الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تخصص: قانون العقود والمسؤولية

بعنوان:

المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي

إعداد الطالب:

زناقي محمد رضا

تحت إشراف الأستاذ:

د. دلال يزيد

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د: كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د: دلال يزيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د: بن عصمان جمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مناقشا
أ.د: هديلي أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية: 1442/ 1443هـ الموافق لـ 2022/2021 م.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۖ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا ۚ أَنتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾

سورة البقرة الآية 286

﴿الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ ﴿78﴾ وَالَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ ﴿79﴾ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴿80﴾ وَالَّذِي يُمِيتُنِي ثُمَّ يُحْيِينِ ﴿81﴾ وَالَّذِي أَطْمَعُ أَن يَغْفِرَ لِي خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ ﴿82﴾ رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ ﴿83﴾ وَاجْعَل لِّي لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ ﴿84﴾ وَاجْعَلْنِي مِن وَرَثَةِ جَنَّةِ النَّعِيمِ ﴿85﴾

سورة الشعراء الآيات 78 إلى 85

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

سورة النمل الآية 19

شكر وتقدير

الحمد لله الذي علمنا من العلوم ما به كلفنا ثم الصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، ومصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم **{مَنْ لَمْ يَشْكُرْ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرْ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ}** **رَوَاهُ** أَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ

فإنني أتقدم بجزيل الشكر للدكتور " دلال يزيد " عرفانا بما بذله معنا من جهود صادقة وتوجيهات قيمة من أجل إنجاز هذه الأطروحة، كما أتقدم بالشكر إلى الدكتور " أسيد أحمد حسن الذنيبات" على خير عطائه وإرشاداته وتوجيهاته القيمة التي بذلها معنا خلال فترة تربصنا بالأردن.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير للدكتور "كحلولة محمد " الذي تكرم بأن يترأس لجنة مناقشة هذه الأطروحة.

وأشكر كل من الدكتور " بن عصمان جمال " والدكتور " هديلي أحمد" اللذان تفضلا علينا بقبول مناقشة هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد خلال إنجازي لهذه الدراسة.

الإهداء . . .

أهــدي ثمــرة جهــدي هــذا إلى الوالــدين الكــريمين أطــال الله في عمرهمــا إلى مــن حملتــني كرهــا ووضــعتني كرهــا...إلى مــن أرضــعتني مــن الإيمــان مــايقويني ...ومــن الحنــان مايكفيني...ومن العلم ماينير عقلي ووجداني...

إلى أمي الحبيبة والغالية...

إلى مــن أنار درب حيــاتي بوجــوده وحــرص علــى إجتهــادي...إلى مــن ألبســني ثوب المعرفة...إلى الذي لو كرست الدهر كله بجمع أفضاله علي ما أحصيتها...

إلى أبي ووالدي العزيز...

إلى أخي وأختي... و إلى كل أفراد عائلتي ...

إلى كل من له الفضل علي بعد الله عز وجل و علمني حرفا ...

إلى من يحمل لنا في قلبه حبا صادقا ...

إلى جميع الأصدقاء و الزملاء ...

إلى من جمعنا معهم القدر و سعدنا برفقتهم و صحبتهم...

قائمة المختصرات

ج.ر.ج.ج أو ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ب.د.د: بدون دار نشر.

ب.د.س: بدون سنة نشر.

ب.د.ط: بدون طبعة

ج: الجزء.

ع: العدد.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

م: ميلادي.

هـ: هجري

Liste des principales abréviations

V, Vol: Volume

Pub: Published.

N° : Numéro.

P : Page.

Art : Article.

R.D : Recueil Dalloz.

J.O.R.A: Journal Officiel de la République Algérienne.

JORF : Journal officiel de la République française.

I.V.F: In vitro fertilization.

C.S.B: Cambridge Stanford Books.

مقدمة

مقدمة

مما لاشك فيه أن التطورات الطبية المتلاحقة و المتسارعة كانت و لا زالت تثير شغف الباحثين في الحقل القانوني من أجل التصدي لها بالبحث و الدراسة القانونية لتحديد الضوابط والقواعد التي تحكم استخدام وتفسير هذه التقنيات العلمية و الآثار القانونية المترتبة عنها، و لا شك أن مجال الطب الحيوي و ما تعلق عموما بعلم الأجنة و تكنولوجيا الإنجاب هو من أكثر المجالات التي عرفت تطورات أذهلت العالم و باتت تتحدى المستحيل و هذا من خلال استحداث تقنيات طبية تسمح بإنجاب الأطفال دون حدوث أي تلاقي جنسي بين ذكر و أنثى بعدما كان يعد هذا ضربا من المستحيل، و بذلك تعتبر تقنيات التلقيح الاصطناعي من بين أهم الانتصارات الطبية التي أذهلت العالم و أحيت الأمل لدى كل من يعاني من حالات العقم و عدم القدرة الإنجاب.

إلا أن ممارسة هذه التقنيات لا يقف عند هذا الحد، بل قد يمتد إلى ما هو غير مشروع، لذلك كان لزاما شرعيا و قانونيا مسايرة هذا التطور من أجل الحد من خطورته كون أن الآثار التي قد تترتب عنه تجعلنا ندق ناقوس الخطر بخصوص المدى الذي قد يصل إليه هذا العلم إذا لم يتم توجيهه إلى المسار الصحيح الذي يخدم البشرية ويحفظ لها تطورها الطبيعي لصلاحها وتقدمها، الأمر الذي أثار الكثير من الجدل الفقهي و القانوني، و لهذا نجد أن المواضيع المتعلقة بالطب الإنجابي المساعد و التلقيح الاصطناعي هي من بين أكثر الدراسات الحديثة التي أصبحت تشغل أذهان الباحثين و تثير فضولهم العلمي، و من أهم المواضيع التي ينبغي التطرق إليها بالبحث و الدراسة في هذا المجال هو موضوع المسؤولية الطبية، كون أنها حلقة الوصل الأساسية في توفير الحماية القانونية لكل الأطراف المتعلقة بهذا العمل الطبي و ذلك بضمان حق ضحايا الأخطاء الطبية من جهة و توفير الحرية اللازمة للأطباء في ممارسة

عملهم من جهة أخرى، و بهذا تظهر أسباب اختيارنا لموضوع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي نظرا لأهميته التي يمكن تحديدها في عدة نقاط كالتالي:

- اعتبار التلقيح الاصطناعي من المواضيع المستحدثة والدخيلة في المجتمع الجزائري التي تثير نوع من الحساسية الاجتماعية والأسرية الأمر الذي ينبغي التصدي له بالبحث والدراسة التحليلية من أجل إزالة اللبس الذي يكتنف هذه التقنيات الحديثة في مجال الطب الإنجابي المساعد، وهذا بتحديد ضوابطها الشرعية والقانونية والآثار المترتبة عنها، خاصة وأن المشرع الجزائري تطرق لتنظيمها من خلال قانون الصحة الجديد.

- إن موضوع التلقيح الاصطناعي وتحديد المسؤولية الطبية المترتبة عنه يعتبر من بين أهم المواضيع التي كانت ولازالت تثير جدلا بين الطب والشرع والقانون، مما يقتضي التطرق إلى الموضوع من مختلف الزوايا، مع محاولة الترجيح بين الآراء المتضاربة وفق ما نراه الأكثر صوابا وهذا طبعا دون الخروج عن القواعد الشرعية والقانونية المتفق عليها.

- خروج تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب عن القواعد المتعارف عليها في المجال الطبي وهي أن أصل الأعمال الطبية يكون بغرض العلاج وهناك أعمال طبية الغرض منها هو تحقيق رغبة معينة وليس العلاج كالجراحة التجميلية مثلا، أما التلقيح الاصطناعي فهو يتوسط الحلقتين فالغرض منه هو العلاج وتحقيق رغبة في نفس الوقت، ما يجعل موضوع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي من المواضيع الشيقة والمتشعبة التي تثير الفضول من أجل البحث فيها.

- البحث في المدى الذي وفق فيه المشرع الجزائري في تحديد مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي في شقها المدني والجزائي، خاصة أن الموضوع لا يزال خارج دائرة التقنين الخاص، على عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة، وهذا بالرغم من أن المشرع سعى إلى تنظيمها بموجب قانون الصحة الجديد، إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعض النقائص التي لابد من التصدي لها بالبحث والدراسة

القانونية خاصة ما تعلق منها بالمسؤولية المدنية التي لا تزال تخضع للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية، لهذا نأمل أن تكون هذه الدراسة خطوة لوضع إطار تنظيمي خاص بالمسؤولية القانونية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي.

- افتقار المكتبة الجزائرية لدراسات معمقة تتناول موضوع مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي خاصة في ظل صدور قانون الصحة الجديد 18-11، وعليه جاءت هذه الأطروحة بهدف إثراء المكتبة القانونية بدراسة جديدة تتناول إحدى المواضيع المستجدة التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب هذا القانون.

ومن جملة الصعوبات التي واجهت الباحث خلال إنجاز هذه الدراسة أن أغلب المراجع ذات العلاقة بموضوع البحث ومع قلتها فإنها تتطرق إلى موضوع المسؤولية الطبية بشكل عام، وبذلك وجدنا ندرة في المراجع القانونية المتخصصة مع صعوبة الوصول إليها لذلك كان من الضروري جلب بعض المراجع من خارج الجزائر، خاصة من الأردن ومصر، وأخص بالذكر العناوين التالية:

- المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي للدكتور، إسماعيل سليمان الخريسات.
- المسؤولية الجنائية الناشئة عن اختلاط الأنساب من التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الشريعة – الإسلامية والقانون الوضعي)، للدكتور خليل إبراهيم حسن العبيدي.
- عقود المساعدة على الإخصاب البشري للدكتور، فهيم عبد الإله الشايع.
- المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي للدكتور علي أحمد لطف الزبيري

- المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، للدكتور إيهاب يسر أنور علي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق بجامعة القاهرة، (غير منشورة).

وغير ذلك من المؤلفات التي تمكنا بفضل الله من الحصول عليها، واعتمادها كمراجع خاصة لهذه الدراسة.

أما فيما يخص الصعوبات المتعلقة بموضوع البحث عموما يمكن تحديدها في النقاط التالية:

- سعة الموضوع وتشعبه بين ما هو قانوني وشرعي وطبي، الأمر الذي استلزم منا محاولة حصره في مجال المسؤولية القانونية للطبيب مع عدم اغفال الجانب الشرعي والجانب التقني لعمليات التلقيح الاصطناعي وهذا دون إسهاب، حيث أن سعة الموضوع وتداخله بين الأحكام والضوابط القانونية والشرعية للتلقيح الاصطناعي، والمسؤولية المترتبة عنه سواء في ظل أحكام القانون المدني أو قانون العقوبات، وكذلك قانون الصحة الجزائري، كلها مواضع تصلح أن تكون رسائل جامعية وبحوث مستقلة بذاتها.
- وقوع الباحث في أزمة المصطلح و التي يقع فيها الكثير من الباحثين خاصة في مجالنا القانوني و هذا من خلال صعوبة تحديد وضبط بعض المصطلحات من أجل حصر موضوع البحث في نقاط محددة، ونخص بالذكر مصطلح التلقيح الاصطناعي الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب الذي جاء به المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد 18-11، و كذلك مصطلح المسؤولية الطبية و مسؤولية الطبيب بين المفهوم الضيق و المفهوم الواسع، الأمر الذي جعل الباحث في حيرة من أمره خاصة أثناء ضبط عنوان البحث و بعض العنوانين الرئيسية له ليستقر رأينا بعد أخذ و رد على عنوان "المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي"، مع الأخذ

بالمفهوم الضيق للمسؤولية الطبية، و ذلك بحصر حدود هذه الدراسة في مسؤولية الطبيب المدنية و الجزائية عن أخطائه الشخصية في مجال التلقيح الاصطناعي.

و نضيف أنه بخصوص الدراسات السابقة عموما التي تناولت موضوع البحث وعلى قلتها فإنها دراسات مقارنة غير محلية، ولهذا نكاد لا نجد دراسة تطرقت إلى الموضوع بشكل خاص في ظل القانون الجزائري، وإن وجدت فهي تتناول إحدى جزئيات أو متغيرات البحث دون الأخرى، و من بين أهم الدراسات بهذا الخصوص نجد أطروحة دكتوراه للباحث سليمان النحوي بعنوان " التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن"، حيث ركزت الدراسة على مشروعية التلقيح الاصطناعي ونطاق الحماية القانونية للأجنة الناتجة عنه، كما أن أغلب الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع البحث اعتمدت على النصوص القانونية العامة أو على أحكام الشريعة الإسلامية، كون أن قانون الصحة السابق لم يتطرق إلى موضوع التلقيح الاصطناعي، و بصدور قانون الصحة الجديد 18-11 لم نجد أي دراسة تطرقت إلى الموضوع على ضوء هذا القانون و هو الأمر الذي يميز هذه الدراسة.

ومن أجل محاولة الإلمام بالموضوع توصلنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما مدى مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي على ضوء أحكام ونصوص القانون الجزائري؟ وهل استطاع المشرع الجزائري الإحاطة بجميع الجوانب المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب في ظل مستجدات قانون الصحة الجديد 18-11؟

اقتضت منا الإجابة عن الإشكالية التي يطرحها موضوع الدراسة الاعتماد على أكثر من منهج حيث اعتمدنا أساسا على المنهج التحليلي الوصفي، و هذا من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري ذات العلاقة

بموضوع البحث، خاصة ما نجده في قانون الصحة الجديد 18-11 من مستجدات، وكذلك نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إضافة إلى النصوص التي نجدها في كل من قانون العقوبات والقانون المدني، وكذا تحليل الأحكام والآراء الفقهية المختلفة مع مناقشتها واستخلاص النتائج والأحكام المناسبة منها، كما اعتمدنا على كل من المنهج التاريخي و المقارن كمناهج مساعدة فرضت طبيعة الدراسة الاستعانة بها و هذا من أجل البحث في تطور تقنيات التلقيح الاصطناعي و تطور القوانين و الأحكام الشرعية المصاحبة لها، و كذلك تطور قواعد المسؤولية الطبية، في كل من التشريع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة و كذلك الشريعة الإسلامية و هذا بغرض الاستفادة منها من أجل الوصول إلى النتائج المرجوة من البحث، و على هذا الأساس ارتئينا تقسم هذه الدراسة إلى بابين على النحو التالي:

الباب الأول: التأصيل القانوني للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي

قمنا بتقسيم هذا الباب على فصلين، الأول حاولنا من خلاله تحديد الإطار المفاهيمي للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي، أما الفصل الثاني تطرقنا فيه إلى تحديد أنواع وأساليب التلقيح الاصطناعي والأحكام الشرعية والقانونية المترتبة عليها وجاء بعنوان " تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بين التطبيق والنص"

الباب الثاني: نطاق المسؤولية القانونية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

حاولنا من خلاله تحديد النطاق القانوني لتطبيق أحكام المسؤوليتين المدنية والجزائية في مجال التلقيح الاصطناعي، حيث قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين، الأول تطرقنا من خلاله إلى تطبيق أحكام المسؤولية المدنية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، أما الثاني فحاولنا من خلاله تحديد التكييف الجزائي لمسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي وهذا على ضوء قانون العقوبات وقانون الصحة الجديد 18-11، لنختم هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات.

الباب الأول

التأصيل القانوني للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي

مما لا شك فيه أن تحديد الإطار المفاهيمي للمسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي يقتضي منا بالضرورة التطرق إلى ماهية كل من المسؤولية الطبية و التلقيح الاصطناعي بالأساس، إلا أن التأصيل القانوني لموضوع البحث لن يستقيم دون التعريج على التطور التاريخي لأحكام المسؤولية الطبية و كذلك تطور التلقيح الاصطناعي و التشريعات المصاحبة له، كون أن تطور التقنيات الطبية دائما ما يرتبط ارتباطا وثيقا بتطور أحكام المسؤولية، حيث سعى فقهاء القانون إلى تنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض، وتحديد أحكام المسؤولية المترتبة عنها في إطار قانوني يضمن حقوق وواجبات كل الاطراف، كما أن التشريعات القانونية دائما ما تعدل في قوانينها بشكل يتماشى و هذه التطورات الطبية الحديثة، لذلك و سعيا منا إلى محاولة ضبط الإطار المفاهيمي الصحيح لموضوع الدراسة قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، أين تطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية المسؤولية الطبية و تطور قواعدها، أما المبحث الثاني فتعرضنا فيه إلى ماهية التلقيح الاصطناعي و مراحل تطوره من الجانب التقني و التشريعي.

المبحث الأول

ماهية المسؤولية الطبية وتطور قواعدها

لا شك أن المسؤولية القانونية عرفت تطورا بتطور المجتمعات والقوانين إلى أن أصبحت بالشكل المتعارف عليه، كما أن مسؤولية الطبيب تزامنت مع ظهور الطب وتطورت معه عبر مختلف الأزمنة والعصور، فما مفهوم وأنواع المسؤولية الطبية وما هي مراحل تطورها؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول

مفهوم وأنواع المسؤولية الطبية

إن تحديد مفهوم المسؤولية الطبية يقتضي منا التطرق إلى تحديد المعنى العام للمسؤولية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية وذلك بتوضيح أهم المفاهيم والتعريفات في هذا الشأن ومن ثمة توضيح المعنى الخاص للمسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي وهذا من خلال الفرع الأول، أما من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب سنتطرق إلى تحديد أنواع المسؤولية الطبية.

الفرع الأول

تعريف المسؤولية الطبية

من أجل تحديد مفهوم المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي لا بد من الاستناد إلى التعاريف اللغوية والإصلاحية العامة المتعلقة بالمسؤولية والتي جاءت على النحو التالي:

أولا: التعريف اللغوي للمسؤولية

المسؤولية من حيث التعريف اللغوي تعتبر من بين المصطلحات الحديثة النشأة، فهي بالأساس مأخوذة من سأل والتي تعني في اللغة استعلم أو استفسر عن الشيء فيقال سأل سؤالا وتساؤلا أي تساءل عن شيء ما، و قد تأتي في معنى آخر فيقال سأل الناس أي طلب منهم الحاجة، و أسأله سؤله بضم السين أي قضى له حاجته[1]، كما قد تأتي بمعنى التزام الشخص بما يصدر عنه من قول أو عمل، ومنه قوله عز و جل" وَقِفُوهُمْ ۖ إِنَّهُم مَّسْئُولُونَ "[2] و كذلك قوله " فَيَوْمَئِذٍ لَّا يُسْأَلُ عَن ذَنبِهِ إِنسٌ وَلَا جَانٌّ "[3]، و بهذا المعنى يتضح أن المسؤولية تفيد أن الشخص يكون محاسبا عن نتائج ما يرتكبه من أفعال و يتحمل تبعاتها[4]، و جاء في معجم لغة الفقهاء، أن المسؤولية من مادة سأل، فهو مسؤول و الاسم مسؤولية، و جاءت بمعنى التزام شخص بضمان الضرر الواقع بغير نتيجة لتصرف قام به[5].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمسؤولية

سنعرض بداية مفهوم المسؤولية في الاصطلاح الشرعي ثم بعد ذلك في الاصطلاح القانوني.

[1] الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد 03، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان، 1959، ص 87.

[2] أنظر، سورة الصافات الآية 24.

[3] أنظر، سورة الرحمن الآية 39.

[4] أنظر لسان العرب لابن منظور، المجلد 03، طبعة دار المعارف للنشر، 1998، ص 1907.

[5] محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط01، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1969، ص 395.

1- في الاصطلاح الشرعي:

فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا مصطلح المسؤولية و إنما عرفت الشريعة مصطلح الضمان، و إن كان مفهوم المسؤولية يمكن توصيفه بمعنى المحاسبة و الجزاء[1] أي أن الإنسان يتحمل مسؤولية ما يقترفه من أفعال، و عرفه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه نظرية الضمان بقوله"... ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية و الجنائية بما يأتي: و هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية" ،كما قد يأتي الضمان بمعنى الكفالة و هذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة[2].

2- في الاصطلاح القانوني:

اتجه فقهاء القانون إلى تقسيم المسؤولية إلى مسؤولية أدبية و مسؤولية قانونية فتكون المسؤولية أدبية إذا ارتكب الشخص فعلا يخرج عن دائرة القانون، و بذلك لا يترتب عليه أي جزاء قانوني فقد يكون جزائها هو تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع و استنكاره لهذا الفعل، كما يرى في هذا الفقيه عبد الرزاق السنهوري أن" المسؤولية الأدبية أوسع نطاقا من المسؤولية القانونية، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه، و بعلاقته بنفسه و بعلاقته بغيره من الناس، أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس"[3]، و هي تنقسم بدورها إلى مسؤولية مدنية و مسؤولية جزائية و هذا ما سنفصل فيه أكثر من خلال الفرع الثاني لهذا المطلب.

---

[1] أسامة إبراهيم علي تايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن – عمان، 1999، ص 24.

[2] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 09، دار الفكر، دمشق، 2012، ص 22.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01، م01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 614.

3- تعريف المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي:

مسؤولية الطبيب هي صورة من صور المسؤولية بشكل عام فهي تتجسد فيما ذكرناه من معاني وتعريفات سابقة، فالطبيب يكون مسؤولا إذا ما أخل بالتزاماته الأدبية والقانونية، وبهذا فإن المسؤولية الطبية لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة للمسؤولية، هذا بالرغم من أنه من الناحية العملية نعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية مهنية ذات طبيعة خاصة، وهذا ما يذهب إليه أغلب الفقهاء والباحثين في هذا المجال خاصة مع توسع وتطور الأعمال الطبية، و المعنى يتجسد في إضافة لفظ الطب إلى كلمة مسؤولية ما يجعل من المعنى مقصورا على مجال خاص، أي في مجال الطب دون غيره، و بذلك جاء تعريف المسؤولية الطبية بأنها أثر جناية الطبيب من قصاص أو تعزير أو ضمان[1]، و يعني هذا أن الطبيب يتحمل تبعات ما يرتكبه من أخطاء أثناء مزاولته للمهنة أو بمناسبتها، و قياسا على ما سبق فإن إضافة لفظ التلقيح الاصطناعي إلى كلمة المسؤولية الطبية يجعل المعنى محصورا في التلقيح الاصطناعي دون غيره من الأعمال الطبية الأخرى و بهذا يمكن تعريف المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي بأنها "مؤاخذة الطبيب عن أخطائه العمدية و الغير العمدية المترتبة عن إجراءه لتقنية التلقيح الاصطناعي أو بمناسبتها"، و يتضح من خلال تعريفنا هذا أننا قصرنا المسؤولية هنا عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب دون غيره و هذا أثناء جميع المراحل المتعلقة بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، و هو الأمر الذي سنفصل فيه أكثر من خلال هذه الدراسة.

