2001.

33–نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2003.

ثانيا: المراجع المتخصصة

I. باللغة العربية:

1 –أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

2–أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

3– الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.

4–أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط 1، دار الوفاء القانونية، 2013.

5–أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

6-إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 01، الاسكندرية، مصر، 2012.

7-باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010.

8-حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

9-حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

10-زبيدةاقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، 2010.

11-زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 1996.

12-سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة، في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

13-سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

14-شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، الطبعة 1، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ن. ،2001.

15-علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة في القانون العام المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

16-فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2012.

17-كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط 1، دار الفكر العربي، بيروت، 1998.

18-محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993.

19-محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الانجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، دراسة فقهية إسلامية مقارنة، الطبعة 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2011.

20–محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.

21–محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة–دراسة مقارنة–، ط 01، القاهرة، 1997.

22–محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 4، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983.

23–محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، مصر،2003.

24–محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.

25–مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.

26–مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

27–منذر طيب البر زنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الانابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الاسلامية، ط 01، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001.

28–مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،2002.

II. باللغة الفرنسية:

1-CLAVERT André, L'heure du doute, insémination artificielle: Enjeux et problèmes éthiques,-Ethiques et sciences, la fédération Française de C. E. C. O. S, Ed. John LIBREY Eurotext, Paris, 1994.

2- MONDELBAUM, J. PLACHOT, M. Génération éprouvette, la procréation médicament assistée, santé mode. d'emploi, Flammarion, 1991.

ثالثا: الرسائل والمذكرات.

I. رسائل الدكتوراه.

1- أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

2- بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

3- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

4- علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

5- مخطارية طفياني، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

6- يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

II. مذكرات الماجستير.

1-الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014.

2-الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.

3-سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005.

4-علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011.

5-لبنى محمد جبر، الصفدي شعبان، الاحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مذكرة ماجستير، الجامعة الاسلامية غزة،2007.

6-محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

7-هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2006-2007.

8-وهيبة مكرولوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2004-2005.

رابعا: المقالات.

I. باللغة العربية

1-أبو عمر سيد حبيب بن أحمد، التلقيح الاصطناعي (طفل الأنابيب)، مجلة الوعي الإسلامي، إدارة الثقافة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2010، العدد 537.

2-أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة مخاطره ومحاذره، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004، العدد 01.

3-العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م. ع. ق. إ. س.، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، العدد 15.

4-المجمع الفقهي الإسلامي، الندوة الفقهية الطبية التاسعة، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية، المنعقدة بالدار البيضاء، 07-11 صفر 1418 هـ الموافق ل 14-17 يونيو 1997 م،
http://www.iifa-aifi.org/134.html

5-أمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2007، العدد 04.

6-أميرة إبراهيم، التلقيح الصناعي...ضوابط شرعية تفتح أبواب الامل، مقال منشور على موقع شبكة الاسلام اليوم، بتاريخ: الثلاثاء 09 يونيو2009، www.islamtoday.net/nawafeth/artshow

7-جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03.

8–جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04.

9–حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الانابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2012، العدد 06.

10–حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2010، السنة الثانية، العدد 01.

11–حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة في القانون والشريعة الاسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2010، السنة الثانية، العدد 02.

12–رجب التميمي، أطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 1، العدد 2.

13–رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03.

14–زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04.

15–زينب كريم، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، م.ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، العدد 06.

16–سمية بوكايس، التلقيح الاصطناعي والعقوبة الجنائية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، نوفمبر2014، منشور على موقع www.droitetentreprise.org

17–شادية الصادق حسن، حكم الاسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، السودان، 2011، العدد 02.

18–عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 1، العدد 2.

19–عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004، العدد 02.

20–عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2006، العدد 04.

21–عبد الفتاح محمد إدريس، اختيار جنس الجنين من منظور إسلامي، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، د. ت. ن.

22–عبد القادر العربي شحط، نظام الإنجاب الاصطناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2004، العدد 04.