[1] قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار الفارابي للمعارف، دمشق 2006، ص 30.

الفرع الثاني

أنواع المسؤولية الطبية

تتعدد تقسيمات المسؤولية و تتداخل أنواعها لكن بشكل عام يمكن تقسيمها إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية، و تكون المسؤولية أدبية إذا ارتكب الشخص فعلا مخالفا لقواعد الأخلاق والآداب العامة المتعارف عليها، أما إذا كان الفعل المرتكب يشكل التزاما قانونيا فنكون أمام مسؤولية قانونية، هذه الأخيرة تتعد صورها و تتشعب في كثير من الأحيان فإذا كانت القواعد التي تم مخالفتها هي من ضمن نصوص القانون الدستوري وصفت المسؤولية بأنها مسؤولية دستورية[1]، أما إذا كانت من ضمن قواعد القانون المدني وصفت بأنها مسؤولية مدنية، أما إذا كانت تكتسي طابعا جنائيا وصفت بأنها مسؤولية جزائية، و بخصوص موضوع بحثنا فيمكن حصر أنواع المسؤولية الطبية في هذا الإطار إلى ثلاثة أنواع مسؤولية تأديبية، مسؤولية مدنية و مسؤولية جزائية.

أولا: المسؤولية التأديبية

المسؤولية التأديبية قوامها التأديب أساسا باعتباره صورة من صور الرئاسة الإدارية التي تحددها طبيعة التنظيم الإداري، و في المجال الطبي تتعلق مباشرة بالسلوك العملي للطبيب تجاه المهنة بشكل عام وتجاه المرضى و زملاء العمل بشكل خاص، و لا شك أن الهدف الأساسي لتقرير المسؤولية التأديبية هو بالأساس الحفاظ على كرامة و سمعة المهنة و المشتغلين بها[2]، و تتحقق في حالة ما إذا ارتكب الطبيب فعلا

[1] أسامة إبراهيم علي تايه، المرجع السابق، ص 27.

[2] عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2016/2015، ص 139.

يستوجب المؤاخذة و كان هذا الفعل مخلا بشرف و أخلاقيات المهنة[1]، و بهذا فمن الناحية العملية تظهر المسؤولية التأديبية في حال مخالفة الطبيب للأحكام التي تفرضها أخلاقيات المهنة و أعرافها، التي لا تحتاج في الأصل إلى تنظيم قانوني لأنها نابعة أساسا من الفطرة الإنسانية السليمة، و نجد أن هذه الأخلاقيات تم النص عليها و تنظيمها بموجب قوانين و لوائح خاصة منظمة لمهنة الطب، على غرار المهن الأخرى، و هذا وفق نصوص تشريعية تحدد حقوق وواجبات الطبيب و تضبط علاقاته مع المرضى و مع زملائه في العمل، حيث نجد أن المشرع الجزائري عالجها بداية بموجب المرسوم التنفيذي 276-92 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب التي تحتوي على 228 مادة[2]، إلا أن المشرع كان قد أكد قبل ذلك على الالتزامات الأدبية الخاصة بممارسة مهنة الطب بموجب قانون حماية الصحة و ترقيتها 85-05 و التعديلات الواردة عليه، حيث نص صراحة على قيام المسؤولية التأديبية للطبيب في حالة مخالفة هذه الضوابط و حدد العقوبات التأديبية، و الإجراءات الواجب اتخاذها خاصة ما تضمنه القانون رقم 90-17 المعدل لقانون الصحة السابق الذكر، و بصدور قانون الصحة الجديد 18-11 فصل المشرع الجزائري أكثر بهذا الخصوص و ذلك في الباب السابع الذي جاء بعنوان " الأخلاقيات و الأدبيات و البيو-أخلاقيات الطبية"، و تتمثل الأخلاقيات الطبية بمفهوم هذا القانون في قواعد الممارسات الحسنة التي يخضع لها مهنيو الصحة، في ممارسة مهامهم، و تشمل قواعد الأدبيات و الأخلاقيات العلمية و البيو أخلاقية، و هذا بحسب نص المادة 339 منه، و نجد أن الفصل الثالث من هذا الباب نص على مختلف الإجراءات الواجب اتخاذها بشأن المسؤولية التأديبية للأطباء، و أخضعها للمجالس الوطنية و الجهوية للأدبيات الطبية، كما أن المادة 345 من هذا القانون

[1] عشوش كريم، المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد 11، ع 21، ديسمبر 2016، ص 110.

[2] أنظر المادة 211 من المرسوم التنفيذي رقم 276- 92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المؤرخ في 16 جويلية 1992، ج.ر، ع، 52.

عرفت لنا الأدبيات الطبية بالقول أن " الأدبيات في مجال الصحة هي مجمل المبادئ و القواعد التي تحكم مهن الصحة و العلاقات بين مهنيي الصحة فيما بينهم و مع المرضى"، و نصت المادة 347 على أنه" تضطلع المجالس الوطنية و المجالس الجهوية للأدبيات الطبية، كل فيما يخصه، بالسلطة التأديبية و العقابية، و تبت في أي خرق لقواعد الأدبيات الطبية، و كذا في خروقات أحكام هذا القانون، و في حدود اخصاصها"، و بحسب الفقرة الثانية من نفس المادة فإن مخالفة الواجبات المحددة في هذا القانون و كذا قواعد الأدبيات الطبية، تعرض أصحابها لعقوبات تأديبية و هذا دون الإخلال بالمتابعات المدنية و الجزائية، و تضيف في هذا المادة 351 بأنه" يمكن الجهة القضائية المختصة، أن تخطر المجالس الوطنية و المجالس الجهوية للأدبيات الطبية كلما تم رفع دعوى بشأن مسؤولية عضو في السلك الطبي" و تؤكد الفقرة الثانية من نفس المادة على إمكانية تأسيس هذه المجلس كطرف مدني في القضايا المتعلقة بها، و نجد أن المسؤولية التأديبية تكتسي طابعا خاصا، فيما تعلق منها بالجانب البيو – أخلاقي في بعض الأعمال و التدخلات الطبية التي تتسم بنوع من الخصوصية كعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، و تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال المستجدات التي جاء بها قانون الصحة الجديد رقم 18-11[1].

ثانيا: المسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية هي في الأساس إخلال بالتزام واجب التنفيذ يؤدي بالنتيجة إلى حدوث ضرر لشخص ما، بمعنى أن المسؤولية تقوم حين يخل الفرد بما التزم به من قبل الغير، قانونا أو اتفاقا، و الجزاء فيها هو تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال[2]، فالقاعدة العامة في المسؤولية المدنية تقضي بأن كل شخص مسئول عن

[1] أنظر، القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، 2018.

[2] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 11.

فعله الشخصي وهذا ما نصت عليه معظم القوانين المدنية فقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1240 المعدلة و التي يقابلها نص المادة 1382 قبل التعديل على أنه "كل فعل مهما كان يقوم به الشخص ويسبب ضررا للغير يلزم من أحدث الضرر بخطئه بالتعويض"[1] كما نصت المادة 1241 من نفس القانون و التي يقابلها نص المادة 1383 قبل التعديل على أنه"كل شخص هو مسؤول عن الضرر الذي يتسبب فيه ليس فقط بفعله و إنما كذلك بسبب إهماله أو تهوره"[2]، كما نجد في المقابل المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[3]، و القارئ لنصوص القانون الجزائري و القانون الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية المدنية يلاحظ أن المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي يتفقان على أن المسؤولية المترتبة عن الفعل الشخصي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات و هذا طبقا للنظرية التقليدية، في المقابل كثيرا ما يثار الإشكال حول صعوبة إثبات الخطأ مثلما هو الحال عليه في مجال المسؤولية الطبية أو غيرها، لذلك نجد أن بعض التشريعات اتجهت إلى الأخذ بالنظرية الحديثة و هي نظرية تحمل التبعة التي تؤسس قيام المسؤولية المدنية على أساس الضرر و نجد مثلا منها المشرع الأردني و المشرع الإماراتي[4]، بحيث تقوم المسؤولية الطبية المدنية عند إخلال الطبيب بالالتزام الواجب

[1] L'article 1240 du code civil français "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle P 306.

[2] L'article 1241 du code civil français "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence." Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle P 307.

[3] أنظر المادة 124، من الأمر، 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-07.

[4] نصت المادة 256 من القانون المدني الأردني رقم 43 - 1976، الصادر بتاريخ 05 شعبان 1396هـ، الموافق لـ 01 آب سنة 1976، الجريدة الرسمية العدد 2645، على أنه"كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" والتي يقابلها نص المادة 282 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987 بنصها على أنه"كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

عليه ويلحق بالنتيجة ضررا للمريض، و يقسم فقهاء القانون المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية، كما يرفض جانب من الفقه فكرة ازدواجية المسؤولية و يرى أنها شيء واحد[1]، و قدموا في هذا حجج و براهين تجعل من طرحهم جدير بالدراسة و التحليل، لكن الراجح و المتفق عليه في كل التشريعات و القوانين بما فيها التشريع الجزائري أنها تقول بازدواجية المسؤولية المدنية و هي على النحو التالي.

1- المسؤولية العقدية:

مصدرها العقد أساسا ويشترط لقيامها:

- وجود عقد صحيح.
- إخلال أحد الأطراف بالتزام ناشئ مباشرة عن هذا العقد أو عدم تنفيذه.
- نشوء ضرر للمتعاقد الآخر أو خلفه العام.
- قيام العلاقة السببية بين الإخلال بالالتزام أو عدم التنفيذ والضرر الناتج[2].

قياسا على هذا فالمسؤولية العقدية للطبيب أساسها العقد الطبي المبرم بين المريض والطبيب الذي يرتب التزامات تعاقدية متقابلة، بغض النظر عن العمل الطبي المراد القيام به، وهو ما يمكن تطبيقه على المسؤولية العقدية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي كما سنفصل من خلال التطرق إلى نطاق المسؤولية القانونية للطبيب من خلال الباب الثاني للبحث، ونشير هنا إلى أن المسؤولية العقدية تقوم بمجرد إخلال الطبيب بالتزاماته التعاقدية، كون أن العقد إذا نشأ صحيحا، يجب أن يتم تنفيذه وفق ما تم الاتفاق عليه تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون لجزائر، 2003، الصفحات 113-118.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، الصفحات من 119-123.

2- المسؤولية التقصيرية:

مصدرها القانون أي أنها تقوم في حال إخلال الشخص بالتزام قانوني حيث بالرغم من أنه لا وجود لعلاقة تعاقدية هنا بين المضرور و المتسبب في الضرر إلا أن المسؤولية تبقى قائمة، ما يعني أن المسؤولية التقصيرية أشمل و أوسع من المسؤولية العقدية و كل ما يخرج عن إطار المسؤولية العقدية يدخل ضمن المسؤولية التقصيرية باعتبار أنها الأصل بين المسؤوليتين، و المسؤولية العقدية هي الاستثناء[1]، و تقوم المسؤولية هنا بتوافر أركانها المتعارف عليها و هي الخطأ، الضرر و العلاقة السببية، و التي عالجها المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني من المواد 124 إلى 140، و قسمها إلى ثلاث أنواع رئيسية و هي:

- المسؤولية عن العمل الشخصي
- المسؤولية عن عمل الغير (مسؤولية متولي الرقابة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع)
- المسؤولية الناشئة عن الأشياء (تقسم إلى الأشياء الحية والأشياء الغير الحية)[2]

و على هذا الأساس فإن الطبيب تقوم في حقه المسؤولية التقصيرية إذا ارتكب خطأ طبيا في مواجهة مريض لا ترطبه به أي علاقة تعاقدية مباشرة، و تصورها أن علاقة الطبيب بالمريض في مستشفى عمومي مثلا هي علاقة ذات طبيعة إدارية تحكمها اللوائح والقوانين المنظمة للمرفق الصحي[3]، فالمسؤولية هنا تقصيرية تنشأ نتيجة خطأ قد يرتكبه الطبيب و يسبب ضررا لمريض لا تربطه به في الأساس أي علاقة تعاقدية، و لكن يبقى دائما النقاش يثور حول تحديد طبيعة المسؤولية الطبية

[1] علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 138.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138-140.

[3] عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، المرجع السابق، ص 51.

و هذا بالرغم من أن المسؤولية المدنية الطبية هي في الأساس كما ذكرنا تعتبر صورة من صور المسؤولية المدنية بشكل عام، إلا أنها تكتسي طابعا فنيا و هذا بالخصوص في ظل التطورات الطبية الحديثة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعمليات و تقنيات تتطلب تخصصا طبيا دقيقا، مثلما هو الحال عليه في عمليات التلقيح الاصطناعي و هو ما سنتطرق إليه بتفصيل أكثر، فيما هو آت من هذه الرسالة.

ثالثا: المسؤولية الجزائية

هي المسؤولية التي تقوم عندما يرتكب شخص فعلا يجرمه القانون، والقاعدة العامة في مجال المسؤولية الجزائية تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير نص قانوني، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون العقوبات، وتقسم الجرائم عموما إلى ثلاث أنواع رئيسية وهي، جنايات، جنح ومخالفات[1]، ولا تقوم أي الجريمة إلا بتوافر أركانها وهي على النحو التالي:

1- الأركان العامة:

هي الشروط التي يجب توافرها في الجريمة حتى تتقرر المسؤولية الجزائية في حق الجاني والقاعدة القانونية المعروفة هنا تفيد بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ولا تتقرر الإدانة إلا بتوفر الأركان العامة للجريمة وسقوط أي ركن من الأركان يسقط قيام الجريمة وبالتالي تنتفي المسؤولية، وهذه الأركان هي:

أ- **الركن الشرعي**: يقصد به النص القانوني الذي يحدد الجريمة المرتكبة وما هي العقوبة المقررة لها، ويشترط لقيام الركن الشرعي شرطان أساسيان وهما

[1] أنظر المادة 27 من الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، https://www.joradp.dz/trv/apenal.pdf.

(وجوب خضوع الفعل لنص قانوني يحدد الجرم والعقوبة المقررة، عدم خضوع هذا الفعل لسبب من أسباب الإباحة)[1].

ب- الركن المادي: هو الوقوع الفعلي والملموس للجرم وتطابقه مع النص القانوني المجرم لهذا الفعل، ويتكون الركن المادي للجريمة من ثلاث عناصر أساسية هي (السلوك الإجرامي، النتيجة، والعلاقة السببية)[2].

ج- الركن المعنوي: يعتبر هذا الركن مهم جدا في تحديد العقوبة وقيام المسؤولية الجزائية في حق مرتكب الفعل، ويشترط لقيام الركن المعنوي شرطان أساسيان هما (العلم والإرادة) وبانتفائهما أو انتفاء أحدهما يسقط هذا الركن، وبالتالي تسقط لمسؤولية الجزائية، ويتخذ الركن المعنوي صورتين:

- الصورة الأولى هي القصد وتتحقق في حالة توفر الشرطين المذكورين.
- الصورة الثانية هي صورة الخطأ ويكون في حالة قيام الشخص بالفعل الإجرامي لا إراديا نتيجة إهماله، وهذا يدخل ضمن دائرة الجرائم الغير العمدية[3].

2- الأركان الخاصة:

هي تلك الأركان التي تختص بها كل جريمة دون غيرها، وهذا في إطار الأركان العامة السابقة الذكر فلكل جريمة ركنها الشرعي والمادي والمعنوي الخاص بها، وبالرجوع إلى نصوص القانون الجزائري يصعب حصر كل الجرائم لكن يمكننا تحديد أهم هذه الجرائم فيما يلي:

[1] لتفاصيل أكثر أنظر، عبد الله إسماعيل، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، الصفحات من 68-142.

[2] لتفاصيل أكثر، أنظر، عبد الله إسماعيل، نفس المرجع، الصفحات، 144-282.

[3] لتفاصيل أكثر، انظر عبد الله إسماعيل نفس المرجع، الصفحات، 231-287.

- الجرائم الواقعة ضد الشيء العمومي: تتحدد في الأفعال التي تشكل تهديدا للدولة وأمنها العمومي والمتمثلة في جرائم أمن الدولة والتجمهر، جرائم ضد الدستور وضد السلامة العمومية، الجرائم ضد النظام والأمن العمومي[1].
- الجرائم الواقعة ضد الأفراد: تتحدد في الجرائم الواقعة ضد الأشخاص والجرائم الواقعة ضد الأموال[2].
- الجرائم الخاصة: تتمثل في جرائم الفساد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية والإتجار الغير المشروع فيهما، وجرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب[3].

و بخصوص المسؤولية الجزائية للطبيب، فإنها تقوم في حال ارتكابه لفعل يكتسي طابعا إجراميا، و بالتالي يسأل الطبيب عن هذا الفعل دون الخروج عن القواعد العامة المنظمة للمسؤولية الجزائية إلا أنه قد تشدد العقوبة بصفته طبيبا في بعض الجرائم، و هذا ما أقرته الكثير من التشريعات، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الأردني و من خلال المادة 325 من قانون العقوبات الأردني، في الفصل الثالث المتعلق بالإجهاض، شدد في العقوبة الواقعة على جريمة الإجهاض إذا كان مرتكب الفعل طبيبا حيث نصت المادة على أنه (وإذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل طبيبا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة يزاد على العقوبة مقدار ثلثها)[4] ، و كذلك نفس الشيء يستنتج من نص المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري، و

[1] أنظر المواد من 61 إلى 253 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

[2] أنظر المواد من 254 إلى 417 مكرر3، من الأمر رقم 66-156، نفس المرجع.

[3] أنظر القانون رقم 18/04 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425، الموافق لـ 25 ديسمبر سنة 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425، الموافق لـ 06 فبراير سنة 2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، دار الجزيرة للنشر والتوزيع 2010، لتفاصيل أكثر راجع كتاب أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج01، وج02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2015.

[4] قانون العقوبات الأردني، رقم التشريع 16، الجريدة الرسمية رقم 1487 بتاريخ 1960/01/01، المعدل والمتمم،

https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/1960_Criminal_Code_(Arabic_original).pdf

سنفصل أكثر في مسؤولية الطبيب الجزائية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي في الفصل الأخير من هذه الدراسة.

المطلب الثاني

تطور قواعد وأحكام المسؤولية الطبية

المسؤولية الطبية قديمة قدم المهنة فالأكيد أن تطور مهنة الطب يقابله تطور أحكام المسؤولية و الأكيد أن بعض قواعد المسؤولية المطبقة في القوانين المعاصرة، هي مستمدة من بعض التشريعات الوضعية القديمة أو قد يكون مصدرها الشرائع السماوية لذلك وجب علينا قبل الولوج إلى التفصيل في مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي التطرق إلى تطور المسؤولية الطبية على مر الأحقاب الزمنية المختلفة دون إسهاب، أي سيكون التركيز على أهم الفترات التاريخية التي عرفت أنظمتها و قوانينها الوضعية تطورا في أحكام المسؤولية الطبية، و التطرق كذلك إلى تطور مسؤولية الطبيب في الشريعة الإسلامية، و سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نتناول من خلاله، تطور المسؤولية الطبية في الأنظمة الوضعية عبر مختلف العصور، أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله تطور المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

الفرع الأول

تطور المسؤولية الطبية في الأنظمة الوضعية

لا شك أن تاريخ الأمم حافل بالحضارات وتطورها ولكل حضارة أصولها ومقوماتها وقوانينها التي تميزت بها وسنتطرق من خلال هذ الفرع لأهم الحضارات التي اهتمت بالطب وأسست له قواعد وقوانين تنظمه عبر فترات زمنية مختلفة وسيكون هذا بداية بالعصور القديمة، ثم مرورا على العصور المتوسطة ووصولا إلى العصر

الحديث، لذلك سعينا لتقسيم هذا الفرع بالتطرق أولا إلى المسؤولية الطبية في العصور القديمة، وثانيا تطورها أثناء عصر النهضة الأوروبية ثم ثالثا تطورها في العصور الحديثة.

أولا: المسؤولية الطبية في العصور القديمة

عرفت المسؤولية الطبية نشأتها الأولى منذ العصور القديمة، ومن أهم الحضارات التي تركت بصمتها سواء في مجال الطب أو القانون نجد كل من الحضارة الفرعونية، الحضارة البابلية، الحضارة اليونانية، والحضارة الرومانية، حيث كانت هذه الحضارات رائدة في تأسيس قواعد الطب والمسؤولية الطبية، وتركت أثرها على مر العصور وهذا ما سنتطرق إليه تبعا فيما يلي.

1- المسؤولية الطبية عند قدامى المصريين (الحضارة الفرعونية)

مما لا شك فيه أن الحضارة الفرعونية هي من أعرق الحضارات التي عرفت مختلف العلوم، بما فيها الطب حيث أن المعروف تاريخيا هو تميز المصريين القدامى و براعتهم، في التشريح و الجراحة و التحنيط، و بالرغم من مرور آلاف السنين على الحضارة المصرية القديمة إلا أنه لا تزال آثارها شاهدة عليها إلى غاية اليوم و المتاحف لا تزال تزخر بالمومياوات المحنطة، و المحفوظات التي تشتمل على كتابات قديمة و وصفات طبية لعديد من الأمراض[1]، و هذا بالرغم من أن الطب في بداية نشأة الحضارة الفرعونية كان يعتمد على السحر و الشعوذة و سيطرة الكهنة و كانت تعالج الأمراض عن طريق بعض الطلاسم و التعاويذ التي تقرأ على المريض من أجل أن يشفى[2]، إلا أنه بمرور السنين عرف تطورا و تنظيما خاصا من خلال تدوين آراء كبار

[1] قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 41.

[2] ول وايرل ديورانت، ترجمة محمد بدران، قصة الحضارة، الشرق الأدنى، المجلد الأول، الجزء الثاني، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، ص 123.

الأطباء و تعليماتهم، في كتاب كان يسمى بالسفر المقدس[1]، و يعتبر هذا الكتاب هو الذي أسس لقواعد المسؤولية الطبية عند الفراعنة، حيث كان يجب على الطبيب دراسة هذا الكتاب و اتباع التعليمات الموجودة في السفر المقدس و عدم الخروج عنها عند مباشرته لجميع اعماله الطبية و الجراحية، و بالنتيجة تقوم في حقه المسؤولية عند خروجه عما هو مدون في هذا الكتاب[2] ويذكر في هذا " أن أرسطو ذكر في كتابه السياسة، أن الطبيب كان يسمح له بتغيير العلاج المقرر، إذا لم يلاحظ تحسنا في حالة المريض على هذا العلاج، في مدة أربعة أيام فإذا توفي المريض، بسبب هذا العلاج المخالف لما جاء في الكتاب المقدس، فإن الطبيب يدفع رأسه ثمنا لجرأته على نصيحة حياة مواطن في سبيل أمل خاطئ[3]"، و الظاهر هنا أن الهدف أيضا كان حماية الأطباء في حالة اتباع ما جاء في السفر المقدس و نتج عن ذلك عدم شفاء المريض أو وفاته، حيث أنه بمفهوم المخالفة لا تقوم في حقه المسؤولية إذا اتبع ما هو مدون في السفر المقدس مهما كانت النتيجة.

2- المسؤولية الطبية في حضارة ما بين النهرين (الدولة البابلية والآشورية)

في بلاد بابل كان السحرة والعرافون أحب وأقرب إلى الشعب من الأطباء[4]، والمعروف تاريخيا أن حضارة بلاد النهرين اشتهرت بعلم الفلك والتنجيم، حيث كان لهذا العلم تأثير بارز على تنظيمهم لقواعد الطب والمسؤولية الطبية، فكان الطبيب عندهم إذا أخطأ تقوم في حقه المسؤولية ويلتمس العذر والمغفرة من الآلهة[5]، وتم تقسيم

[1] السفر المقدس هو عبارة عن 42 كتابا تنسب إلى ثوت، المعروف بهرمز إله الحكمة عند قدماء المصريين حيث احتوت الكتب الستة الأخيرة على مختلف المعارف الطبية، لتفاصيل أكثر، أنظر، عيسى إسكندر المعلوف، تاريخ الطب عند الأمم القديمة والحديثة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة والنشر، جمهورية مصر العربية، ص 09-10.

[2] P. BROUARDEL, La Responsabilité Médicale et Le Secret médical, Pub Par, Librairie J.-B. BAILLIÈRE et FILS, 10 Rue Haute Feuille, Paris 1808, p 02.

[3] شوقي، عبد الفتاح، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ، مسؤولية الطبيب، نشرة الطب الإسلامي العدد الخامس، 1982 بحث منشور على موقع، https://www.droit-dz.com/forum/threads/9674/ تاريخ الاطلاع 2021-06-18.

[4] ول وايرل ديورانت، ترجمة محمد بدران، المرجع السابق، ص 252-253.

[5] شوقي، عبد الفتاح، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ، المرجع السابق.

الطب في حضارة ما بين النهرين إلى ثلاث مذاهب[1]، و هي الطب الوقائي، الطب الطبيعي و الطب النفسي، و ارتبطت كلها ارتباطا وثيقا بعلم الفلك و التنجيم، و اعتمدوا على المواد الطبيعية في علاج المرضى كالزيوت النباتية و العسل و مشروب التمر و غير ذلك[2]، و كانت مسؤولية الطبيب عندهم تتخذ طابعا أخلاقيا و دينيا، لذلك عرف البابليون بالتشديد في المسؤولية الطبية[3]، خاصة ما تضمنه قانون حمورابي[4] الذي يعتبر هو المؤسس لقواعد المسؤولية في حضارة بابل، حيث تضمن عقوبات قاسية في حق الأطباء تصل إلى قطع يد الطبيب في حالة ما إذا توفي المريض أو فقد عينه، وهذا في حالة ما إذا كان المريض من السادة أما إذا كان المريض من المماليك و تسبب الطبيب في موته فعليه أن يعوض سيده بشراء عبد آخر مكانه، و إذا تسبب في فقد عينه دفع الطبيب نصف ثمنه فضة إلى سيده كتعويض[5]، و ما يعاب على قانون حمورابي بالرغم من أنه أسس في بعض مواده لمسؤولية الطبيب كما ذكرنا إلا أنه نص على بعض العقوبات الغريبة أحيانا و القاسية في نفس الوقت، كما نجد أن بعض نصوص هذا القانون فيها نوع من العنصرية و ذلك بسبب الطبقية التي كانت سائدة آنذاك.

3- المسؤولية الطبية عند قدامى اليونان (الحضارة الإغريقية)

الأكيد أن الحضارة اليونانية تأثرت في وضع قوانينها عموما في مجال الطب خصوصا بالحضارات التي قبلها و نعني بالذكر قدماء المصريين و البابليين و الآشوريين، فقد تحكمت الخرافات و السحر والشعوذة وارتبطت دائما بالأمراض و

[1] راغب السرجاني، قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية، ط 01، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع، القاهرة، 2099، ص 14.

[2] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء، الطبية بين الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، 2011، ص 33.

[3] عيسى إسكندر المعلوف، مرجع سابق، ص 14.

[4] شريعة حمورابي سادس ملوك بابل القديمة، من أقدم الشرائع المكتوبة في التاريخ البشري، وتعود إلى عام 1790 ق.م لتفاصيل أكثر، أنظر، محمد الأمين، ترجمة شريعة حمورابي، ط 01، دار الوراق للنشر، لندن 2007، ص 08-09-10

[5] محمد الأمين، ترجمة شريعة حمو رابي، المرجع السابق، المواد،218-219-220، ص 60.

العلاج بعيدا عن الطب كعلم و ربطت العلاج بالآلهة و في أساطير الإغريق القديمة ارتبط اسم اسكلبيوس بأنه إله الطب[1]، و ظلت الخرافات مسيطرة على في مجال الطب إلى أن جاء زمن أبقراط[2] الذي يعتبر المؤسس الفعلي لعلم الطب، حيث وضع له ضوابط و قوانين و أخلاقيات تحكمه، و حدد حقوق وواجبات كل من الأطباء و المرضى و قام بفصل الدين عن الطب، و أسس عدة نظريات و ألف كتبا مختلفة في مجال الطب كان أهمها كتاب الفصول[3]، الذي تم ترجمته لعدة لغات و لا تزال نظرياته تدرس للطلبة في كليات الطب و التمريض لغاية اليوم، و عرفت المسؤولية الطبية عند اليونان تطورا ملحوظا مقارنة بما سبقهم من حضارات، أين كان يتم مسائلة الطبيب إذا لم يقدم العناية اللازمة لمرضاه، ويمكن القول أن المسؤولية الطبية عند الإغريق تميزت بنوع من المرونة مقارنة بالحضارات التي سبقتهم، كون أن الطبيب كان له جانب من الحرية في تشخيص و معالجة مرضاه وفق ما يراه مناسبا[4]، كما اتخذت موضوع المسؤولية جانبا فلسفيا أين أثارت جدلا بين الفلاسفة و الأطباء خاصة و أن هذه الحضارة تميزت ببروز أقطاب الفلسفة ممن لا تزال نظرياتهم و أفكارهم تدرس لغاية اليوم، ومما ذكر في الكتب أن أفلاطون كتب مدافعا عن الأطباء قائلا "إن الطبيب يجب أن يخلي من كل مسؤولية إذا مات المريض رغم إرادته"[5]

و نشير هنا إلى أن الباحث في موضوع تطور المسؤولية الطبية يجد أن هناك بعض الاختلافات بين المؤرخين في أصل نشأة المسؤولية الطبية و التأسيس لقواعدها فالبعض يرى أن الإغريق هم من أسسوا للطب كعلم و لقواعد المسؤولية و يرى

[1] تقول الأسطورة، أن اسكلبيوس هو إله الطب وهو ابن أبولون، وصوروه أحيانا على شكل رجل أجعد الشعر، متكئ على جذع شجرة قائمة بجانبه، لتفاصيل أكثر، أنظر، إسكندر المعلوف، المرجع السابق، ص19.

[2] أبقراط، أشهر أطباء عصره ولد بجزيرة كوس حوالي سنة 460 ق.م، أول مدون لكتب الطب، مخلص الطب من آثار الفلسفة وظلمات الطقوس السحرية، صاحب فكرة القسم الشهير الذي يقسمه الأطباء قبل مزاولة مهنة الطب، لتفاصيل أكثر أنظر، عيسى إسكندر المعلوف، نفس المرجع، ص 22.

[3] عيسى إسكندر المعلوف، المرجع السابق، ص 25.

[4] أنظر، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 34.

[5] أنظر، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، نفس المرجع. ص 34-35.

البعض الآخر أن الطب أسس له قدماء المصريين و حددوا له ضوابط و قواعد لا يجوز الخروج عنها و تقوم المسؤولية في حق الطبيب إذا خرج عن هذه القواعد، و للإنصاف نرى أنه فعلا كان لقدماء المصريين الفضل في تأسيس قواعد الطب و المسؤولية لكن ظلت الخرافات مسيطرة و كان الطب حكرا على الكهنة و المشعوذين و نفس الشيء سارت عليه بداية الحضارة الإغريقية إلى أن جاء زمن أبقراط الذي كان له الفضل في تحرير الطب من قيود الخرافات و أسس له كعلم واضح و اتضحت معالم المسؤولية في زمن الإغريق بسبب تطرق الفلاسفة بين مؤيد و معارض لقيام مسؤولية الطبيب و كان لهذا الجدل القائم آنذاك الفضل في تأسيس قواعد المسؤولية من جميع جوانبها، و بالتالي مقارنة بقدامى المصريين يعتبر الإغريق هم الذين أسسوا لقواعد المسؤولية كما أنهم أسسوا للطب كعلم بعيدا عن الخرافات[1].

4- المسؤولية الطبية في عهد الرومان:

المعروف تاريخيا أن حضارة الرومان عاشت ثلاث فترات مختلفة من الحكم كانت بدايتها بتأسيس المملكة الرومانية، ثم تلتها مرحلة الحكم الجمهوري بتأسيس الجمهورية الرومانية، وآخر فترة كانت بقيام الإمبراطورية الرومانية، و عرفت الحضارة الرومانية بتخلفها نوعا ما مقارنة بباقي الحضارات خاصة في بداياتها، لكن بتداخل ثقافة الحضارة الإغريقية مع الحضارة الرومانية، عرفت هذه الأخيرة نوعا من التطور و الانفتاح حيث كان لفلاسفة اليونان و علمائها الفضل في تأسيس مختلف العلوم و على رأسها الطب و القانون من خلال نقل و ترجمة الكتب الإغريقية و كان جالينوس[2] أشهر أطباء عصره في تلك الفترة، و هو من أصل يوناني لكنه عايش الحضارة الرومانية، حيث قال فيه ابن خلدون في مقدمته، (... و إمام، هذه الصنعة

[1] جان شارل سورينا، تاريخ الطب، ترجمة، د. ابراهيم البجلاتي، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2002، ص 43-44.

[2] جالينوس، طبيب يوناني ولد في بيرغامون سنة 129م وتوفي سنة 216م، مارس الطب في أنحاء الإمبراطورية الرومانية، وكان كبير الأطباء في عصره، أنظر جورج شحاته قنواتي، تاريخ الصيدلة والعقاقير في العهد الوسيط والعهد القديم، مؤسسة هنداوي للنشر والتوزيع2019 ، ص 103-104.

-يقصد الطب- التي ترجمة كتبه فيها من الأقدمين، جالينوس...)[1]، و هذا لقيمة كتبه و ما كانت تحمله من معلومات ذات أهمية، و كان له دور بارز في المحافظة على التراث الطبي اليوناني و نقله إلى الحضارة الرومانية خاصة أنه قام بجمع كتب و مؤلفات أبقراط و المحافظة عليها[2].

و بسبب هذا التداخل كما ذكرنا شهدت الحضارة الرومانية تطورا في مختلف المجالات بما فيها الطب و القانون، كما أسس الرومان مستشفى عسكري خاص لمعالجة الجنود و ضحايا الحروب[3]، وكان المستشفى عبارة عن مؤسسة كاملة المرافق و تم تسميته بمؤسسة فاليتوديناريا[4]، و شهدت الحضارة الرومانية صرامة في تطبيق القانون بشكل عام خاصة في بداياتها مما انعكس على القوانين المنظمة لمسؤولية الطبيب، و من أهم القوانين التي شهدتها الحضارة الرومانية عبر مختلف مراحلها، هي قانون الألواح الاثني عشر، القانون البريتوري، و قانون كورنيليا[5]، هذا الأخير نجد أنه نص في إحدى مواده على ما يلي (إذا نجم عن دواء أعطى لأجل إنقاذ حياة أو للشفاء من مرض، إن توفى الذي أعطى إليه هذا الدواء ينفي المعطي في جزيرة إذا كان من طبقة راقية، و يعدم إذا كان من طبقة وضيعة)[6]، و عموما عرفت المسؤولية الطبية في هذه الفترة من التاريخ التشديد في أحكامها حيث أن العقوبات كانت تصل إلى درجة الإعدام، و يتضح لنا جليا من خلال نص المادة السابقة حجم

[1] عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، المقدمة الجزء الثاني، الفصل السادس والعشرون، علم الطب، تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار البلخي للنشر، مكتبة الهداية، دمشق، 2004، ص 268.

[2] راغب السرجاني، المرجع السابق، ص 24.

[3]John Kaisermann, De la médecine traditionnelle chinoise à l'époque islamique médiévale, éditeur Cambridge Stanford Books, Traducteur, C.S.B, Equipment, p12, https://books.google.dz/books?id=pCDNDwAAQBAJ

[4] Eugene Hugh Byrne, Medicine in the Roman Army, The Classical Journal, Vol 05, N 06, Avril, 1910, p 270-271, https://archive.org/details/jstor-3286964

[5] لريد محمد أحمد، نظرية ظروف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية جامعة وهران، السنة الجامعية 2008-2009، ص 124-125.

[6] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 35.

القساوة و الطبقية التي كانت تمتاز بها القوانين في العهد الروماني، لكن بتقدم السنين و انفتاح الرومان و تمدنهم خاصة بعد تأسيس الإمبراطورية الرومانية بدأت تشهد القوانين نوعا من المرونة و العقلانية، و نخص بالذكر مجال المسؤولية الطبية وحددت شروط و ضوابط واضحة من أجل مساءلة الطبيب، و تمتع الأطباء بنوع من الحصانة و الحماية القانونية و بالتالي أصبحت مسؤولية الطبيب تقوم في حالة إهماله، أما إذا اجتهد وفق ما له من معارف علمية و طبية دون إهمال أو تقصير منه فلا تقوم في حقه المسؤولية[1].

لم يقتصر تطور قواعد المسؤولية الطبية على هذه العصور فقط حيث نجد أن الكثير من الكتب أشارت إلى غيرها من الحضارات و الشعوب التي عرفت تطورا في مجال الطب و بالتالي تناولت بعض أحكامها قواعدا تؤسس لمسؤولية الطبيب على غرار، الصينيين و الهنود و الفرس و الأتراك و غيرهم من الشعوب القديمة، لكن ارتأينا أن نقتصر على الحضارات المذكورة فقط باعتبارها الأهم و التي عرفت تطورا في مجال المسؤولية الطبية و ما كان سائدا لدى باقي الحضارات، في غالبها لم يخرج عن هذه القواعد حيث نجد أنها عرفت بعض القسوة و التشديد في مسؤولية الطبيب فنجد في الصين مثلا أنهم كانوا يحملون الطبيب المسؤولية الكاملة إذا توفي المريض أثناء العلاج، وكان الطبيب يحكم عليه بالإعدام، كعقوبة أصلية و لأهل المريض المتوفى الحق في الصفح عن الطبيب بإسقاط عقوبة الإعدام و تقديم فدية من مال مقابل ذلك، و يسقط هذا الحق في الصفح إذا كان المريض المتوفي من العائلة الحاكمة، تكون العقوبة بدفن الطبيب المعالج معه حيا في نفس القبر[2]، أما في الهند و بالرغم من أن المعروف هو اعتماد الهنود في حضارتهم بشكل كبير على طقوس السحر و الشعوذة، إلا أن المدون تاريخيا هو أن الطب عرف تطورا كبيرا في بلاد الهند و تفوقوا

[1] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2] خالد علي جابر المري، المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2013، ص 17.

على باقي الحضارات حيث لا تزال الكثير من الوصفات الطبية معمول بها في الهند و غيرها لغاية اليوم نظرا لفعاليتها، و كان لأطباء الهند شهرة في تكوين ترياقات السموم[1]، و لقد امتاز الطبيب بنوع من القداسة في معتقدات الهندوس حيث كان الكاهن هو الطبيب و هذا جعلهم يحضون باحترام و تقدير المجتمع الهندي، مما كان له انعكاسا على أحكام المسؤولية الطبية، فلم تتضمن القوانين الهندية عقوبات قاسية في حق الأطباء مقارنة بما كان سائدا في مجتمعات العصور القديمة و كان يسأل الطبيب في حدود خطأه[2]، أما عند الفرس و في تاريخهم القديم قبل دخولهم ضمن أقاليم الدولة الإسلامية، فمن أهم ما يذكر في ثقافتهم بروز طبقة من المجتمع الفارسي اهتمت بالطب و علومه تسمى بالزرادشتية[3]، و تفرعت هذه الطبقة إلى ثلاث فئات، فئة تعالج بالأدعية و الصلاة و فئة تعالج بالأغذية و العقاقير، و فئة تستعمل الأدوات الدقيقة في العمليات الجراحية[4]، و كانت القوانين في بلاد الفرس تنص على امتحان الطبيب قبل أن يرخص له بامتهان الطب، كما نصت قوانينهم على عقاب الطبيب الذي يخطئ في مزاولة مهنته[5].

الشيء الملاحظ أن أغلب التشريعات القديمة أقرت بمسؤولية الطبيب وهذه المسؤولية عرفت نوعا من القسوة وكانت أغلب أحكامها تصب في إطار المسؤولية الجزائية بحيث جاءت على شكل عقوبات قاسية ومتخذة نوعا من العنصرية والتشديد، ولم يكن للمسؤولية المدنية وجود بالرغم من أنه قد يتضح لدينا أن بعض

[1] ول وايرل ديورانت، ترجمة، د. زكي نجيب محمود، قصة الحضارة، الهند وجيرانها، المجلد الأول، الجزء الثالث، المنظمة العربية للتربية والثقافة، 2013، ص 243-244.

[2] خالد علي جابر المري، نفس المرجع، ص 18.

[3] سميت بالزرادشتية نسبة إلى مؤسسها زرادشت الذي امتاز بالحكمة والفلسفة، وتعتبر من أقدم الديانات المجوسية ويذكر أن هذه الديانة لا تزال تمارس طقوسها في عصرنا الحالي، لتفاصيل أكثر، أنظر، د. الشفيع ماحي أحمد، زرادشت والزرادشتية، حوليات الآداب والعلوم الاجتماعية، الحولية 21، الرسالة 160، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2001.

[4] رحاب خضر عكاوي، الموجز في تاريخ الطب عند العرب، دار المناهل للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص 44.

[5] محمد كامل حسين، تاريخ الطب والصيدلة عند العرب، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون سنة نشر، ص 301

التشريعات جسدت لفكرة التعويض ولكن هذا التعويض لم يكن مدنيا بل كان له طابعا جزائيا متخذا شكل الغرامة والعقاب.

ثانيا: المسؤولية الطبية في العصور الوسطى

العصور الوسطى أو العصور المظلمة لأوروبا كما يصفها المؤرخون، هي تلك الحقبة الزمنية التي تلت سقوط الإمبراطورية الرومانية و امتدت إلى عصر النهضة الأوروبية، و بالرغم من الاختلاف حول تحديد التاريخ الحقيقي لسقوط روما و بداية التاريخ الفعلي للعصور الوسطى إلا أنه يحدد زمنها تاريخيا من القرن الخامس إلى القرن الخامس عشر ميلادي، و ما يميز هاته الحقبة الزمنية تاريخيا هو تقهقر العلم و انتشار الجهل بسبب الحروب الكثيرة التي كانت سائدة آنذاك، و يؤكد المؤرخون أن العلوم عرفت تراجعا خلال هذه المرحلة من التاريخ خصوصا في بداياتها، حيث سيطرت الخرافات على المجتمع، و ساد نوع من الركود في جميع المجالات[1]، و استمر هذا الوضع تقريبا إلى غاية القرن العاشر، و بسط رجال الكنيسة سيطرتهم على كل المجالات و فرضوا أفكارهم و قوانينهم على المجتمع و بالنتيجة كان القانون الكنسي هو المطبق و أنشأت المحاكم الكنسية لهذا الغرض[2]، و عرفت أحكام المسؤولية نوعا من الظلم و القسوة و مما يذكر في الكتب أن ملك بوهيميا يوحنا أمر بوضع طبيب في كيس و ألقاه في أحد الأنهار بسبب أنه فشل في علاجه[3]، لكن الفترة الأخيرة من العصور الوسطى عرفت نوعا من الحركية و التحسن في بعض المجالات و فقد رجال الكنيسة سيطرتهم و نفوذهم نوعا ما، و انقسم القانون الوضعي إلى شقين مدني و كنسي كما تم إعادة تفعيل القانون المدني الروماني للإمبراطور جنستنيان[4]، و هذا ما

[1] موريس بيشوب، ترجمة على السيد علي، تاريخ أوروبا في العصور الوسطى، ط 01، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة – مصر، 2005، ص 274.

[2] موريس بيشوب، نفس المرجع، ص 292.

[3] موريس بيشوب، نفس المرجع، ص 267.

[4] موريس بيشوب، نفس المرجع، ص 292.

كان له انعكاسا مباشرا على أحكام المسؤولية الطبية، و أصبح الطبيب يسأل في حدود مهنته و العقوبة تكون في حدود الضرر و جسامته.