23–عبد القادر قاسم العيد، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه، م. ع. ق. إ.، 2005، العدد 03.

24– عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011، المجلد 13، العدد 02.

25–عمار تركي عطية، الحماية القانونية للجنين خارج الرحم، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2015، المجلد 17، الاصدار 02.

26–علي سنوسي، القانون وبيع الأمشاج الآدمية، المجلة الثقافية الشهرية، عود الند، العدد 120، 2016/5، عن موقع: http://www.oudnad.net/spip.php?article640&lang=ar.

27–عمرو جاد، تأجير الأرحام حرام شرعا لأنه إفساد لمعاني الأمومة ويتسبب في اختلاط الأنساب، ل دار الإفتاء المصرية، الخميس 24 يونيو 2010 عن موقع اليوم السابع،**http://www.youm7.com/story/2010/6/24/**

28–قادة بن بن علي، موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي، الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المركز الجامعي معسكر، 2008، العدد 01.

29–كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، 2010، المجلد 09، العدد 03.

30–محمد زين العابدين، حكم الانجاب بالتلقيح الصناعي، استاذ القانون الجنائي المساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة أسيوط، مصر، د. ت. ن.

31–محمد فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1406 هـ -1986م، العدد 259.

32–مراد بن صغير، التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2007، العدد 01.

33–مهند بنيان صالح، مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر والأم البديلة، دراسة قانونية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، 2010، المجلد 01، العدد 01.

34–نايف بن عمار آل وقيان، استئجار الرحم، حقيقته، دوافعه، حكمه، جامعة الأمير سلطان بن عبد العزيز، د. ت. ن.

35–نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، 1419هـ/ 1999م، العدد 02.

36–هادي حسين الكعبي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سعاد حاسم محمد، عقد إجارة الأرحام، دراسة مقارنة، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية السياسية لكلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2015، المجلد 07، العدد 01.

37–هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي، دراسة فقهية مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السادسة، العدد 17.

38–هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 2011، المجلد 27، العدد 03.

II. باللغة الأجنبية.

1- E. Homier Barbara, GESTATIONAL SURROGACY: AN APPEAL TO REFORM MICHIGAN'S SURROGATE PARENTING, January 2003**.**

2- KALFAT Choukri, Les problèmes engendrés par la procréation artificielle, R.S.J.A., Univ. Tlemcen, 2006, N°04.

خامسا :المجاميع الفقهية الإسلامية (قرارات)

1–القرار رقم 16، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورة مؤتمره الثالث،11–16 اكتوبر 1986، ج01، ع 03، عمان.

2–قرارات الدورة السابعة المنعقدة من يوم 11–16 ربيع الثاني 1404 هجري، عن رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي.

3–مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 03، ج 01.

4–المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي، الدورة الثامنة، القرار الثاني، بشأن التلقيح الصناعي، www.themwl.org/fatwa.

5–القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب لمجمع الفقه الاسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني، 2004.

6–مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الذي انعقد في مكة المكرمة في الفترة الممتدة من 19–28 جانفي 1985م،

7–مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الثاني المنعقد بجدة من 22–28 كانون الثاني 1985م،

8–مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي السادس المنعقد بجدة من 14–20 مارس 1990م.

9–القرار الخامس لمجمع الفقه الاسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الجزء 01، العدد 02.

سادسا :الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية.

I–الاتفاقيات الدولية :

–الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاد في: 02 سبتمبر 1990، والمصادق عليها من طرف الجزائر بتاريخ: 1993/04/16.

II–النصوص القانونية :

أ) القوانين والأوامر:

–النصوص الوطنية:

1–الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 49، بتاريخ 11 جويلية 1966.

2–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون، رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج. ر.، رقم 31، 2007.

3-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج. ر.، رقم 15، 2005.

4-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جوان 1990، ج. ر.، رقم 35، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 44، 2008.