أما في العهد الصليبي عرفت المحاكم تشديدا في أحكام المسؤولية التي تميزت بطابع عقابي قاسي جدا يصل إلى حد إعدام الطبيب شنقا في الكثير من الحالات، و ظل الوضع على ما هو عليه إلى الحد الذي جعل الناس تنفر من تعلم الطب و ممارسته و اتجه الأطباء إلى احتراف مهن أخرى أما الأطباء الممارسون فكانوا يشترطون إعفاءهم من المسؤولية قبل الإقدام على أي عمل طبي[1]، و اعتبر المؤرخون هذه الفترة هي آخر مراحل العصور الوسطى لتدخل بعد ذلك أوروبا عصرا جديدا و هو عصر النهضة الأوروبية، و نشير هنا إلى أنه في الفترة التي كانت أوروبا تعيش عصورها المظلمة شهدت الحضارة الإسلامية أوج عطائها، و يذكر المؤرخون أن الفضل في نهضة أوروبا و خروجها من الظلام الذي كانت تعيشه يرجع لعلماء المسلمين، كما يذكر أن اللغة العربية كانت لغة العالم خلال الفترة ما بين القرن الثامن إلى القرن الثاني عشر[2]، و كانت هذه المرحلة هي نقطة الفصل بين العصور الوسطى و الدخول في العصر الحديث، حيث بدأ الأوروبيين بالاهتمام بعلوم المسلمين للتأسيس لحضارتهم و قاموا بترجمة كتب أبرز علماء الإسلام كابن النفيس و أبو بكر الرازي و الكندي و ابن سينا و غيرهم[3]، و لعل من أبرز الكتب التي تم ترجمتها آنذاك و التي استلهم منها الأوروبيون التأسيس لقواعد الطب و المسؤولية الطبية كتاب الطب و القانون لابن سينا[4].

[1] حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، ص 29.

[2] إسحق عبيد، عصر النهضة الأوروبية، موسوعة الثقافة التاريخية والأثرية والحضارية، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، 2006، ص 09-11.

[3] غوستاف لوبون، ترجمة عادل زعيتر، حضارة العرب، الناشر وكالة الصحافة العربية، الجيزة – جمهورية مصر العربية، 2018، ص 849.

[4] إسحق عبيد، المرجع السابق، ص11.

ثالثا: المسؤولية الطبية في العصر الحديث

عرف العصر الحديث تقدما وتطورا في شتى المجالات، وأنتج لنا هذا العصر اكتشافات واختراعات في غاية في الإبداع سواء في المجال الطبي أو غيره من المجالات الأخرى، وهذا أدى بالضرورة إلى تغير الفلسفة القانونية بشكل عام، ما كان له انعكاسا على مجال الطب ومسؤولية الطبيب، الأمر الذي دفع بفقهاء وعلماء القانون إلى إعادة بعث النقاش حول البحث عن التكييف القانوني الخاص بالمسؤولية الطبية وإيجاد الصيغة القانونية المناسبة التي تنظم العلاقة بين الطبيب والمريض وتكفل حقوق الطرفين على حد سواء.

لا شك أن تشريع نابليون[1]، يعد من أهم التشريعات التي أحدثت ثورة في الفكر القانوني بشكل عام و جاء بفلسفة قانونية جديدة واضحة تكفل حقوق الأفراد و تحدد واجباتهم و مسؤولياتهم و تنظم العلاقات القانونية التي تربطهم، و يذكر الكثير من المؤرخين أن نابليون تأثر بالحضارة الإسلامية، و أعجب بالفكر الإسلامي و بحث فيه أثناء تواجده في مصر و عند مغادرته لها أخذ معه مجموعة من الكتب الفقهية خاصة ما تعلق منها بالفقه المالكي[2]، كما أثبتت بعض الدراسات المقارنة أن أغلب نصوص القانون المدني الفرنسي مأخوذة من فقه الإمام مالك[3]، في حين ترى دراسات أخرى أن هذا القانون هو مزيج من القانون الروماني القديم و مبادئ الثورة

---

[1] قانون نابليون، Napoleonic code هي تسمية تطلق على القانون المدني الفرنسي، والذي بدأ العمل به بصفة رسمية في سنة 1804م، وذلك بعد أن قام نابليون سنة 1800م، بتكليف مجموعة من رجال القانون بجمع وصياغة كل القوانين المدنية الفرنسية في مجموعة واحدة من القوانين، حيث أشرف هو شخصيا على هذه العملية.

[2] ذكر الدكتور عجيل النشمي، رئيس رابطة علماء الشريعة لدول مجلس التعاون الخليجي، في حوار صحفي مع جريدة الأنباء الكويتية بتاريخ 2013/05/10، أن المؤرخ الفرنسي ساديو أكد أن قانون نابليون مأخوذ من كتاب شرح الدرير على متن خليل، وهو كتاب خاص بالفقه المالكي، https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/islamic-faith/380584/10-05-2013 تاريخ الاطلاع 2021/07/09.

[3] سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، ط 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2001، ص 62.

الفرنسية[1]، و ظل هذا القانون معمول به دون تغييرات باستثناء بعض التعديلات البسيطة، و ذلك إلى غاية تعديل 2016[2]و من ثم تعديل 2018 حيث أجرى المشرع الفرنسي تغييرات جوهرية خاصة فيما يتعلق بأركان العقد و بالخصوص في الاتجاه نحو إلغاء السبب كركن من أركان العقد، و كذلك الاتجاه إلى النص على إمكانية فسخ العقود المحددة المدة عن طريق الإرادة المنفردة[3]، و بخصوص تطور المسؤولية الطبية في التشريع الفرنسي يعتبر قانون 19 فنتوز الصادر في 10 مارس 1802[4] هو أول قانون منظم لمهنة الطب، حيث فصل هذا القانون بين مهنة الطب و مهنة الصيدلة، و الذي ظل معمولا به إلى غاية صدور قانون جديد منظم للمهن الطبية سنة 1892 ليتم تعديله سنة 1945، ثم تعديل سنة 2000، ليصدر المشرع الفرنسي قانون خاص بتنظيم المسؤولية الطبية في 4 مارس 2002 و يعتبر هذا القانون هو الأهم، لأن الملاحظ في القوانين السابقة و بالرغم من محاولتها إيجاد تكييف خاص بالمسؤولية الطبية إلا أنه غلب عليها الطابع الجزائي بداية، ليستقر بعد ذلك المشرع الفرنسي إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية، و هذا بعد ضغط فقهاء القانون و مطالبتهم بفصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية، ثم أقر القضاء الفرنسي بالمسؤولية العقدية للطبيب بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 05/20/ 1936[5]، و ظلت مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذا

[1] Leclair, Jean, Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction, Revue juridique Thémis, vol, 36, Université de Montréal. Faculté de droit, 2002, p 06,20, disponible à : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num1/leclair.pdf

[2] Jan M. Smits, Caroline Calomme, The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits, Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2016, v 16, Issue number 06, p, 1040-1050, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845796

[3] رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإصدار 02، العدد 04، سنة 2020.

[4] العمري صالحة، الحماية القانونية من مخاطر النشاط الطبي والصيدلي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2017/2016، ص 61.

[5] Daniel Bert, Feu l'arrêt Mercier, Recueil Dalloz 2010 p. 1801, pub, https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE_2012/D2010-1801.pdf

إلى غاية صدور القانون رقم 303-2002 الصادر في 2002/03/04[1]، أين حاول المشرع الفرنسي فصل المسؤولية الطبية عن القواعد العامة المنظمة للمسؤولية ونظمها في إطار قانون خاص بالصحة يوضح حقوق وواجبات الأطباء و المرضى و يحد مسؤولياتهم، و نشير هنا إلى أن القضاء دائما ما كان يتجه إلى اعتبار مسؤولية الطبيب هي مسؤولية ذات طابع خاص و هذا بالرغم من إخضاعها إلى النصوص القانونية العامة المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية، كما نجد من التشريعات من اتجهت إلى تنظيم هذه المسؤولية و قيامها على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، و نجد منها من اتجهت إلى النص على قيام مسؤولية الطبيب على أساس الضرر، و بالتالي أصبحت الكثير من الدراسات و البحوث القانونية تطرح فكرة التوجه نحو قيام المسؤولية الطبية على أساس موضوعي كون أن الفعل الذي يحدث ضررا هو الذي يستوجب التعويض.

بهذا نكون قد حاولنا الوقوف على أهم الفترات التاريخية التي عرفت أنظمتها القانونية تطورا في أحكام وقواعد المسؤولية الطبية، وذلك بداية من الحضارات القديمة وصولا إلى العصر الحديث وما أحدثته مبادئ الثورة الفرنسية من تغيير في الفكر القانوني الذي جاء به قانون نابليون والذي يعتبر مصدرا للكثير من القوانين بما فيها القانون الجزائري والمصري وغيرهم، وسنواصل في هذا المطلب التطرق إلى المسؤولية الطبية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية وتطورها في القانون الجزائري من خلال الفرع الموالي.

[1] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p.4118-4159.

الفرع الثاني

المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

تعتبر الشريعة الإسلامية من أهم مصادر التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية التي تحاول دائما في تأسيس قوانينها عدم الخروج عن النصوص الشرعية، الأمر الذي نجد له انعكاسا مباشرا على مختلف القواعد القانونية بما فيها تلك المتعلقة بالمسؤولية، وسنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى تطور المسؤولية الطبيب في الشريعة الإسلامية أولا ثم تطورها في القانون الجزائري ثانيا.

أولا: تطور المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية

لدراسة تطور المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية لابد من التعريج أولا على حال العرب مع الطب ومسؤولية الطبيب قبل ظهور الإسلام، وبعد ذلك نتطرق إلى توضيح موقف الشريعة الإسلامية من المسؤولية الطبية.

1- المسؤولية الطبية عند العرب قبل الإسلام:

كثيرا ما تطلق تسمية زمن الجاهلية على الفترة التي عاشها العرب قبل الإسلام، و قد يتبادر للبعض من الاسم أن الجاهلية مرتبطة بالجهل الذي هو ضد العلم و هذا المفهوم خاطئ و لا ينطبق تماما على التسمية، كون أن الجاهلية المقصودة هي جاهلية التعصب و القبلية التي كانت سائدة آنذاك[1]، لأن العرب عرفوا مختلف العلوم بما فيها الطب و الصيدلة كغيرهم من الحضارات القديمة كما أنهم عرفوا علم الفراسة و التنجيم و السحر الذي ارتبط ارتباطا مباشرا بالطب كون أن معتقداتهم لم تخرج عن معتقدات سابقيهم من الحضارات القديمة مثل ما كان الحال عليه لدى الإغريق و اليونان و غيرهم، و بذلك كان الأطباء هم العرافون و المنجمون، لكن بمرور الزمن ظهر لدى العرب حكماء و أطباء يعالجون عن طريق الحكمة باستعمال

[1] رحاب خضر عكاوي، الموجز في تاريخ الطب عند العرب، دار المناهل للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 200، ص 64

بعض الأعشاب و الزيوت و العسل و الاعتماد على بعض الوصفات و التقنيات المتوارثة مثل الكي و الحجامة، كما أنهم كانوا يقومون بتقديم النصائح و الارشادات فيما يخص اتباع عادات معينة خاصة بالأكل و الشرب و النوم و غيرها من السلوكيات اليومية التي يقوم بها الإنسان للمحافظة على صحته و الشفاء بسرعة من بعض الأمراض، ليحل بذلك الحكيم مكان الساحر و المنجم في علاج الأمراض و ظهر لدى العرب حكماء و أطباء كثر لعل أبرزهم الحارث بن كلدة الثقفي و زهير بن جناب[1]، و أصبح الطبيب عند العرب يحظى بمكانة مرموقة في المجتمع، و بالنسبة لمسؤولية الطبيب عند العرب قبل الإسلام لم تتطرق إليها الدراسات كثيرا، و لكن ما يمكن استنتاجه قياسا على النظام الاجتماعي الذي كان سائدا عند العرب فالمعروف أنهم كانوا يعيشون في مجتمع قبلي و كان لكل قبيلة أعراف و تقاليد تحكمها و كان نظام المسؤولية عند العرب آنذاك يقوم على مبدأ المسؤولية الجماعية أي أن القبيلة تكون مسؤولة عن أخطاء المنتمين إليها و هذا ما ينطبق على الطبيب بصفته فردا من القبيلة، و كانت المنازعات تعرض على شيخ القبيلة باعتباره السلطة المخول لها الفصل في النزاعات و كما ذكرنا أن الطبيب كان يحظى بمكانة خاصة في قومه و بذلك كان يحظى بالحماية المجتمعية القبلية.

2- المسؤولية الطبية بعد الإسلام:

كما ذكرنا أن العرب قبل الإسلام كانوا قوم جاهلية و كان المجتمع مشكل من مجموعة قبائل حيث تنفرد كل قبيلة بنظامها و قوانينها، لكن بعد مجيء الإسلام تغيرت الصورة في شبه الجزيرة العربية عموما واجتمعت كل القبائل تحت لواء واحد، و بالتالي أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية هي النظام و التشريع المعمول به، و المعروف أن الإسلام حارب الدجل و السحر و الشعوذة و جعل من الطب علما

[1] يذكر أن زهير بن جناب كان سيد قومه، وشريفهم، وخطيبهم، وشاعرهم، ووافدهم الى الملوك، وطبيبهم وكان فارس قومه، أما الحارث بن كلدة، يذكر البعض أنه أدرك الإسلام وأسلم قبل وفاته، وتذكر بعض الروايات الأخرى أنه توفي في اول الاسلام، ولم يصح اسلامه، لتفاصيل أكثر أنظر، جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج08، ط02، تم نشره بمساعدة جامعة بغداد 1993، الصفحات 381، 382، 383.

قائما بذاته بعيدا عن الخرافات و المعتقدات التي كانت سائدة من قبل، و لا شك أن تطور الدولة الإسلامية و توسعها كان له أثر في تطور مختلف العلوم بما فيها الطب الذي عرف تطورا كبيرا، كما أن المسلمون هم الذين ابتكروا فكرة تأسيس المستشفيات و تم تأسيس أول مستشفى في عهد الدولة الأموية حيث "يعتبر الوليد بن عبد الملك أول من بنى المستشفيات في الإسلام و كان ذلك سنة 88 هـ"[1]، أما في عهد الخلافة العباسية فقد شهدت الدولة الإسلامية فترة من أهم الفترات في تاريخها حتى أنها وصفت بالعصر الذهبي و هذا لغزارة العلم و العلماء آنذاك و يذكر أن الخليفة العباسي هارون الرشيد قام بتشييد أول مستشفى بمواصفات عالية سواء من حيث الجانب المعماري أو الخدمات الطبية التي كان يقدمها، و كان ذلك أواخر القرن الثاني الهجري[2].

إن التطور الكبير الذي عرفه مجال الطب دفع بفقهاء الشريعة إلى تأسيس قواعد لهته المهنة و تحديد حقوق وواجبات كل من الطبيب و المريض، و بالتالي استنبط الفقهاء قياسا على أحكام القرءان و السنة النبوية الخاصة بالمسؤولية بشكل عام قواعد لتنظيم مهنة الطب و مسؤولية الطبيب، وعرف الفقه الإسلامي مصطلح الضمان كمرادف بدلا للمسؤولية التي تعتبر حديثة النشأة من حيث المصطلح، كما أن الشريعة الإسلامية تلزم الطبيب بدراسة و تعلم الطب و التمكن من قواعده قبل مزاولته كمهنة، كون أن عقوبته الشرعية عن الخطأ المرتكب بوصفه طبيبا جاهلا أشد من العقوبة المترتبة عن خطأ الطبيب العارف بأصول مهنته، و نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الأطباء إلى قسمين طبيب حاذق وطبيب جاهل[3]، و الملاحظ أن الشريعة الإسلامية شددت في مسؤولية الطبيب الجاهل على عكس الطبيب الحاذق

[1] رحاب خضر عكاوي، المرجع السابق، ص 161.

[2] رحاب خضر عكاوي، نفس المرجع، ص 237.

[3] منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، الصفحات 15-18.

أين نجد نوع من التضييق في المسؤولية المترتبة عليه، فالطبيب الحاذق لا يسأل عن الضرر الذي سببه للمريض، طالما أن المريض سمح له بعلاجه ولم يرتكب الطبيب أي خطأ و لم يصدر منه أي تقصير أو إخلال بواجبه المهني بصفته طبيبا، و كان حدوث الضرر أمر خارج عن إرادة الطبيب[1]، و من خلال استقراء نصوص و أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها حددت مسؤولية الطبيب بوضوح و من جملة الأحاديث النبوية الشريفة في هذا المجال فقد روي أن النبي عليه الصلاة و السلام قال" **من تطبب و لا يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن**" ، و يروى عنه صلى الله عليه و سلم أنه قال كذلك " **أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن**"[2]، و على العموم فإن الشريعة الإسلامية حددت معنى المسؤولية الطبية تحت مفهوم نظرية الضمان[3] و هذا واضح من خلال الحديثين المذكورين، و كان لفقهاء الشريعة السبق في تحديد أنواع المسؤولية و أقسامها مع التفصيل في قواعدها بشكل يكفل حماية الطبيب من جهة ويحفظ حقوق المريض من جهة أخرى.

ثانيا: تطور المسؤولية الطبية في القانون الجزائري

تطور المسؤولية الطبية في القانون الجزائري في شقها المدني و الجزائي، مرت بعدة مراحل سواء من خلال تطرق المشرع إليها في الأحكام القانونية العامة أو من خلال التطرق إليها وفق القوانين الخاصة المتعلقة بالصحة و لا شك أن الكثير من الباحثين يقسم في هذا تطور التشريع الجزائري إلى مرحلتين، الأولى فترة ما قبل الاستقلال و الثانية فترة ما بعد الاستقلال إلا أننا سنركز عن الفترة الثانية أي ما بعد

[1] عبد الناصر كعدان، المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، مجلة الصراط للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، كلية العلوم الإسلامي، جامعة الجزائر 01، السنة الرابعة عشر، ع 24، صفر 1433هـ، جانفي 2012، ص 179-180.

[2] الحديث رقم 4586 والحديث رقم 4587، من كتاب سنن أبي داوود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ج 03، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 199.

[3] لتفاصيل أكثر حول فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية، أنظر، د، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، ط 09، دار الفكر – دمشق، 1433هـ/2012م.

الاستقلال باعتبار أن فترة ما قبل الاستقلال هي فترة استعمارية لا يمكن تصنيفها من ضمن مراحل تطور القانون الجزائري، لأنها عرفت تطبيق أحكام القانون الفرنسي بل أكثر من ذلك فحتى القانون الفرنسي لم يكن مطبقا كما هو بل وضعت قوانين خاصة مجحفة في حق الجزائريين و عرفت نوعا من التفرقة و الظلم بين كل ما هو جزائري و ما هو فرنسي، إلا أنه و كلمحة مختصرة عن هذه المرحلة نشير بداية إلى أنه عرفت فترة ما قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية و هذا خلال فترة الحكم العثماني، أما بعد الاحتلال الفرنسي للجزائر فكان في البداية القانون الفرنسي هو المطبق في النزاعات ما بين الفرنسيين الموجودين داخل التراب الجزائري أو في النزاعات التي يكون أحد أطرافها مستوطنا فرنسيا و الآخر جزائريا، أما بخصوص ما يكون من نزاعات بين أطراف جزائريين فكانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وفق فقه المذهب المالكي، و هو الذي كان سائدا قبل الاحتلال الفرنسي[1]، و ظل الحال على ما هو عليه لمدة قاربت العشر سنوات، حتى صدور الأمر المؤرخ في 1841/02/18، الذي بدأ تطبيقه في 1842/09/26 و دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1843/01/01 الذي تضمن تنظيما قضائيا جديدا، أين تم انتزاع السلطة القضائية من القضاة الجزائريين المسلمين، و بذلك أنهت فرنسا نظام القضاء الشرعي المؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية بين الجزائريين[2]، بل أكثر من ذلك تم سن نصوص قانونية قاسية في حق كل ما هو جزائري، خاصة فيما تعلق بالأفعال المعادية لوجود فرنسا، و ظل الحال على ما هو عليه إلى غاية نوفمبر 1944 أين تم تعديل القوانين، وفق مبدأ المساواة بين الجزائريين و الفرنسيين أمام النصوص القانونية، و إعادة نظام القضاء الشرعي وفق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص القضايا المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية خاصة مسائل الزواج و الطلاق و الميراث و غيرها، و هذا إلى غاية اندلاع الثورة التحريرية سنة 1954 أين أعاد النظام الفرنسي

[1] عبد الله إسماعيل، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص 51.

[2] عبد الله إسماعيل، نفس المرجع، ص 52.

تعديل القوانين و اعتبر الثورة تمردا على الدولة الفرنسية ولم يكن للقانون وجود أصلا حيث انتهكت الحريات في هذه الفترة انتهاكا فضيعا[1]، و التاريخ لا يزال شاهدا على هذا، و ظل الحال على ما هو عليه إلى غاية استقلال الجزائر سنة 1962 أين أصبحت دولة حرة ذات سيادة وطنية و باشرت في تأسيس نظامها القانوني تدريجيا، و سنتطرق فيما يلي إلى تطور نظام المسؤولية الطبية في القانون الجزائري.

1- المسؤولية الطبية في القانون المدني وقانون العقوبات:

قبل التطرق إلى تنظيم مسؤولية الطبيب وفق القانون المدني الجزائري وقانون العقوبات نشير إلى أنه وبعد استقلال الجزائر ظلت القوانين الفرنسية سارية المفعول ما عدا تلك التي تتعارض مع السيادة الوطنية وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا بموجب الأمر رقم 62-157[2]، المؤرخ في 1962/12/31، إلى حين صدور القوانين الجزائرية.

أ- مسؤولية الطبيب في القانون المدني الجزائري: صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، وضع لنا هذا القانون الإطار العام المنظم لقواعد المسؤولية المدنية، حيث تعتبر المسؤولية الطبية صورة من صور المسؤولية المدنية، و سار المشرع الجزائري على نهج المشرع الفرنسي في تأسيس أحكام المسؤولية المدنية بوصفها مسؤولية تقصيرية أساسا و عقدية استثناءا و باستقراء نصوص القانون المدني خاصة المواد من 124 إلى 140 فإن المسؤولية المدنية تتخذ في الأساس صورتين حيث يندرج تحت كل صورة حالات مختلفة.

- الصورة الأولي: المسؤولية عن الفعل الشخصي
- الصورة الثانية: المسؤولية عن فعل الغير

[1] عبد الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 53-54.

[2] Loi n°62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre, 1962, J.O.R.A, 11/01/1963, p, 18, https://www.joradp.dz/jo6283/1963/002/FP18.pdf

ب- مسؤولية الطبيب في قانون العقوبات الجزائري: صدر قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، وعرف عدة تعديلات كان أولها تعديل 1969 بموجب الأمر رقم 69-74 المؤرخ في 1969/09/16[1] وآخر تعديل كان بموجب الأمر رقم 20-01 المؤرخ في 30 يوليو سنة 2020[2] وذلك بإضافة قسم أول مكرر بعنوان " الإهانة والتعدي على المؤسسات الصحية ومستخدميها ".

تقوم مسؤولية الطبيب بموجب هذا القانون في حالة ارتكابه لفعل جرمي أو الامتناع عن فعل يدخل في دائرة الجرائم المعاقب عليها بنص هذا القانون، سواء كان الفعل المرتكب متعمدا أو غير متعمد فهو يخضع للأحكام العامة لقواعد المسؤولية بصفته فردا في المجتمع كما قد يستفيد من ظروف التخفيف أو التشديد على حسب الجرم المرتكب و النتيجة المحققة في بعض الجرائم الغير العمدية بوصفه طبيبا، في المقابل نجد أن التشريع و القضاء يتشدد في مسؤولية الطبيب في الجرائم العمدية التي يرتكبها أثناء ممارسة المهنة أو بمناسبتها، حيث سبق و أن وضحنا هذه النقطة من خلال تطرقنا إلى أنواع المسؤولية.

2- المسؤولية الطبية في القوانين المتعلقة بالصحة:

حاول المشرع الجزائري تنظيم الأحكام المتعلقة بالطب و المسؤولية الطبية بنصوص قانونية خاصة و لم يكتفي بإخضاعها للنصوص القانونية العامة و صدر أول قانون منظم لمهنة الطب بموجب الأمر رقم 65-66 المؤرخ في 1966/6/04 أين تم اعتبار الأطباء من ضمن فئة الموظفين و هذا أمر منطقي لطبيعة نظام الحكم في الجزائر في تلك الفترة أين كانت تنتهج الدولة نظاما اشتراكيا و بالتالي لا مجال للحديث عن

[1] أنظر، الأمر رقم 69-74، المؤرخ في 16 سبتمبر 1969، ج.ر عدد 80، الصادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1969، يتضمن تتميم وتعديل الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

[2] أنظر، الأمر، رقم 20-01 مؤرخ في 09 ذي الحجة 1441 لموافق لـ 30 يوليو 2020 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، ج.ر.ج.ج، عدد 44 صادر في 30 يوليو سنة 2020.

الطب كمهنة خاصة و هذا بالرغم من إمكانية وجود قلة من الأطباء الخواص إلا أن الغالب هو أن الطبيب كان يمارس مهامه في المؤسسات الاستشفائية و بالتالي يسأل في إطار القوانين المنظمة للوظيفة العامة و اللوائح و الأنظمة الداخلية للمستشفى، ليصدر بعد ذلك الأمر رقم 73-65 المؤرخ في 1973/12/28 الذي تضمن تأسيس مجانية الطب و العلاج في المؤسسات الصحية و هذا دائما تحت شعار فكرة العدالة الاجتماعية و المساواة[1] باعتبارها مبدأ من مبادئ الاشتراكية، ليصدر بعد ذلك المشرع الجزائري الأمر 76-12 المؤرخ في 1976/02/20 الذي تضمن إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية في نفس السنة أصدر المشرع الأمر رقم 67-79 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية و الذي يمكن اعتباره أول قانون فعلي للصحة مقارنة بالقوانين السابقة و مرجع للقوانين التي جاءت فيما بعده، حيث قام بوضع المعالم الأساسية لتنظيم الصحة و الحق في الرعاية الصحية و حدد حقوق وواجبات الأطباء و المرضى، و شروط و كيفيات ممارسة مهنة الطب و الجزاءات المترتبة في حالة مخالفتها، ليصدر بعد ذلك المرسوم رقم 82-491 المؤرخ في 1982/12/18 و الذي تضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان[2] و هذا إلى غاية صدور القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها[3] و الذي وردت عليه تعديلات كثيرة منذ صدوره، كان آخرها التعديل رقم 08-13 المؤرخ 20 يوليو سنة 2008[4]، و يعتبر القانون 85-05 الأحسن من بين جميع القوانين السابقة له لأنه تطرق لأهم المسائل القانونية المتعلقة بمهنة الطب و التي كانت تشغل الباحثين و

[1] قندوز محمد، تطور قانون الصحة في الجزائر في إطار إصلاح المنظومة الصحية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، ع 03، 2018، ص 171.

[2] قندوز محمد، نفس المرجع، ص 172.

[3] أنظر القانون 85-05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى، عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، ع 08، الصادر بتاريخ 17 فيفري سنة 1985..

[4] أنظر القانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05، ج.ر.ج.ج، ع 44، الصادر بتاريخ 03 أوت سنة 2008.

المهتمين بهذا المجال أين ساد نوع من الاستقرار القانوني إلى غاية صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 29 يوليو 2018[1] و الذي نعتبره قفزة نوعية و مهمة في مجال الصحة و الإشكالات القانونية المتعلقة بها خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة، كما أن المشرع قام بإعادة ضبط و توضيح الكثير من المفاهيم التي لم يتطرق إليها القانون السابق خاصة فيما يتعلق بمسألة الإجهاض لأسباب طبية أو الإيقاف العلاجي للحمل و كذلك استعمال التقنيات الحديثة في التدخلات الطبية و العلاجية، كتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، و نقل و زرع الأعضاء، و التجارب العيادية و العلاج عن طريق الخلايا الجذعية، كما تطرق المشرع إلى توضيح الضوابط الأخلاقية و البيو أخلاقية المتعلقة بهذه التقنيات و حدد الجزاءات المترتبة عن مخالفتها، و بذلك يكون المشرع الجزائري بإصداره لهذا القانون، أحدث ثورة قانونية أدت بالباحثين في هذا المجال إلى إعادة بعث النقاش القانوني و الشرعي حول الكثير من المسائل المتعلقة بالطب و تطوراته وبذلك نقول أن قانون الصحة رقم 18-11 هو الأحسن مقارنة بالقوانين السابقة المتعلقة بالصحة، و يعتبر الأحسن كذلك حتى إذا ما وضعناه مع بعض القوانين المقارنة حاليا خاصة منها العربية بالرغم من وجود بعض النقائص التي لا يزال يثيرها الكثير من الباحثين في هذا المجال و التي يمكن التطرق إليها في دراسات أخرى.

المبحث الثاني

ماهية التلقيح الاصطناعي ومراحل تطوره

سنتطرق في هذا المبحث إلى ماهية التلقيح الاصطناعي ومراحل تطوره، وذلك بتحديد مفهوم التلقيح الاصطناعي وتميزه عن العمليات المشابهة له من خلال المطلب

[1] القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، 2018، المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت سنة 2020، ج.ر.ج.ج، ع 50 الصادر بتاريخ 30 أوت سنة 2020.

الاول، أما المطلب الثاني فسنعالج من خلاله نشأة وتطور التلقيح الاصطناعي والتشريعات المصاحبة له.

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي وتميزه عن الأعمال الطبية المشابهة له

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي من خلال الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنوضح الفرق بين التلقيح الاصطناعي والعمليات المشابهة له.

الفرع الأول

تحديد معنى التلقيح الاصطناعي

أولا: التعريف اللغوي

1- التلقيح: لغة مصدره (لقح)، ويدل على إحبال الذكر لأنثى، واللقاح لغة هو ماء الفحل من الإبل والخيل، ويستعار لغيرهما، ويقال لقحت الناقة أي حملت وقبلت اللقاح، ويقال لقح وألقح النخلة أي عالجها باللقاح، أما اللواقح فهي الرياح التي تحمل السحاب، والملاقيح مفردها ملقوحة تعني النوق التي في بطونها الأجنة[1]، والملاقيح بفتح الميم، مفردها ملقوح، وأصلها ما حدث من اللقاح، بمعنى ما في رحم الأنثى من الحمل[2].

2- الاصطناعي: مشتق من اصطنع بمعنى اختار، ونقول اصطنع خاتما أي طلب أو أمر أن يصنع له خاتم، واستصنع الشيء أي طلب أن يصنع له[3]، وقد

[1] الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد 05، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان، 1960، ص 197-198.

[2] محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص 427.

[3] الشيخ أحمد رضا، نفس المرجع، ص 501.

يكون الاصطناع من الصناعة وجمعها صنائع وصناعات بمعنى المزاولة اليدوية لإيجاد الأشياء، وقد تأتي في معنى استصناع أي طلب صنع الشيء[1].

3- التلقيح الاصطناعي: بناءا على ما سبق وبجمع المصطلحين لغويا يتضح أن المعنى اللغوي للتلقيح الاصطناعي مأخوذ من اللقاح الذي نعني به ماء الذكر بشكل عام من الإنسان أو الحيوان، كما يقصد به إحبال الأنثى، وكذلك نعني به ما في البطون من الأجنة بشكل عام وهذا المعنى ينطبق بالأساس على التلقيح الطبيعي وبإضافة مصطلح اصطناعي إلى كلمة تلقيح يمكن إسقاط نفس المعنى وهو إحبال المرأة بطريقة اصطناعية.

والملاحظ أن بعض الدراسات تستعمل مصطلح التلقيح الصناعي بدلا من الاصطناعي وكثيرا ما يحدث الخلاف في أي المصطلحين أدق لوصف عملية التلقيح ونحن نرى أن كلا المصطلحين يؤديان نفس المعنى وإن كان مصلح التلقيح الصناعي لغويا يبدو أنه الأدق لكن من الناحية العملية والطبية فان مصطلح الاصطناعي يكون هو الأكثر دقة والأكثر استعمالا وتداولا، كما نجد من يشير إليه بمصطلحات أخرى منها الإخصاب الصناعي أو الإمناء الاصطناعي، وكلها مصطلحات تصب في نفس المعنى.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

يقتضي منا تعريف التلقيح الاصطناعي من الناحية الاصطلاحية، التطرق إلى تعريفاته في كل من الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني وكذلك الاصطلاح العلمي والطبي.

[1] محمد رواس قلعجي، نفس المرجع، ص 248، ص 41.

1- في الاصطلاح الفقهي:

تتعد التعريفات الفقهية للتلقيح الاصطناعي و لا شك أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا سباقين في تعريف التلقيح الاصطناعي و تحديد ضوابطه مقارنة بفقهاء القانون، كون أن مسألة التلقيح الاصطناعي و بالرغم من أن الكثير يصنفها ضمن ما يصطلح عليه بالنوازل الفقهية لكن من خلال بحثنا هذا وجدنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا إلى مسألة التلقيح الاصطناعي منذ القدم تحت مسمى استدخال المني[1]، بقولهم " إن الحمل قد يكون بإدخال الماء للمحل دون اتصال"[2] و هذا قبل تطور التقنية في شكلها الحديث و إعادة بعث النقاش الفقهي و تحديد الضوابط الشرعية و القانونية لعمليات التلقيح الاصطناعي، و هذا ما سنتطرق إليه بتفصيل أكثر فيما يلي من فصول هذه الأطروحة، و عرفه الدكتور زياد أحمد سلامة في كتابه أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة بأنه" هو إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبيضة المرأة عن غير الطريق المعهود"[3]، و من التعريفات الفقهية ما نجده في كتاب فقه القضايا الطبية المعاصرة بأنه" هو إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية، وبهذا المعنى فالتلقيح الاصطناعي يشمل كل صوره المتوقعة، كالتلقيح الداخلي، وأطفال الأنابيب، وما أخذ المني فيه من بنوك المني، أو من رجل وامرأة بطريقة مباشرة[4].

---

[1] محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط01، العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2011، ص 81.

[2] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط 01، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت، 2000، ص 379-380.

[3] زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 02، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، بيروت – لبنان، 1996، ص 53.

[4] علي محي الدين القره داغي، وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة طبية مقارنة، مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط 02، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2006، ص 564-565.

الملاحظ من خلال التعريفين السابقين أنهما تعريفان شاملان للتلقيح الاصطناعي بشكل عام، لكن في المقابل نجد من قام بتعريف التلقيح الاصطناعي استنادا إلى تقسيمه لنوعين كالتالي:

أ- **النوع الأول**: التلقيح داخلي وهو الحالة التي يتم فيها إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية للمرأة ولكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل بحقنه بطريقة اصطناعية بهدف احداث الحمل[1]، وهذا النوع هو الصورة الحقيقية التي تجسد معنى التلقيح الاصطناعي، أين يقوم الطبيب بأخذ الحيوانات المنوية للزوج وتلقيحها مباشرة في رحم الزوجة لتتم عملية التخصيب وتستمر بشكلها الطبيعي، أي أن تدخل الطبيب يكون في حدود عملية التلقيح فقط[2].

ب- **النوع الثاني**: التلقيح الخارجي وهو الحالة التي يتم فيها جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أواني مخبرية[3]، و هو على عكس النوع الأول كون أن تدخل الطبيب في هذه الحالة يتعدى مرحلة التلقيح، و يعتبر هذا النوع أكثر تعقيدا من النوع الأول، بحيث يتم أخذ المواد الإنجابية للزوجين (حيوان منوي + بويضة)، أين يجرى التلقيح خارجيا داخل المختبر الطبي و بعد تأكد الطبيب من تخصيب البويضة، يقوم بزراعتها داخل رحم الزوجة أو غيرها، و هذا على حسب نوع التقنية المستعملة، وسنفصل أكثر بخصوص أنواع وصور التلقيح الاصطناعي، فيما يأتي من هذه الرسالة.

---

[1] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط01، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية – مصر، 2013، ص 11.

[2] نجد في هذا تعريفا للدكتور إسلام الرفاعي عبد الحليم، خبير تعليم العلوم الأخلاقية والحيوية، بجامعة عين شمس، بالقول أن" التلقيح الاصطناعي، يتضمن استخدام مني الزوج AIH، أو آخر متبرع بحيواناته المنوية AID لتلقيح المرأة، فيقوم الطبيب بوضع الحيوانات المنوية داخل رحم المرأة، حيث يأمل أن تخصب البويضة المنتظرة impregnante، وقد يكون الحيوان المنوي جديدا، أو من بنك الأمشاج"، أنظر، إسلام الرفاعي عبد الحليم، الأخلاقيات الحيوية، مدخلا لتعليم المفاهيم البيولوجية المعاصرة، ط 01، دار الفكر العربي للطبع والنشر، مصر- القاهرة، 1428هـ/2008م، ص 248.

[3] زياد أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 53.

2- في الاصطلاح القانوني:

بالنسبة للتعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي نجد من التشريعات من أعطت لنا تعريفا قانونيا لهذه العمليات و منها من ذهب مباشرة إلى تحديد شروط التلقيح الاصطناعي دون تعريفه، و هذا ما سار عليه بداية المشرع الجزائري من خلال تطرقه إلى شروط التلقيح الاصطناعي بشكل مباشر من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل لسنة 2005[1] دون تعريفه، إلا أنه بصدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 و في المادة 370 منه تدارك المشرع هذا الأمر و عرف لنا هذه العمليات بقوله " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا "، وأضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة " وتتمثل في ممارسات عياديه و بيولوجية و علاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة و التلقيح بواسطة الأنابيب و نقل الأجنة و التخصيب الصناعي".

و الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة استعمل تعبير المساعدة الطبية على الإنجاب، ليكون التعريف أشمل حيث أدرج تحت مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الاصطناعي و كذلك جميع الممارسات سواء كانت عياديه أو بيولوجية أو حتى علاجية فقط، و هذا التعريف هو نفسه تقريبا الذي جاء به المشرع الفرنسي في المادة 152/1 من القانون رقم 94-654 المتعلق بحماية مواد الجسم البشري و المساعدة الطبية على الإنجاب، المؤرخ في 29 جويلية 1994، التي عرفت لنا المساعدة الطبية على الإنجاب "بأنها جميع الممارسات العيادية و البيولوجية التي تسمح بالحمل في المختبر عن طريق نقل الأجنة أو التلقيح الاصطناعي أو أي تقنية مماثلة خارج الطرق

[1] أنظر، القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 15، مؤرخة في 2015/02/27.

الطبيعية التي تسمح بالإنجاب"[1]، و ما يلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي ترك المجال مفتوحا لهذه التقنية و لم يحددها تحديدا دقيقا، على عكس المشرع الجزائري الذي حصرها في تقنيات محددة من خلال الفقرة الثانية للمادة 370 من قانون الصحة 18-11 كما سبق و أن و ضحنا هذا.

كما نجد من التشريعات الأخرى التي عرفت لنا التلقيح الاصطناعي قانون دولة الإمارات العربية المتحدة في الفقرة الأخيرة للمادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 11 سنة 2008 المتعلق بترخيص مراكز الإخصاب و ذلك في تعريف تحت مسمى " تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها الوسائل الطبية التي تساعد على الحمل و الإنجاب بدون اتصال طبيعي"[2]، هذا القانون تم إلغائه بموجب القانون الاتحادي رقم 07 سنة 2019 المتعلق بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب، أين قام المشرع الإماراتي بإعادة ضبط و توضيح المفهوم أكثر، بوصفه أن تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب " هي الوسائل والأساليب الطبية التي تساعد على الحمل والإنجاب بدون اتصال طبيعي، والتي تشمل التدخلات السريرية والبيولوجية بهدف المساعدة على الإنجاب أو الحمل بدون اتصال طبيعي"[3] و هو نفس التعريف تقريبا الذي جاء به المشرع البحريني في المادة الأولى من القانون رقم 26 لسنة 2017 تحت مسمى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي و الإخصاب، بأنها " الوسائل

[1]Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994.

[2] أنظر، المادة 01 من القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة، صادر عن قصر الرئاسة بأبوظبي، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ، الموافق لـ 16 ديسمبر 2008م، الجريدة الرسمية رقم 488 مكرر، ص 09.

[3] أنظر، قرار مجلس الوزراء، رقم 64 لسنة 2020 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 07 لسنة 2019 في شأن المساعدة على الإنجاب، الفقرة 06 من المادة 01، الصادر عن قصر الرئاسة في أبو ظبي، بتاريخ 22 ربيع الآخر 1444هـ، الموافق لـ 19 ديسمبر 2019 م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 14 صفر 1442 هـ الموافق لـ 01 أكتوبر م2020.

الطبية التي تساعد على الحمل بدون اتصال طبيعي"[1]، و الملاحظ هنا أن كل التعريفات سارت على نهج المشرع الفرنسي تحت مسمى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و لم تستخدم مصطلح التلقيح الاصطناعي، باستثناء المشرع البحريني الذي حدد المفهوم بأنها التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي و بذلك جعل من المعنى أكثر دقة.

ونشير هنا إلى أن الاستعمال القانوني والشرعي لعبارة المساعدة الطبية على الإنجاب، أو التلقيح الاصطناعي، يتضمن نفس المعنى الخاص، بالرغم من أن المعنى العام قد يفيد بأن المساعدة الطبية على الإنجاب أوسع وأشمل إلا أن الجانب التقني للطب الانجابي المساعد لا يتم إلا من خلال التلقيح الاصطناعي مع اختلاف الطرق والأساليب المستعملة وهو ما سنتطرق إليه لاحقا بتفصيل أكثر من خلال الفصل الثاني من هذا الباب.

3- في الاصطلاح العلمي(الطبي):

من الناحية الطبية تتعد تعريفات التلقيح الاصطناعي بحسب نوعه و صورته فيعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه عبارة عن عملية يتم من خلالها إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الذكر في المسالك التناسلية للأنثى، بهدف الإخصاب والإنجاب، بحيث تتم العملية عن طريق حقن السائل المنوي مباشرة في رحم الأنثى و ذلك بإدخال قسطرة رفيعة جداً عبر عنق الرحم، ليتم بها حقن الحيوانات المنوية المأخوذة مسبقاً و التي تم تحضيرها في المختبر، و هذه العملية لا تأخذ وقتاً طويلاً، فهي تستغرق حوالي 60 الى90 ثانية لإدخال القسطرة ثم حقن الحيوان المنوي، و60

[1] أنظر المادة 01 من القانون رقم 26 لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، الصادر عن قصر الرفاع، بتاريخ 04 ذي القعدة 1438، الموافق لـ 27 يوليو 2017، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، ع 3325، بتاريخ الخميس 03 أغسطس 2017.

ثانية أخرى لإزالة القسطرة التي تسحب ببطء[1]، و يلجأ الطبيب لهذه الطريقة في حالة وجود مشاكل في عنق الرحم، أو ندرة الحيوانات المنوية و قلتها في ماء الرجل، و نسبة نجاح هذه العملية محددة بـ 30%، أما التلقيح الاصطناعي الخارجي فيعرف طبيا بتقنية أطفال الأنابيب حيث يتم تلقيح البويضة خارجيا عن طريق الحيوان المنوي الذي تم أخذه مسبقا في المختبر و توضع بعد ذلك البويضة الملقحة في أنابيب طبية خاصة لهذا الغرض و بعد مدة يتم زرع البويضة الملقحة داخل الرحم[2]، و عرفت هذه التقنية تطورات كثيرة آخرها ما تم تسميته بتقنية التلقيح السيتوبلازمي، أين يتم استخراج حيوان منوي واحد بدقة عالية و حقنه مباشرة داخل السيتوبلازما من خلال عمل ثقب مجهري شديد الدقة، ونسبة النجاح هنا تكون في حدود 35%[3]، و كلا النوعين سواء التلقيح الداخلي أو الخارجي يتخذ عدة صور و أساليب سنتطرق إليها لاحقا.