-النصوص الفرنسية:

1-Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, J.O.R.F. n°175 du 30 juillet 1994.
2-Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale, à la procréation et du diagnostic prénatal, J.O.R.F. n°175 du 30 juillet 1994.
3-Loi n°2004-800 du 06 août 2004 relative à la bioéthique, J.O.R.F n°182 du 07 août 2004.

ب) المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم92 – 276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06يوليو 1992المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر.،52 لسنة 1992.

ج) النصوص الفرعية:

- التعليمة الوزارية رقم300 المؤرخة في15 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية للمساعدة الطبية على الإنجاب.

د) التقارير العلمية:

1-Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, 1953-2003, sur www.genethique.org/.
2-Les lois de bioéthique, Rapport destiné à reviser la loi de bioéthique de 1994, sur l'A.M.P.
http://la--passerelle.pagesperso-orange.fr/loisbio2.htm
3-Conseil d'Etat, Etude sur la révision de lois de bioéthique, étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 09 avril 2009, La documentation Français, Paris, 2009.
4-Comité Consultatif National D'éthique, -C C N E-, pour les sciences de la vie et de la santé, AVIS N° 40 du 17 décembre 1993, sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin) Rapport, http//:www.CCNE.FR

سابعا :المواقع الإلكترونية.

www.arij.org
www.creativefamilyconnections.com
www.droitetentreprise.org
www.echoroukonline.com
www.génétique.org.fr
www.islamtoday.net
www.iifa-aifi.org
www.islamonline.net
www.legifrance.gouv.fr
www.lawschoolcasebriefs.net
www.quimbee.com
www.oudnad.net
www.turess.com

الفهرس

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة **01**

الفصل الأول: الإنجاب الطبي المساعد في إطار العلاقة الزوجية.....

المبحث الأول: إجراء التلقيح الاصطناعي في إطار علاقة زوجية قائمة..... **12**

المطلب الأول: قيام العلاقة الزوجية مع العقد **13**

الفرع الأول: العقد الشرعي في التشريع الإسلامي..... **14**

الفرع الثاني: العقد الشرعي في القانون الجزائري..... **16**

المطلب الثاني: الرضا ركن أساسي لإجراء عملية التلقيح **17**

الفرع الأول: موافقة الزوجين وأثناء حياتهما **18**

الفرع الثاني: رفض التلقيح كاستثناء يرد على الموافقة..... **23**

أولا: الأسباب الشخصية لرفض عملية التلقيح الاصطناعي **23**

ثانيا: الأسباب الموضوعية لرفض عملية التلقيح الاصطناعي **24**

الفرع الثالث: المشاكل الناجمة عن تخلف شرط الرضا **25**

أولا: فيما بين الزوجين **25**

ثانيا: بين غير الزوجين **26**

المبحث الثاني: ماء الزوجين محل اعتبار **27**

المطلب الأول: اشتراط إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين **27**

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي **28**

الفرع الثاني: موقف القانون **31**

أولا: القانون المقارن **31**

ثانيا: موقف المشرع الجزائري **32**

المطلب الثاني: إتمام عملية التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة **33**

الفرع الأول: التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة داخل الرحم **33**

أولا: رأي الفقه الإسلامي من هذه العملية **34**

ثانيا: الموقف القانوني 36
الفرع الثاني: التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم 39
أولا: موقف الفقهاء والقضاء 41
ثانيا: موقف القانون الجزائري 42
الفصل الثاني: الإنجاب الطبي المساعد خارج إطار العلاقة الزوجية .....
المبحث الأول: إجراء التلقيح بين الزوجين مع انحلال الرابطة الزوجية 45
المطلب الأول: التلقيح الصناعي بعد الطلاق 46
الفرع الأول: موقف الفقه والتشريعات المقارنة 46
أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية 46
ثانيا: الموقف القانوني 51
ثالثا: موقف القانون الجزائري 52
الفرع الثاني: موقف القضاء من تقنية التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق 53
أولا: موقف القضاء المقارن 53
ثانيا: موقف القضاء الجزائري 55
المطلب الثاني: التلقيح بعد الوفاة 55
الفرع الأول: رأي الفقه الإسلامي 56
أولا: رأي الفقه في مدى شرعية عملية التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة 56
ثانيا: رأي الفقه في مدى شرعية عملية التلقيح بعد الوفاة وبعد انتهاء العدة 58
الفرع الثاني: موقف القانون من عملية التلقيح بعد الوفاة 60
أولا: القانون الفرنسي 60
ثانيا: موقف القانون الجزائري من عملية التلقيح بعد الوفاة..... 64
ثالثا: موقف القضاء من عملية التلقيح بعد الوفاة 65
المبحث الثاني: إجراء التلقيح بتدخل الغير 68
المطلب الأول: التلقيح باستعمال الرحم البديل 69