الفرع الثاني

تميز التلقيح الاصطناعي عن التقنيات المشابهة له

بالرغم من التداخل الموجود بين التلقيح الاصطناعي وبعض الأعمال الطبية المشابهة له كالاستنساخ والهندسة الوراثية، إلا أن هذه الأعمال تختلف عن التلقيح الاصطناعي سواء من حيث الهدف أو من حيث التقنية، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

[1] مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني صحتك اليوم، بوابة صحة المرأة والأسرة، بعنوان: كل ما تريد معرفته عن التلقيح الصناعي، والحالات المناسبة للتلقيح الصناعي). https://www.todaywomenhealth.com/Topic/20482، تاريخ الاطلاع 2021/06/11.

[2] يعرفه، د. إسلام الرفاعي في كتابه، الأخلاقيات الحيوية، مدخلا لتعليم المفاهيم البيولوجية المعاصرة، بالقول أن" الإخصاب خارج الرحم، يتضمن استخلاص بويضة ناضجة من مبيض امرأة، وإخصابها في طبق بتري Petri dish في المعمل، ثم إعادة الزيجوت Zygote (الجنين)، إلى رحم المرأة، حيث يرجى اتصال الجنين بجدار الرحم ونموه طبيعيا"، أنظر، إسلام الرفاعي عبد الحليم، مرجع سابق، ص 248.

[3] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 12، ص 14.

أولا: الاستنساخ البشري

الاستنساخ البشري وإن كان من الناحية العملية والتقنية مشابه للتلقيح الاصطناعي، إلا أن الهدف والطريقة التي يتم بها الاستنساخ تختلف وسيتضح هذا أكثر فيما يلي.

1- تعريف الاستنساخ البشري:

هو توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، كما يمكن تعريفه بأنه تقنية تسمح بالحصول على عدد من النسخ طبق الأصل، من نبات أو حيوان أو إنسان، بدون حاجة إلى تلاقح خلايا جنسية ذكرية مع أنثوية، بمعنى يتم الاستغناء عن أحد الزوجين[1].

2- أنواع الاستنساخ البشري:

يمكن تقسيم الاستنساخ إلى نوعين أساسيين هما:

أ- الاستنساخ التكاثري (استنساخ الأجنة):

ويسمى كذلك بالاستنساخ الجنسي ويمكن تقسيمه بحسب تطوره إلى صورتين (صورة الاستنساخ التقليدي وصورة الاستنساخ الحديث).

- **الاستنساخ التقليدي:** ويتم عن طريق نزع النواة من البويضة الأنثوية وزرع مكانها نواة مشكلة من خلايا رجل تم انتزاعها وحقنها مسبقا، لينتج لنا

[1] عبد الحليم إبراهيم كرسون، دراسات طبية معاصرة، في منظور الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط 01، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية – مصر، 2015، ص 22.

جنين مستنسخ طبق الأصل لسمات وصفات صاحب الخلايا التي تم زرعها[1].

- **الاستنساخ الحديث:** أو الاستنساخ الجديد ويمكن أن نسميه كذلك بالاستنساخ التوأمي، أو تقسيم الجنين، وتتم من خلال فصل خلايا بويضة ملقحة بحيوان منوي تلقيحا عاديا أو اصطناعيا أو بويضة مستنسخة كما في الصورة الأولى، ليتم تقسيمها إلى عدة خلايا حيث تنتج كل خلية بدورها جنينا[2]، وتم تطبيق هذه التقنية من خلال تتبع مراحل تشكيل الأجنة التوائم في الحالات العادية دون أي تدخل طبي.

والملاحظ من خلال توضيح الصور الخاصة بالاستنساخ الفرق الجوهري بينه وبين التلقيح الاصطناعي الذي سنتطرق بالتفصيل إلى صوره لاحقا، ويتضح لنا كذلك خطورة تقنية استنساخ الأجنة خاصة في الصورة الثانية أين يمكن إنتاج مجموعة من الخلايا المتطابقة وراثيا مع إمكانية تقسيمها اللامتناهي إلى عدة خلايا، وهذا ما يسمح بتكوين العديد من الأجنة وميلادهم بصفات متطابقة.

ب- الاستنساخ العلاجي (استنساخ الأعضاء):

ويسمى كذلك بالاستنساخ اللاجنسي ونعني به استنساخ الأعضاء البشرية لأعراض علاجية وطبية، وكانت بوادر استعمال هذه التقنية، من خلال الحصول على خلايا بشرية عن طريق استنساخها من الأجنة المجهضة، لكن تطوير التقنية سمح بالحصول على أعضاء بشرية من خلال استنساخ بويضة ملقحة بنواة مشكلة من الشخص المراد زرع العضو له، وقبل نهاية 14 على الجنين، يتم عزل الخلايا الجذعية

[1] محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، العدد 02، 2002، ص 34.

[2] عبد الحليم إبراهيم كرسون، نفس المرجع، ص 25.

المخلقة من الجنين من أجل استنساخ العضو المراد زرعه، بحيث يكون متجانس تماما مع تركيبة الجسم الجينية وبذلك لن يرفضه الجسم[1].

ثانيا: الهندسة الوراثية

تختلف الهندسة الوراثية عن التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري من حيث الهدف والطريقة وإن كان هناك بعض التشابه من جانب التقنية التي تتم بها، كما أن التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري هما في الأصل تطوير لعملية تحدث طبيعيا كما وضحنا، على عكس الهندسة الوراثية التي لا يمكن أن تحدث بشكل طبيعي وبدون تدخل الإنسان، أين يتم المساس بالبصمة الوراثية للشخص، وسنوضح فيما يلي مفهوم الهندسة الوراثية، لكن قبل ذلك نتطرق إلى تعريف البصمة الوراثية.

1- تعريف البصمة الوراثية:

البصمة الوراثية تعتبر اكتشافا حديثا، حيث كان ذلك سنة 1984 من طرف البروفيسور البريطاني Alic Jeffery، وأكد أنه لكل شخص بصمة خاصة به تميزه عن غيره من كل البشر، باستثناء بعض التوائم المتماثلة الذين بإمكانهم أن يحملوا نفس البصمة الوراثية[2]، وتعددت التعاريف الخاصة بالبصمة الوراثية فمن التعريفات ما يلي:

عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها " العلامة المخلوقة من خلايا الإنسان والمعينة لهويته، والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية، وتتم البصمة الوراثية عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض DNA، المتمركزة في نواة أي خلية من خلايا جسم الإنسان"[3].

[1] عبد الحليم إبراهيم كرسون، المرجع السابق، ص 29-30.

[2] أحمد غاي، مبادئ الطب الشرعي، ط 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، 2018، ص 204.

[3] سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب المصرية – القاهرة، 2010، ص 40.

كما عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنها " هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، والبصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي"[1].

2- تعريف الهندسة الوراثية:

هي تلك التقنية التي تتعامل مع الجينات أو الوحدات الوراثية المتواجدة في الكروموسومات، فصلا و وصلا و إدخالا لأجزاء منها من كائن إلى آخر، بغرض إحداث حالة تمكن العلماء معرفة وظيفة الجين، أو بهدف الحصول على طبعات كثيرة من نواتجه، أو بهدف استكمال ما نقص منه في خلية مستهدفة[2]، و من خلال هذا التعريف فالمقصود بالهندسة الوراثية ذلك التغيير الذي يقوم به الأطباء على المادة الوراثية للجنين أي الحمض النووي (D.N.A)، و يكون هذا إما عن طريق إجراء تعديلات على المادة الوراثية في حد ذاتها بإعادة ترتيب مكوناتها أو مضاعفة بعض الأجزاء أو حذفها، أو بإضافة أجزاء و مكونات من مادة وراثية أخرى و هذا ما سينتج عنه تبديل و تغيير لخلق الله و عبث بشخصية الإنسان وجنسه و تلاعب بالجنين أو الجينوم البشري بتغيير جنس المولود أو لونه أو أي صفة من صفاته، و هذا ما يحدث في الهندسة الوراثية بحيث يتم إنتاج إنسان مكون وفقا لمعايير محددة من الجوانب الخلقية، العقلية، و حتى النفسية بوصفه كائن معدل وراثيا، و في هذا تتجلى خطورة هذه التقنية و أبعادها الكارثية سواء من الناحية الأخلاقية، الاجتماعية أو القانونية، لنقول هنا أن المجال يبقى مفتوح للتطرق لهذه التقنية خصوصا في جانبها القانوني و ما تثيره من إشكالات التي لا بد للباحثين القانونيين التصدي لها بالبحث

[1] فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية – مصر، د.س.ن، ص 16.

[2] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 169.

و الدراسة التأصيلية، و تستخدم البصمة الوراثية في المجال القانوني كدليل مادي في مجالات مختلفة أهمها:

- المساعدة في التعرف على هوية الجثث المجهولة أو المشوهة
- تسهيل التحقيقات الجنائية والتعرف على هوية مرتكبي الجرائم ومساعديهم
- قضايا تحديد وإثبات النسب[1].

المطلب الثاني

التطور التقني والتشريعي للتلقيح الاصطناعي

ظهور تقنيات التلقيح الاصطناعي والاقبال عليها جعل من البحث في مسالة تنظيمها القانوني ضرورة حتمية فرضها الواقع لذلك نجد أن أغلب التشريعات حاولت إيجاد التنظيم القانوني الصحيح لهذه التقنية المستجدة، وسنتطرق في هذا المطلب إلى التطور التقني والتشريعي للتلقيح الاصطناعي، وذلك بتقسيمه إلى فرعين، الأول نتطرق من خلاله إلى التطور الطبي لتقنية التلقيح الاصطناعي والثاني نتطرق فيه إلى التشريعات المصاحبة لهذا التطور في كل من الدول الغربية والدول العربية.

الفرع الأول

التطور الطبي لتقنية التلقيح الاصطناعي

تقنيات التلقيح الاصطناعي عرفت عدة تطورات عبر التاريخ إلى وصلت إلى الدقة والجودة التي هي عليها الآن، وسنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى التطور التقني للتلقيح الاصطناعي في الدول الغربية أولا ثم في الدول العربية ثانيا.

[1] أحمد غاي، نفس المرجع، ص 206-207.

أولا: في الدول الغربية

كانت إيطاليا هي مهد التلقيح الاصطناعي و هذا حين قام العالم الفيزيولوجي الإيطالي "Lazzaro Spallanzani" سنة 1784، بتجربة هذه التقنية على حيوان أنثى كلب، حيث كانت التجربة ناجحة و نتج عنها ولادة ثلاث جراء[1]، أما فيما يخص التلقيح الاصطناعي البشري فإن الأبحاث و التجارب في هذا المجال بدأت في أواخر سبعينيات القرن الثامن العشر من طرف العالم Hunter John مؤسس علم الجراحة و تعلق الأمر حينها بتاجر أقمشة، كان يعاني من مشاكل أثناء الجماع تمنعه من إيصال المني بشكل سليم في مهبل زوجته، أين قام بجمع المني في حقنة ثم حقنه في الموضع المناسب من مهبل زوجته، و كانت التجربة ناجحة[2] ما سمح بتطبيقها و فتح المجال للبحث أكثر في تطوير هذه التقنية، لتتوالى بعد ذلك التجارب والأبحاث، و التي كانت غالبا ما يتم تطبقها على الحيوانات و ذلك إلى غاية سنة 1977 أين شهد العالم الميلاد الفعلي لتقنية التلقيح الاصطناعي، لما أخذ الدكتور البريطاني " Patrick Steptoe" بويضة الأم "Leslie Brown" و قام بوضعها في طبق مخبري بمساعدة زميله الدكتور، "Robert Edwards" أين تمت عملية التلقيح ليقوما بعد ذلك بإعادة البويضة إلى رحم الأم "Leslie Brown" ليتم الحمل و بتاريخ 25 جويلية 1978 تمت عملية الولادة بنجاح ليسجل التاريخ إنجاب أول طفل في العالم عن طريق هذه التقنية و كان المولود من جنس أنثى سميت بـ " Louise " فاتحة بذلك آفاقا جديدة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب[3]، ليقوما بعد ذلك بتأسيس أول عيادة على مستوى العالم خاصة بالتلقيح الاصطناعي، في كامبريدج ببريطانيا سنة 1980 تحت اسم "Bourn Hall Clinic " لتعرف بعد هذا

[1] W. Ombelet, J. Van Robays, Artificial insemination history: hurdles and milestones, Facts, Views & Vision in Obgyn, 01 Jan 2015, 7(2), p 138, https://www.researchgate.net/publication/280122841_Artificial_insemination_history_hurdles_and_milestones

[2] W. Ombelet, J. Van Robays, p 138-139.

[3] Peter R Brinsden, Thirty years of IVF: The legacy of Patrick Steptoe and Robert Edwards, 12, Issue 3, 2009, p 139, https://www.researchgate.net/publication/38112869_Thirty_years_of_IVF_The_legacy_of_Patrick_Steptoe_and_Robert_Edwards

التاريخ تقنية التلقيح الاصطناعي رواجا كبيرا عبر مختلف دول العالم فيما سجلت فرنسا ميلاد أول طفل بتقنية التلقيح الاصطناعي في فبراير 1982، من طرف فرقة بحث طبية تحت مسمى" Clamart group " بقيادة طبيب النساء " Rene Frydman " و الباحث " Jacques Testart "، أما في ألمانيا فتم تسجيل ولادة أول طفل عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي بتاريخ 16 أبريل 1982 من طرف فريق طبي بقيادة الدكتور" Siegfried Trotnow " و الباحثة " Tatjana Kniewald "[1]، و بدأت التقنية تعرف تطورا و رواجا كبيرين، هذا ما نتج عنه مستجدات كثيرة ذات علاقة بتقنية التلقيح الاصطناعي كبنوك المني و تجميد الأجنة و الحمل لمصلحة الغير و غيرها ، ما أدى إلى بعث نقاش قانوني و أخلاقي من أجل ضبط و تنظيم هذه التقنية و مستجداتها طبيا أخلاقيا و قانونيا.

ثانيا: في الدول العربية

التلقيح الاصطناعي عرفه العرب منذ القدم حوالي القرن الرابع عشر ميلادي، و كانت بدايته في مجال الحيوانات، حيث كانت القبائل العربية تلقح خيولها من نطف الخيول التي تحمل سلالة أصيلة لينتج عنها حصان أصيل من ذات السلالة[2]، و في جانب التلقيح الاصطناعي البشري عرف العرب قديما ما يسمى بالصوفة، و هي طريقة كانت تستخدمها العرافات و القابلات قديما من أجل تحقيق رغبة النساء في الإنجاب في حالة عدم قدرتهما على ذلك بعد مدة زمنية من الزواج، فكانت القابلة تعطي المرأة التي تقصدها من أجل هذا الغرض، صوفة و هي عبارة عن قطعة من الصوف أو القطن بحيث تضع عليها القابلة سائل منوي لرجل آخر، لتدخلها في المكان المناسب من المهبل تلك المرأة، على أن يتم لها الحمل بعد مدة زمنية و غالبا ما كانت تنجح هذه الطريقة إذا كانت الزوجة سليمة و كان السبب في عدم الإنجاب

[1] John Lui Yovich, Ian Logan Craft, Founding Pioneers of IVF: Independent innovative researchers generating livebirths within 4 years of the first birth, Reproductive Biology, Volume 18, Issue 4, December 2018, p 320.

[2] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، 54.

راجع للزوج، و يذكر في هذا أن زوجة أحد القضاة كانت لا تنجب و قصدت إحدى القابلات من أجل علاجها، و عالجتها بالفعل عن طريق وضع الصوفة لها في المكان المناسب من المهبل، و فعلا حدث الحمل و الإنجاب لكن السيدة وضعت ولدا أسود البشرة و بعد التحقق من الأمر تبين أن القابلة كانت سوداء البشرة و قامت بأخذ السائل المنوي من أخيها[1]، كما نجد أن ابن خلدون في كتابه المقدمة يشير إلى مسألة تخليق الإنسان بقوله " ... من يدعي بالصنعة تخليق إنسان من المني ونحن إذا سلمنا له الإحاطة بأجزائه، ونسبته وأطواره وكيفية تخليقه في رحمه، وعلم ذلك علما محصلا بتفاصيله، حتى لا يشذ منه شيء عن علمه، سلمنا له تخليق هذا الإنسان، وأنى له ذلك." و يضيف قائلا في نفس السياق " و الفعل الصناعي مسبوق بتصورات أحوال الطبيعة المعدنية، التي يقصد مساوقتها أو محاذاتها، أو فعل المادة ذات القوى فيها تصورا مفصلا، واحدة بعد أخرى، و تلك الأحوال لا نهاية لها و العلم البشري عاجز عن الإحاطة بما دونها، و هو بمثابة من يقصد تخليق إنسان أو حيوان أو نبات" و يضيف ابن خلدون قائلا " و ليست الاستحالة فيه من جهة الفصول كما رأيته و لا من الطبيعة، إنما هو من تعذر الإحاطة، و قصور البشر عنها"[2]، و الملاحظ هنا أن ابن خلدون يرد على من يدعي إمكانية تخليق إنسان من المني أن يكون ملما بجميع مراحل تكوين الجنين و بشكل تفصيلي و دقيق و هذا لم يكن ممكنا آنذاك، و منه فإن ابن خلدون يسلم بالنظرية بشكل مبدئي و لا ينكرها و يشير إلى أن سبب العلة هو قصور العلم البشري في ذلك العصر، و هذا مقارنة بما وصل إليه العلم في العصور الحديثة أين تحققت هذه الفرضية، و تمكن الطب من تحقيق رغبة الأزواج في الإنجاب بشكل اصطناعي و بتقنيات مختلفة، و يذكر أن أول

[1] علي أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2015، ص 62، نقله عن، علي إبراهيم، التلقيح الصناعي في نظرة الدين، بحث مقدم في ندوة لواء الإسلام، المنعقدة في 14 رجب 1384هـ، الموافق لـ 17 نوفمبر 1964م، ص 744.

[2] ولي الدين عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ج 02، ط 01، تحقيق، عبد الله محمد الدرويش، دار البلخين سوريا – دمشق 2004، ص 337.

مركز طبي في الشرق الأوسط خاص بالتلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب تم تأسيسه بالمملكة العربية السعودية من طرف الدكتورة" صديقة كمال" سنة 1985[1]، فيما سجلت مصر ميلاد أول طفلة بهذه التقنية سنة 1987، أما العراق فسجلت ميلاد أول طفلة عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي سنة 1988[2]، أما بالنسبة للجزائر فكانت من بين الدول العربية و الأفريقية السباقة في إنشاء أول مركز طبي خاص بمعالجة حالات العقم، و هذا في التسعينيات والذي قام بإجراء عدة عمليات تلقيح اصطناعي ناجحة وهذا خلال الفترة ما بين سنة 1991و 1993، و يتعلق الأمر بمستشفى نفيسة حمود "بارني"[3]، و نشير إلى أنه في السنوات الأخيرة انتشرت هذه التقنيات عبر مختلف الدول العربية و الإسلامية، و كان لزاما على تشريعات هذه الدول أن تواكب هذا التطور، و لذلك سنتطرق إلى توضيح موقف التشريعات في بعض البلاد العربية من معالجتها لتقنية التلقيح الاصطناعي، هذا بالرغم من أن جل هذه التشريعات تأخرت في سن قوانين تنظم تقنيات التلقيح الاصطناعي، و لم تواجه هذا التطور في بداياته باستثناء التشريع الليبي الذي كان سباقا في العالم العربي بل و حتى مقارنة ببعض القوانين الغربية من خلال التطرق لعمليات التلقيح الاصطناعي، ولكن لم يتطرق إليه بتشريع دقيق و إنما نص على عدم جوازها كما سنوضح، و سنعرض فيما يلي أهم التشريعات التي تعرضت لمسألة التلقيح الاصطناعي.

[1] أنظر، جريدة العرب الاقتصادية الدولية، مقال صحفي منشور بتاريخ الجمعة 01 ماي 2009، https://www.aleqt.com/2009/05/01/article_102191.html، تاريخ الاطلاع 2020/02/20.

[2] به روين عبد الله محسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، دراسة تحليلية مقارنة، ب.د.ط، دار الكتب القانونية – مصر، 2016، ص 29، نقله عن، إسماعيل البنزرجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية – مصر، 2009، ص 20.

[3] أنظر، جريدة المساء الجزائرية، يومية إخبارية وطنية، مقال صحفي منشور من طرف، نادية شنيوني، بتاريخ 30 جويلية 2014، https://www.djazairess.com/elmassa/103239، تاريخ الاطلاع 04 فيفري 2020.

الفرع الثاني

التطور التشريعي للتلقيح الاصطناعي

سنعرض فيما يلي أهم التشريعات السباقة إلى معالجة تقنية التلقيح الاصطناعي وتحديد شروطها وضوابطها القانونية، وهذا على مستوى كل من التشريعات الغربية والعربية.

أولا: في التشريعات الغربية

1- التشريع البريطاني

كانت بريطانيا من أول الدول التي شرعت لمسألة التلقيح الاصطناعي و كان ذلك سنة 1985 حيث اتجه المشرع البريطاني بداية إلى تقييد اللجوء إلى هذه التقنية وحصرها في إطار العلاقة الزوجية مع جواز الاستعانة بالأم البديلة بشكل تطوعي و مجاني، و إذا ثبت أن ذلك كان بمقابل أقر المشرع عقوبات جزائية تصل الحبس لمدة أقصاها أربعة أشهر[1]، ليصدر بعد ذلك المشرع البريطاني بتاريخ 01 نوفمبر 1990، قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الذي نظم وسائل الإخصاب الاصطناعي وحدد شروطها، و أجاز الحمل لمصلحة الغير و حدد شروطها القانونية التي توضح و تكفل حقوق و التزامات كل أطراف العملية[2].

2- التشريع السويدي

كانت السويد من بين الدول السباقة بعد بريطانيا، التي اعترفت قانونا بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب، وهذا بموجب القانون رقم

[1] عذراء محمد السامرائي، مدى مشروعية تأجير الأرحام في القانون والشريعة الإسلامية، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2020، ص 62.

[2] حسن كاظم الشمري، إشكالات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2016، ص 43.

711 الصادر في 14 جوان 1988[1]، وكذلك القانون رقم 115 الصادر في 24 مارس 1991 الخاص بحماية البيضة المخصبة، ومن خلال القانونيين السابقين سمح المشرع السويدي باستعمال تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب سواء بين الزوجين أو غير الزوجين، كما أجاز استعمال التقنية عن طريق استعمال الأم الحاملة على شرط أن يكون بشكل رضائي، وبدون مقابل مادي[2].

3- التشريع الإسباني

إسبانيا كذلك كانت من بين الدول التي قننت لتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بشكل مبكر، ويعتبر القانون الإسباني مقارنة بباقي القوانين المنظمة للتلقيح الاصطناعي الأكثر تحررا، حيث أنه وبموجب رقم 35 لسنة 1988 أجاز اللجوء إلى الوسائل البديلة للحمل سواء بين الأزواج المرتبطين بشكل رسمي، أو بين الأصدقاء المرتبطين في إطار العلاقات الحرة بشرط موافقتهما، كما أجاز اللجوء إلى الرحم البديل من أجل الحمل والإنجاب سواء بشكل تطوعي أو بمقابل في إطار استئجار الأرحام بأي شكل من الأشكال[3].

4- التشريع الألماني

على عكس إسبانيا التي انتهجت نظاما تحرريا يجيز التلقيح الاصطناعي بأي طريقة كانت، فإن المشرع الألماني انتهج بداية نهج المشرع البريطاني من خلال تقييد التلقيح الاصطناعي وفق ضوابط و شروط محددة، و هذا بموجب القانون الصادر في 27 نوفمبر 1989، أين اعترف بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب، و لكن في المقابل منع أعمال الوساطة التجارية الخاصة بتقديم خدمة الحمل

[1] النحوي سليمان التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية والقانون المقارن أطروحة لنيل شهادة، الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011/2010، ص 83.

[2] حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 45.

[3] حسين كاظم الشمري، نفس المرجع، ص 43-44.

لمصلحة الغير سواء عن طريق منح أو تأجير الأرحام، و نص على معاقبة من يخالف هذا المنع بعقوبة جزائية تصل إلى ثلاث سنوات حبس و غرامة مالية، مع الاعتراف بالأمومة للأم البديلة[1] و استثنائها من العقوبة إذا وافقت على الاحتفاظ بالطفل و رعايته، و هذا حماية للجنين، إلا ان المشرع الألماني و من خلال القانون الصادر في 13 ديسمبر 2009، الخاص بحماية الأجنة و البويضات الملقحة أجاز للزوجين و غير الزوجين استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي و كذلك أجاز استعمالها عن طريق الاستعانة بالأم البديلة بعد أخذ موافقة لجنة طبية خاصة بالنظر في الطلبات المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب[2].

5- التشريع الفرنسي

فيما يخص الجانب القانوني للتلقيح الاصطناعي نجد أن المشرع الفرنسي تأخر في التقنين لمسألة التلقيح الاصطناعي و التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب مقارنة بباقي الدول، إلا أنه و من خلال القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994، الخاص بحماية مواد الجسم البشري و المساعدة الطبية على الإنجاب، الذي سبق و أن أشرنا إليه، حاول التطرق إلى جميع الجوانب المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، حيث جاء هذا القانون ملما بجميع الجوانب المتعلقة بالمساس بالجسم البشري، ليصدر بعد ذلك المشرع الفرنسي القانون رقم 800/04 الصادر في 06 أوت 2004، المتعلق بالعلوم الإحيائية، أين فصل في مسائل المساعدة الطبية على الإنجاب و حدد شروط اللجوء إليها، حيث أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بموافقتهما و رضاهما، في حالة عدم قدرتهما على الإنجاب بالطرق الطبيعية بسبب عقم أحد الزوجين أو كلاهما، و يجب أن يتم إثبات هذا وفق تقرير طبي يؤكد حالة العقم، كما منع المشرع الفرنسي استخدام تقنية التلقيح

[1] عذراء محمد السامرائي، المرجع السابق، ص 61.

[2] حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 44.

الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية بأي طريقة كانت، كما أجازها للغير متزوجين بشروط، ليحدث بعد ذلك المشرع الفرنسي ثورة قانونية، من خلال إصدار القانون رقم 814/11، المتعلق بالبيو-أخلاقيات الطبية، المؤرخ في 07 جويلية 2011[1]، المعدل بالمرسوم رقم 360-12 المؤرخ في 14مارس 2012[2]، و المرسوم رقم 12-467 المؤرخ في 11 أبريل 2012[3]، و كذلك المرسوم رقم 855-12 المؤرخ في 17 جويلية 2012[4]، المتعلق بتحديد شروط مساهمة القابلات في أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب، أين نص على أنه يجب أثناء إجراء عمليات التلقيح الصناعي أو طفل الأنبوب أيا كانت صورته ضرورة الاقتصار على العدد المطلوب للعملية، و الملاحظ أن المشرع الفرنسي من أكثر التشريعات التي ألمت بجميع الجوانب المتعلقة بمجال المساعدة الطبية على الإنجاب، وأجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بأي طريقة كانت، وفق الشروط القانونية التي حددها، كما نجد أن المشرع الفرنسي جرم الوساطة التجارية المتعلقة بتأجير الأرحام و هذا بنص المادة 227 قانون العقوبات الفرنسي، حيث تصل العقوبة لمدة أقصاها سنة بالإضافة إلى غرامة مالية و تشدد العقوبة في حالة العود القانوني، كما يعتبر القانون المدني الفرنسي أن أي تعامل يتعلق بمسألة استئجار الأرحام أو الحمل لمصلحة الغير باطلا بنص الفقرة 01 و 07 من المادة رقم 16 من القانون المدني الفرنسي باعتباره مساسا بمعصومية الجسم البشري و قدسية نظام الأسرة[5].

[1] LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n°0157 du 8 juillet 2011.

[2] Décret n° 2012-360 du 14 mars 2012 relatif aux procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation, JORF n°0065 du 16 mars 2012.

[3] Décret n° 2012-467 du 11 avril 2012 relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et aux études sur l'embryon, JORF n°0087 du 12 avril 2012.

[4] Décret n° 2012-885 du 17 juillet 2012 relatif aux conditions dans lesquelles les sage-femmes concourent aux activités d'assistance médicale à la procréation, JORF n°0166 du 19 juillet 2012.

[5] عذراء محمد السامرائي، المرجع السابق، ص 60.

ثانيا: في التشريعات العربية

1- التشريع الليبي

يعتبر القانون الليبي من التشريعات التي تعرضت لمسألة التلقيح الاصطناعي بشكل مبكر إلا أنه لم يتعرض له كعملية تقنية و إنما تطرق بشكل مباشر إلى تجريمه و هذا من خلال القانون رقم 175 لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات حيث نصت المادة 403 مكرر(أ) على أنه "كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزاد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم"، كما نصت المادة 403 مكرر(ب) من نفس القانون على أنه " تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا، بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، و يعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه، وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير"، الواضح من خلال نص المادتين المذكورتين أن المشرع الليبي جرم التلقيح الاصطناعي بأي طريقة كانت، كما أنه شدد العقوبة في حق الأطباء والصيادلة و القابلات أو أحد يتعاون معهم، كما أنه استعمل لفظ امرأة التي يقصد بها الأنثى سواء كانت عذراء أم ثيب أو كانت متزوجة أو غير متزوجة[1]، و خفف من العقوبة إذا تم التلقيح برضاها، كما تقوم في حقها عقوبة جزائية أقصاها خمس سنوات في حالة موافقتها على التلقيح أو إخصاب نفسها و أقر في حق الزوج نفس العقوبة إذا كان عالما بذلك، و بصدور القانون رقم 17 لسنة 1986 المتعلق بالمسؤولية الطبية[2] تراجع المشرع الليبي عن موقفه، و أجاز

[1] إدوار غالي الدهبي، جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي، مجلة دراسات قانونية، ع 03، جامعة بنغازي، كلية الحقوق، يونيو 1973، ص 170.

[2] أنظر، القانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية، تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثالث لعام 93/ 1394 من وفاة الرسول الموافق 1985 م. التي صاغها الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية واللجان

لجوء الزوجين لعملية التلقيح الاصطناعي إذا اقتضت الضرورة ذلك و وفقا شروط محددة حيث نصت المادة 17 من هذا القانون على أنه" لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم، إلا عند الضرورة، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما " ليبقى الأصل في التشريع الليبي هو تحريم التلقيح الاصطناعي و الاستثناء هو الجواز بضوابط[1].

2- التشريع اللبناني

تعتبر لبنان من بين أول الدول العربية التي عرفت تقنية التقيح الاصطناعي، و أسست المراكز و المستشفيات الخاصة لهذا الغرض و عالج المشرع اللبناني مسألة التلقيح الاصطناعي من خلال القانون رقم 240 المؤرخ في 22 أكتوبر 2012 المعدل و المتمم للقانون رقم 288 المؤرخ بـ 22 فيفري 1994 المتعلق بالآداب الطبية[2]، حيث نصت الفقرة 06 من المادة 30 منه على أنه" يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة للزوجين وبموافقتهما الخطية مع مراعاة القوانين المرعية الإجراء لدى المحاكم المدنية والشرعية والمذهبية والروحية والمدنية"، و الواضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع اللبناني أجاز استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي للزوجين دون غيرهما، على أن تكون موافقتهما بشكل خطي، مع مراعات الشروط القانونية التي وضعها المشرع، و منه فإن المشرع اللبناني منع ضمنيا أي وسيلة تلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية أو بتدخل طرف ثالث بالرغم من هذا فمن الناحية العملية يعتبر استعمال التقنية عن طريق تأجير

الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية (مؤتمر الشعب العام)، في دور انعقاده العادي العاشر في الفترة من 15 إلى 19 جماد الآخر 1394 من وفاة الرسول الموافق 26 / 2 إلى 2 / 3 / 1985 م، الموقع الرسمي لوزارة العدل الليبية، https://aladel.gov.ly/home/?p=1331، تاريخ الاطلاع 2021/08/22.

[1] عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2008، ص 187.

[2] أنظر، المادة 30، الفقرات، 06-07-08، من القانون رقم 240 المؤرخ في 2012/10/22، الجريدة الرسمية، رقم 45 الصادرة بتاريخ 2012/10/25، الجمهورية اللبنانية، مجلس النواب، ص 14.

الأرحام موجودة في لبنان لأسباب شرعية و قانونية[1]، لكن لا تتم ممارستها بشكل علني و هذا ربما في انتظار معالجتها قانونيا.

3- التشريع التونسي

يذكر بعض الباحثين أن المشرع التونسي أول ما أشار إلى التلقيح الاصطناعي و لو بشكل ضمني و غير واضح كان من خلال القانون رقم 22 المؤرخ في 25 مارس 1991، والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية من الأحياء و الأموات و زرعها[2]، حيث نص في الفصل الخامس على أنه" يحجر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء و الأموات قصد زرعها"[3]، و إن كانت المادة غير واضحة في دلالتها القانونية، خاصة و أن المشرع التونسي استخدم لفظ الأعضاء ليبقى السؤال مطروحا هل المقصود بالأعضاء هي الأجهزة التناسلية للرجل و المرأة و هذا الظاهر من نص المادة، أم يدخل من ضمن المعنى كذلك المواد الإنجابية لتبقى المادة المشار إليها قاصرة[4] في معالجة موضوع التلقيح الاصطناعي و لا يمكن إسقاطها عليه، لذلك نقول أن المشرع التونسي أول ما تطرق للتلقيح الاصطناعي كان بموجب القانون رقم 93 المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، حيث حدد المشرع التونسي من خلال هذا القانون التقنيات الجائزة و الغير الجائزة للتلقيح الاصطناعي، في كنف ضمانة كرامة الإنسان و صون حريته الجسدية[5]، و هذا ما أكدته الفقرة الأولى من الفصل الأول من هذا القانون، و الفصل الرابع من نفس

[1] عذراء محمد السامرائي، المرجع السابق، ص 55.

[2] بلقاسم كريد وسمير معتوق، الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي، مجلة بحوث ودراسات قانونية، مجلة صادرة عن جمعية الحقوقيين بصفاقس- تونس، ع 01، 1992، ص 100.

[3] أنظر، الفصل، 05، من القانون عدد 22 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 بتاريخ 29 مارس 1991، السنة 134، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ص 474.

[4] بلقاسم كريد وسمير معتوق، مرجع سابق، ص 100.

[5] علي كحلون، محاضرات في المسؤولية الطبية، ط 01، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص – تونس، 2018، ص 119.

القانون على أنه "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة و بواسطة أمشاج متأتية منهما فقط و أن يكونا في سن الإنجاب"، كما نص الفصل الخامس على أنه" لا يمكن تلقيح الأمشاج ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي إلا بالحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهما الكتابية"[1]، و الملاحظ من خلال النصين السابقين أن المشرع التونسي قيد التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية فقط و أثناء قيامها، و بواسطة المواد الإنجابية الخاصة بهما فقط و دون تدخل أي طرف ثالث في العملية، كما اشترط أن يكونا الزوجين في سن الإنجاب و بذلك فإذا لم يبلغا هذا السن أو تجاوزاه فإن القانون لا يسمح لهما بإجراء التلقيح الاصطناعي، كما اشترط الحصول على موافقتهما الكتابية و أن تتم العملية بحضورهما معا، و المتصفح لباقي فصول هذا القانون يجد أن المشرع التونسي تطرق لأغلب الجوانب القانونية التي يثيرها التلقيح الاصطناعي و بذلك يمكن اعتباره أول قانون عربي يتطرق لمسألة التلقيح الاصطناعي بهذا التفصيل.

4- التشريع الأردني

بدأ المشرع الأردني الاهتمام بمسألة التلقيح الاصطناعي من خلال مشروع قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب لسنة 2007[2]، ثم مشروع المسؤولية الطبية لسنة 2009[3] و التعديلات الواردة عليهما، ليصدر المشرع الأردني سنة 2018 القانون رقم 25 المتعلق بالمسؤولية الطبية و الصحية بتاريخ 08 ماي 2018، حيث نص في المادة 13 منه على أنه" لا يجوز إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها إلا من الزوج وبناء على موافقتهما على ذلك

[1] أنظر، الفصلين، 04-05، من القانون عدد 93 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطب الإنجابي، النشر: بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص 2573.

[2] قرار دار الإفتاء الأردنية، رقم 118، المتضمن تعديلات مقترحة على مسودة مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، بتاريخ: 16/ 10/ 1427هـ، الموافق: 8/ 11/ 2006م، (أنظر الملحق رقم 03).

[3] أنظر، نص مسودة مشروع قانون المسؤولية الطبية، تم نشره في جريدة الدستور الأردنية، السبت 26 أيلول / سبتمبر 2009، https://www.addustour.com/articles/806606

خطيا"[1]، و نجد في هذا أن المشرع الأردني قصر جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط و بموافقتهما الخطية، و يعتبر الأردن من أول الدول التي أفردت للمسؤولية الطبية قانونا خاصا بعيدا عن النصوص القانونية العامة أو النصوص المتعلقة بالصحة، كما تشهد الأردن تقدما ملحوظا في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، و تعتبر مقصدا لهذا الغرض من مختلف الدول العربية.

5- التشريع الإماراتي

أول ما تطرق المشرع الإماراتي للتلقيح الاصطناعي كان بموجب القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب، ليتم إلغاء هذا القانون سنة 2019 بموجب القانون الاتحادي رقم 07 لسنة 2019 في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب، الذي دخل حيز التنفيذ سنة 2020 بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 64 لسنة 2020، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 01 /2020/10[2]، و المتصفح لنصوص هذا القانون يجد أن المشرع الإماراتي أحاط بجميع الجوانب القانونية المتعلقة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و حدد الجائز منها قانونا و الممنوع، حيث يجيز المشرع الإماراتي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وفق شروط و ضوابط محددة، و نص في هذا المشرع الإماراتي على وجوب أن تكون تقنية المساعدة الطبية هي الوسيلة الأنسب طبياً للإنجاب بعد ثبوت تعذر الحمل بالاتصال الطبيعي لفترة لا تقل عن سنة، إلا إذا وجد تشخيص مسبق بوجود ما يمنع الحمل بالاتصال الطبيعي، عندها لا يتم الانتظار لمدة سنة و كذلك وجوب تقديم وثيقة

[1] أنظر، المادة 13 من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم 25، الجريدة الرسمية، رقم 5517، بتاريخ 2018/05/31، ص 3429.

[2] أنظر، قرار مجلس الوزراء رقم 64 لسنة 2020، مرجع سابق، وانظر أيضا، شروط وضوابط للترخيص، وآلية التصرّف بالبويضات في حالة الوفاة أو الطلاق، محمد بن راشد يصدر قراراً بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المساعدة على الإنجاب، مقال صحفي منشور على موقع صحيفة البيان الإماراتية بتاريخ، 10 نوفمبر 2020، https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2020-11-10-1.4009324، تاريخ الاطلاع 2021/08/22.

رسمية تثبت قيام الحياة الزوجية و استمرارها، مع الموافقة الكتابية للزوجين على استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي و اجبارية حضورهم معا أثناء العملية، و هذا بنص الفقرات 4/3/2/1، من المادة 08 من القانون المذكور، كما فرضت نفس المادة في فقراتها 7/6/5 على وجوب تقديم شهادة من طبيب أخصائي بعدم وجود خطر على حياة الزوجة أو الجنين، أو ضرر بليغ على صحتهما في نطاق المتعارف عليه طبياً و أن يتم التنفيذ من طرف أطباء مرخصين لهذا الغرض، مع إحاطة الزوجين بجميع التفاصيل عن التقنية المختارة، ومراحل تنفيذها و الآثار الجانبية المحتملة، والتكلفة المالية، ونسبة نجاح لحالات مماثلة في نفس المركز، كما حدد المشرع الإماراتي من خلال المادة 09 من نفس القانون الممارسات المحضورة ذات العلاقة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، و حصرها في جميع الممارسات خارج إطار العلاقة و الزوجية و بتدخل طرف ثالث سواء تم هذا عن طريق التلقيح الداخلي أو الخارجي كما منع اللجوء إلى تقنية الأم البديلة و استئجار الأرحام، فيما أجاز حفظ و تجميد البويضات لغرض تلقيحها وفق ما هو منصوص عليه قانونا[1]، و المطلع على نصوص هذا القانون يجده من بين أفضل القوانين العربية التي أحاطت بجميع الجوانب القانونية و التقنية المتعلقة بمجال التلقيح الاصطناعي.

6- التشريع الجزائري

المشرع الجزائري أول ما تطرق للتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب كان بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل سنة 2005[2]، و حصرها في شروط تسمح بإجراء تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط دون غيرهما، ليقوم المشرع الجزائري سنة 2018 بإصدار قانون الصحة الجديد رقم 18-

[1] أنظر المواد من 08 إلى 14، من القانون الاتحادي رقم 07 لسنة 2019 في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب، مرجع سابق.

[2] انظر، المادة 45 مكرر من الأمر رقم، 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

111[1]، الذي نعتبره كما ذكرنا سابقا قفزة نوعية و مهمة في مجال الصحة و الإشكالات القانونية المتعلقة بها و ما يهمنا هو مجال التلقيح الاصطناعي حيث فصل المشرع الجزائري بخصوص تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و حدد شروطها و ضوابطها القانونية و الجزاءات المترتبة عن مخالفة هذه الشروط، و هو ما سنتطرق إليه بشكل مفصل فيما يأتي من خلال هذا البحث.

ونشير هنا أن أغلب التشريعات العربية بالرغم من أنها في البداية لم تتطرق لعمليات التلقيح الاصطناعي بشكل مبكر لكن الملاحظ لهذه التشريعات مؤخرا يجد أن أغلبها تطرقت لمسائل المساعدة الطبية على الإنجاب، أين كانت الشريعة الإسلامية هي المرجع الحقيقي على اعتبار أنها مصدر رسمي خاصة فيما يتعلق بأحكام الزواج و النسب و الميراث و غيرها و هي المواضيع التي تعتبر ذات علاقة مباشرة بالتلقيح الاصطناعي و هذا ما سنفصل فيه أكثر في الفصل الموالي من خلال التطرق إلى أنواع و صور التلقيح الاصطناعي، و توضيح موقف كل من الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري منها، مع تحديد ضوابطه الشرعية و القانونية.

[1] أنظر القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، مرجع سابق.

الفصل الثاني

تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بين التطبيق والنص

سنتطرق في هذا الفصل إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بين النص والتطبيق، وذلك من خلال التطرق إلى الجانب التقني للتلقيح الاصطناعي من الناحية العملية وكيف تعاملت النصوص الشرعية والقانونية مع هذه التقنية الحديثة في مجال الطب الإنجابي المساعد، حيث أن هناك معايير مختلفة تحدد أنواع وأساليب التلقيح الاصطناعي نجدها على النحو التالي:

- **من حيث المكان الذي يتم فيه التلقيح:** نجد أن الدراسات التي تحدد أنواع التلقيح الاصطناعي وفقا لهذا المعيار، تركز على المكان الذي تتم فيه عملية التلقيح الاصطناعي فإذا تم ذلك داخل جسم المرأة يسمى تلقيح داخلي أما إذا حدث خارج الجسم فيسمى تلقيح خارجي[1]، ونجد أن الكثير من الدراسات تميل إلى هذا التقسيم.
- **من حيث المواد الإنجابية المستخدمة في عملية التلقيح:** يعتمد هذا المعيار في تحديد صور التلقيح الاصطناعي على مصدر المواد الإنجابية المستعملة في عملية التلقيح الاصطناعي، فإذا اقتصرت على الزوجين فقط فيسمى إخصاب ناقص، أما إذا تدخل في العملية طرف آخر خارج إطار العلاقة الزوجية فيسمى إخصاب تام[2].
- **من حيث المشروعية:** هذا المعيار غالبا ما تأخذ به الدراسات التي تتناول موضوع التلقيح الاصطناعي والطب الإنجابي المساعد من الناحية الشرعية، والأساس في هذا المعيار هو تحديد الصور الجائزة شرعا والغير الجائزة.

[1] بكري يوسف بكري محمد، الحماية الجنائية للجسم البشري في مواجهة الممارسات الطبية الحديثة، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الإنجاب بالوسائل الطبية المساعدة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 103، عدد 19، يوليو 2015، ص 409.

[2] أحمد مانع سالمين العوبثاني، عقد الإخصاب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2017، ص 23.