الفرع الأول: مفهوم عقد استئجار الرحم وتطوره التاريخي 69
أولا: تعريف عقد استئجار الرحم..... 70
ثانيا: التطور التاريخي لتقنية تأجير الأرحام 70
الفرع الثاني: مدى شرعية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة فقها وقضاء ونسب المولود الناتج بهذه التقنية 71
أولا: موقف الفقه الإسلامي من تقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة 71
ثانيا: الموقف القانوني 77
ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من تقنية الأم البديلة 80
رابعا: نسب المولود بتقنية الأم البديلة 83
المطلب الثاني: التلقيح باستعمال بويضات ومني الغير 92
الفرع الأول: الموقف الشرعي والفقهي من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير 93
أولا: موقف الشريعة الإسلامية من تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير 94
ثانيا: موقف الكنيسة الكاثوليكية من هذه التقنية..... 97
ثالثا: موقف الفقه من تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير 98
الفرع الثاني: موقف القانون من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير 99
أولا: موقف المشرع الفرنسي 100
ثانيا: موقف المشرع الجزائري 100
ثالثا: موقف القضاء من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير 100
الفرع الثالث: شروط تدخل الغير في تقنية التلقيح الاصطناعي 101
الخاتمة 104
الملاحق 107
المراجع 129
الفهرس 143

الملخص:

لقد شكلت العلوم الطبية والبيولوجية وخاصة الطب الإنجابي، دافعا قويا لاستحداث ضوابط وأطر شرعية وأخلاقية وقانونية تحكم ذلك، إلا أن مواقف القوانين وآراء الفقهاء كانت متباينة، ومعيار الفصل في ذلك هو إطار العلاقة الزوجية، ففقهاء الشريعة الإسلامية الغرّاء منعوا وبشدة عمليات التلقيح التي تتم خارج إطار العلاقة الزوجية، في حين القانون المقارن سمح بإجرائها خارج هذا الإطار الحصين سواء بعد الوفاة أو بتدخل طرف ثالث في العملية الإنجابية.

الكلمات المفتاحية: عقم، تلقيح اصطناعي، أم بديلة، نسب، زواج.

Résumé:

L'énorme progrès scientifique qu'avaient connu certaines pratiques en sciences médicales et biologiques notamment en médecine d'insémination a été l'objet d'une grande controverse entre les juristes d'une part et les consistoire des jurisprudences islamiques de l'autre ayant conduit à l'élaboration d'un ensemble de normes, de cadres légitimes et morales régissant ces divergences. Cependant l'aboutissement à de telles approches semblerait être difficile du fait que l'insémination artificielle en l'occurrence n'est possible que dans le cadre d'une relation conjugale. Or, en droit comparé ces pratiques sont légitimes que ce soit après la mort ou par l'intervention d'un tiers.

Mot clés : Infertilité, l'insémination artificielle, mère porteuse, filiation, mariage.

Abstract:

the spectacular scientific progress of medical and Biological Sciences; particularly in the domain of reproductive medicine hasbeen the source of great controversy between lawyers and consistories of islamic jurisprudenceleading to the elaboration of new legitimate , ethical and legal provisions governing these divergencies.

However, looking for such approches seems to be practicularly difficult since the fact thatartificial insemination for exemple is only possible within the framework of a conjugal relationship. Whereas these kind of pactices are not forbiden in comparative law either after death or by intervention of a third party.

Keywords: Infertility, artificial insemination, porter mother, affiliation, marriage.