استنادا إلى المعايير السابقة سنحاول التطرق إلى تقنية التلقيح الاصطناعي من الناحية العملية وكيف تعاملت معها النصوص القانونية والأحكام الشرعية، وذلك بتقسيم هذا الفصل مبحثين الأول بعنوان، أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب والثاني تحت عنوان، أحكام التلقيح الاصطناعي بين النص الشرعي والقانوني.

المبحث الأول

أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب

سنحدد من خلال هذا المبحث أساليب المساعدة الطبية الإنجاب من خلال تحديد صور التلقيح الاصطناعي الممكنة طبيا سواء في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها، وهذا اعتمادا على المعايير السابقة، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وفي المطلب الثاني سنحدد أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب بمشاركة الغير.

المطلب الأول

التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

يلجأ الزوجين إلى المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي، وهذا بعد عدم قدرتهما على الإنجاب بشكل طبيعي، فما هي أسباب لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي وما هي صور التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب، وذلك بتقسيمه إلى فرعين الأول نعالج فيه التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين، والثاني نتطرق من خلاله للتلقيح الخارجي بين الزوجين.

الفرع الأول

التلقيح الداخلي بين الزوجين

نقصد به كل عملية تلقيح تتم بين الزوجين ودون تدخل أو مشاركة أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية[1]، وهذا في أي مرحلة من مراحل التلقيح إلى غاية تخلق

[1] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1992-1993، ص 23.

الجنين وولادته حيا، وسنتطرق في هذا الفرع أولا إلى توضيح أهم الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي كحل من أجل الإنجاب ثم نحدد صور ومراحل التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين.

أولا: أسبابه

تتعدد أسباب لجوء الزوجين إلى القيام بتدخل طبي من أجل المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي وأهم هذه الأسباب هي:

- إذا كان عدد الحيوانات المنوية للزوج قليل جدا، بحيث يصعب تجمعها بالقدر الذي يسمح بحدوث الإخصاب[1].
- إذا كانت هناك افرازات تقضي على المواد الإنجابية للزوج، مما يمنع وصولها إلى الرحم لتلقيح البويضات، أو كانت الحيوانات المنوية للزوج أكثر من الحد الطبيعي مما يمنع حدوث الحمل[2].
- وجود مشاكل في الجهاز التناسلي للزوج تسبب عدم القدرة على الإيلاج بالرغم من سلامة الحيوانات المنوية لديه بالقدر الذي يحدث به الحمل[3].
- إصابة الزوج بمرض يستدعي علاجه بالأشعة والعقاقير التي قد تسبب العقم، فتؤخذ عينات، من المني وتحفظ في البنك ليتم تلقيح الزوجة في وقت لاحق[4].

[1] به روين عبد حسن، مرجع سابق، ص 32-33.

[2] عائشة أحمد سالم حسن، نفس الرجع، ص 125.

[3] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 33.

[4] زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط 01، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ودار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1993، ص 339.

- وجود مشاكل نفسية لدى الزوج أو الزوجة تمنع حدوث علاقة جنسية طبيعية بينهما[1].

ثانيا: صوره

1- أثناء قيام الحياة الزوجية: ونعني بها أن التلقيح الاصطناعي يتم بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية التي تتحقق بوجود عقد زواج رسمي، ووجود الزوجين على قيد الحياة، ويتم التلقيح هنا عن طريق أخذ الحيوانات المنوية للزوج، وحقنها في الموضع المناسب من مهبل زوجته لتصل إلى الرحم[2]، وتكتمل عملية التلقيح بعد ذلك طبيعيا عند وصول الحيامن للبويضة، وبالتالي تستمر بقية المراحل إلى غاية أن يتم الحمل والولادة كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي، وهي من أكثر طرق التلقيح الاصطناعي انتشارا وشيوعا مقارنة ببقية طرق التلقيح الاصطناعي.

2- بعد انتهاء الحياة الزوجية: انتهاء الحياة الزوجية هنا تكون إما بفك الرابطة الزوجية، أو بوفاة الزوج وبقاء الزوجة على قيد الحياة، حيث قد تلجأ هذه الأخيرة في الحالتين، إلى إجراء تلقيح اصطناعي بمني زوجها، الذي تم أخذه وتجميده مسبقا في بنك المني[3]، لتتم عملية التلقيح كما هو الحال عليه في الصورة السابقة ويحدث الحمل[4].

---

[1] Laurence Tain, Refus des médecins, abandons des couples : quel contrôle pour la pratique de procréation assistée, Sciences Sociales et Santé, Vol. 23, n° 3, septembre 2005, p 15,16.

[2] عائشة أحمد سالم حسن، مرجع سابق، ص 125.

[3] البنك بمفهومه العام، يستعمل لغرض التعامل في النقود و مختلف المعاملات المصرفية، و لما كان حفظ الودائع من أهم الخدمات التي يقدمها البنك تم إطلاق لفظ بنك، على المؤسسات التي يتم فيها حفظ الأعضاء و مستخرجات الجسم و من بينها بنوك المني، و بذلك تعرف بنوك المني على أنها " مخازن يتم فيها حفظ و تجميد الحيوانات المنوية، لاستعمالها بغرض التلقيح الاصطناعي"، لتفاصيل أكثر، أنظر، صالح بن محمد الفوزان، إنشاء بنوك المني، دراسة فقهية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 26، العدد 03، جامعة الملك سعود، الرياض- المملكة العربية السعودية، 2014م/ 1436هـ، ص 147-184.

[4] عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 127.

ثالثا: مراحله

1- المرحلة الأولى: وهي المرحلة التحضيرية لعملية التلقيح، حيث يقوم الطبيب بفحص الزوجين ومن ثم تحفيز المبيض وتنشيط عمله، كما يتم تحديد مستوى هرمون البروجسترون مع التأكد من أن عدد البويضات المنتجة خلال هذه الفترة مناسب لحدوث الحمل[1]، وهذا كله قبل مباشرة التلقيح كون أن هذه المرحلة مهمة جدا في نجاح أو فشل العملية.

2- المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي يتم فيها جمع أو سحب الحيوانات المنوية، تحضيرا لعملية التلقيح، إما عن طريق استخراجها من الزوج بشكل طبيعي إن كان له القدرة على ذلك، أما إذا كان يعاني من مشاكل تمنعه من استخراج المني من جهازه التناسلي، يتم سحب عينة من الحيوانات المنوية طبيا، ليتم بعد ذلك تجهيز الحيامن في المختبر، من خلال تطهيرها وتعقيمها ووضعها في محلول مغذي يحتوي على مواد مقوية ومنشطة[2] وهذا قبل حقنها، أو تجميدها.

3- المرحلة الثالثة: وهي آخر مرحلة أين يقوم الطبيب بحقن الحيامن التي تم جمعها مباشرة في رحم الزوجة باستعمال قسطرة خاصة لهذا الغرض، وذلك في الوقت المحدد للإباضة، وبعد الانتهاء من التلقيح، تبقى الزوجة مستلقية على ظهرها، حوالي 45 دقيقة إلى ساعة[3].

الفرع الثاني

التلقيح الخارجي بين الزوجين

التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين هو كل عملية تلقيح تجرى خارج الجسم باستعمال المواد الإنجابية للزوجين حصرا، و دون تدخل أي طرف أجنبي عن

[1] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 34.

[2] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 35.

[3] حمد بن يحي بن حسن النجمي، مرجع سابق، ص 79-80.

العلاقة الزوجية في هذه العملية، حيث يتم استخراج المواد الإنجابية للزوجين (الحيوانات المنوية + البويضات) لتتم عملية التلقيح خارجيا في أنابيب المختبر المخصصة لهذا الغرض، وبعد ذلك يقوم الطبيب بزرع البويضة الملقحة في الموضع المناسب داخل الرحم[1]، وسنتطرق في هذا الفرع إلى توضيح أهم الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي كحل من أجل الإنجاب، ثم نحدد بعد ذلك صور و مراحل التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين.

أولا: أسبابه

تتعدد أسباب لجوء الزوجين إلى القيام بتدخل طبي من أجل المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي ولا شك أن اللجوء إلى هذه التقنية يكون بعد استحالة حدوث التلقيح والإنجاب من خلال طرق التلقيح الأخرى ونقصد بها سواء التلقيح بالشكل الطبيعي المتعارف عليه، أو من خلال تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي، وأهم هذه الأسباب هي:

- انسداد في الأنابيب الخاصة بقناة فالوب للزوجة مع عدم إمكانية معالجتها طبيا وجراحيا[2] مما يمنع التقاء المواد الإنجابية (الحيوانات المنوية + البويضات) وبالنتيجة عدم حدوث الإخصاب الحمل.
- وجود مشاكل في مبيض الزوجة مما يحول دون حدوث عملية الإباضة داخليا بشكل صحيح[3]

[1] أنظر، محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 85.

[2] إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط 01، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية – الدمام، 1429هـ، ص 404.

[3] إسماعيل غازي مرحبا، نفس المرجع، ص 406.

- وجود مشاكل لدى الزوج، كقلة الحيوانات المنوية أو ضعف في حركتها، كما قد يحدث تضاد مناعي في المواد الإنجابية للزوجين مما يحول دون إمكانية التلقيح داخليا بشكل سليم[1].

- وجود أسباب نفسية والتي غالبا ما تسبب قلة في الخصوبة، إضافة إلى أسباب أخرى تبقى مجهولة طبيا[2]، وهي الحالات التي يكون فيها الزوجين سليمين وعلاقتهما سليمة، كما أن عملية التلقيح تحدث بشكل عادي، إلا أن عملية الحمل دائما ما تفشل وهذا يكون سببا في اللجوء إلى التلقيح الخارجي بعد استنفاذ كل المحاولات الخاصة بالتلقيح الداخلي في إطار العلاقة الزوجية.

ثانيا: صوره

1- أثناء قيام الحياة الزوجية: كما هو الحال في التلقيح الداخلي بين الزوجين، فكذلك التلقيح الخارجي في هذه الحالة يتم بين الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية بشكلها الرسمي المتعارف عليه وأثناء حياتهما، أين يتم في هذه الحالة عملية التلقيح خارجيا في أنابيب طبية مخصصة لهذا الغرض، حيث يتم أخذ الحيوانات المنوية للزوج، والبويضة من الزوجة، وإجراء التلقيح داخل المختبر من طرف الطبيب المختص وفي الوقت المناسب الذي يقدره الطبيب يتم زرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة[3].

2- بعد انتهاء الحياة الزوجية: انتهاء الحياة الزوجية تكون إما بفك الرابطة الزوجية، أو بالوفاة، حيث قد تلجأ الزوجة، إلى إجراء تلقيح اصطناعي بمني

[1] زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، مرجع سابق، ص 344.

[2] أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 13.

[3] عائشة أحمد سالم حسن، مرجع سابق، ص 133.

زوجها، الذي تم أخذه وتجميده مسبقا في بنك المني[1]، لتتم عملية التلقيح خارجيا كما هو الحال عليه في الصورة السابقة.

ثالثا: مراحله

1- المرحلة الأولى: يتم في هذه المرحلة تحفيز وتنشيط مبيض الزوجة من أجل مساعدته على إنتاج أكبر عدد ممكن من البويضات خلال هذه المرحلة، ويكون ذلك عن طريق إعطاء الزوجة بعض الأدوية والمنشطات الخاصة وذلك على فترات زمنية يحددها الطبيب[2]

2- المرحلة الثانية: بعد نجاح المرحلة السابقة يقوم الطبيب باستخراج البويضات المنتجة من رحم الزوجة عن طريق الأدوات الطبية المخصصة لهذا الغرض، ويتم وضعها في أطباق مخبرية خاصة تحاكي وجودها داخل المبيض[3]، حيث أن أقصى مدة لبقاء البويضات داخل هذه الأطباق المخبرية لا تتجاوز 24 ساعة[4]

3- المرحلة الثالثة: في هذه المرحلة يتم أخذ الحيوانات المنوية للزوج وتجهيزها في المختبر قبل عملية التلقيح، وذلك من خلال وضعها في أنابيب المختبر المخصصة لهذا الغرض[5]، كما هو الحال عليه في التلقيح الداخلي.

4- المرحلة الرابعة: بعد إتمام جميع المراحل السابقة بنجاح، تأتي المرحلة الأهم وهي مرحلة إجراء التلقيح الخارجي، أين يتم إخصاب بويضة الزوجة بنطفة الزوج، وتترك لمدة زمنية عادة ما تكون في حدود يومين إلى يومين ونصف[6]، وبعد ذلك يتم أخذ البويضة الملقحة وإعادتها إلى جسم الزوجة عن طريق زرعها في المكان

[1] إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 363-364.

[2] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 39.

[3] إسماعيل غازي مرحبا، نفس المرجع، ص 403.

[4] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 40.

[6] أحمد مانع سالمين العوبثاني، مرجع سابق، ص 32.

المناسب من جدار الرحم، وعادة ما تستغرق هذه العملية من 10 إلى 20 دقيقة[1]، وتظهر نتيجة نجاح الحمل من عدمه بعد أسبوعين من إجراء العملية[2].

المطلب الثاني

المساعدة الطبية على الإنجاب بمشاركة الغير

نقصد به كل عملية تلقيح تتم بتدخل أو مشاركة أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية وهو ما يسمى بالإخصاب التام وسواء تم هذا التلقيح داخليا أو خارجيا، وسيتضح هذا أكثر فيما يلي حيث سنحدد في الفرع الأول صور التلقيح الاصطناعي عن طريق استعمال المواد الإنجابية للغير، أما الفرع الثاني سنحدد فيه صور التلقيح الاصطناعي عن طريق الرحم البديل.

الفرع الأول

التلقيح الاصطناعي باستعمال المواد الإنجابية لغير الزوجين

نقصد هنا بالمواد الإنجابية الحيوانات المنوية الذكرية، والبويضات الأنثوية، وتتحقق هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي سواء الداخلي أو الخارجي وفق الحالات التالية:

أولا: الإخصاب الثنائي بتدخل الغير

الإخصاب الثنائي بتدخل الغير نعني به الحالات التي تتم فيها عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق الاستعانة بمادة إنجابية واحدة فقط لغير الزوجين، والمادة الإنجابية الأخرى تكون لأحد الزوجين، وتتم وفق الحالات التالية

[1] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 40.

[2] إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 404.

1- تلقيح الزوجة بالمادة الإنجابية الذكرية لغير الزوج

تتم عملية التلقيح هنا عن طريق أخذ الحيوانات المنوية من رجل أجنبي إما متبرعا أو بمقابل مادي عن طريق بنوك المني كما وضحنا سابقا، لتتم العملية كما هو الحال في الصورة التي يكون فيها التلقيح بين الزوجين[1]، ويلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة عقم الزوج بصفة قطعية أو في الحالات المرضية التي يصل فيها العقم إلى مرحلة لا تفلح فيها الوسائل العلاجية من أجل قصر التلقيح على الزوجين فقط دون غيرهما، وهي الحالات التي يتأكد فيها الطبيب من العقم الكلي والدائم للزوج، و قد تتم هذه العملية داخليا أو خارجيا وفق ما يقرره الطبيب.

2- استخدام المادة الإنجابية الذكرية للزوج في تلقيح بويضة الغير

تتم التقنية من خلال أخذ بويضة من امرأة أجنبية وتلقيحها خارجيا عن طريق الحيوانات المنوية للزوج أو تلقيحها داخليا بشكل مباشر، ليتم بعد ذلك أخذ البويضة المخصبة وزرعها في رحم الزوجة ليتم لها الحمل[2]، ويكون اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة ما إذا كان الزوج سليم ورحم الزوجة سليم كذلك لكنها تعاني من مشاكل في المبيض تحول دون تحقق عملية الإباضة بشكل طبيعي، وهنا تكون المرأة صاحبة البويضة إما متبرعة أو بمقابل[3].

[1] بابكر عبد الله الشيخ، الأحكام العامة للمسؤولية القانونية للأطباء، (دراسة لفقه القضاء واجتهاد الفقه المقارن)، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم – السودان، 2010. ص 583.

[2] بابكر عبد الله الشيخ، نفس المرجع، ص 572.

[3] عائشة أحمد سالم حسن، مرجع سابق، ص 127.

ثانيا: الإخصاب الثلاثي بتدخل الغير

الإخصاب الثلاثي بتدخل الغير نعني به الحالات التي تتم فيها عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق الاستعانة بالمادتين الإنجابيتين لغير الزوجين أو عن طريق استبدال الميتوكوندريا وبذلك يتم الإخصاب الثلاثي وفق الحالات التالية:

1- استخدام المادتين الإنجابيتين لغير الزوجين:

يتم التلقيح في هذه الحالة باستعمال الحيوانات المنوية لرجل أجنبي وحقنها في الجهاز التناسلي لامرأة أجنبية، أو أخذ بويضتها وتلقيحها خارجيا، لتتم عملية الإباضة وبعد ذلك يقوم الطبيب بأخذ البويضة الملقحة وزرعها في رحم الزوجة[1]، ويكون اللجوء لهذه الطريقة إذا كان الزوج عقيما وكانت الزوجة تعاني من مشاكل في عملية الإباضة لكن رحمها سليم مما يسمح لها بالحمل والإنجاب، أما بالنسبة للرجل والمرأة المانحان لموادهما الإنجابية فقد يكون ذلك إما عن طريق التبرع أو بمقابل كما في باقي الحالات.

2- التلقيح عن طريق استبدال الميتوكوندريا (Mitochondria)[2]:

يطلق غالبا على هذه التقنية تسمية الإخصاب الثلاثي أو التلقيح الثلاثي[3]، و تعتبر من أحدث تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، حيث تنتج لنا هذه العملية طفل ثلاثي الوالدين

[1] عائشة أحمد سالم الحسن، نفس المرجع، ص 128.

[2] الميتوكوندريا هي أحد مكونات الخلية الحية، وتسمى الحبيبات الخيطية وهي التراكيب الموجودة داخل الخلايا تعمل كبطاريات دقيقة مولدة للطاقة في خلايا الإنسان، وتحول الطاقة المختزنة في المواد الغذائية إلى شكل يمكن للخلايا استخدامه، وإذا حدث بها خلل فإنها تفقد القدرة على تصنيع الطاقة بشكل جيد مما يؤثر على نشاط وحياة الخلية، لتفاصيل أكثر أنظر، ميتوكندريون - ويكيبيديا(wikipedia.org)

[3] وتعرف هذا التقنية أيضا باسم "الطفل ثلاثي الوالدين" أول "التلقيح الصناعي الثلاثي"، حيث أنه في شهر سبتمبر 2016 تم الإعلان عن ولادة طفل لأبوين أردنيين بهذه التقنية، تحت إشراف فريق طبي أميركي، لمعلومات أكثر أنظر الموقع الإلكتروني، https://www.sasapost.com/tri-child-parents/ منشور بتاريخ: 03 أكتوبر 2016، تاريخ الاطلاع: 2020/02/14.

أمين و أب واحد و تعتبر هذه التقنية الحديثة هي الحل المناسب للإنجاب بالنسبة للأمراض المتعلقة الميتوكوندريا، أو ما يسمى طبيا بـ "متلازمة لي، Leigh syndrome"[1]، و تتم العملية عن طريق أخذ بويضة من امرأة متبرعة تكون فيها الميتوكوندريا سليمة حيث تزال منها النواة، وتؤخذ نواة كاملة بمادتها الوراثية من الأم وتوضع مكان النواة المنزوعة من بويضة المرأة المتبرعة، ثم يتم تلقيح البيوضة بالسائل المنوي للأب أي الزوج وتزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ليتم الحمل، تصنف هذه التقنية من أحدث تقنيات التلقيح الاصطناعي، وتعتبر بريطانيا هي أول دولة طبقت هذه التقنية وأجازتها[2].

الفرع الثاني

التلقيح الاصطناعي باستعمال الرحم البديل

الصورة الأخرى من التلقيح الاصطناعي بمشاركة الغير، هي التلقيح والإنجاب عن طريق الرحم البديل، والذي قد يكون إما بالاستعانة بالأم البديلة من أجل الحمل والإنجاب، أو عن طريق تقنية الرحم الاصطناعية كما سنوضح فيما يلي.

أولا: المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الأم البديلة

مع اختلاف المصطلح الذي قد نجده في بعض المراجع بتسميات مختلفة على حسب الحالة المراد التطرق إليها، فنجد من يستعمل مصطلح تأجير الأرحام، الحمل لفائدة الغير، الأم الحاملة، كم يطلق عليها بتبني الجنين، وغير ذلك من المصطلحات التي غالبا ما تصب في نفس المعنى، والنقطة المشتركة في الحالات المتعلقة بالتلقيح والإنجاب عن طريق الأم البديلة هو أن الزوجة تعاني من مشاكل في الرحم تمنع

[1] تعتبر متلازمة لي من بين الأمراض المتعلقة بالميتوكوندريا التي تصيب الأطفال، بحيث تتسبب في ضعف العضلات وعدم التحكم في الحركة ومختلف الأنواع من الإعاقات الذهنية، لتفاصيل أكثر أنظر، https://rarediseases.info.nih.gov/diseases/6877/leigh-syndrome، آخر تحديث: 2016/12/27، تاريخ الاطلاع: 2021/04/12.

[2] طارق قابيل، مقال إلكتروني منشور على موقع منظمة المجتمع العلمي العربي، تاريخ النشر: 16 فبراير 2015، https://arsco.org/article-detail-535-3-0 ، تاريخ الاطلاع: 2021/04/12.

حدوث الحمل أو قد ترفض ذلك حفاظا على رشاقة جسمها أو لأسباب أخرى غير طبية، و في المقابل غالبا ما تكون الأم البديلة ترغب في الكسب المادي[1]، وتتحقق هذه الصورة وفق الحالات التالية:

الحالة الأولى: يتم في هذه الحالة تلقيح الزوجة عن طريق حقن الحيوانات المنوية للزوج في الموضع المناسب للجهاز التناسلي، مما يسمح بحدوث عملية الإباضة بشكل طبيعي، وبعد تشكل البويضة يتم أخذها وإعادة زرعها في رحم الأم البديلة، ويكون اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة ما إذا كانت المواد الإنجابية للزوج سليمة لكنه يعاني من مشاكل تمنع من حدوث التلقيح الطبيعي كما سبق وأن أشرنا، وفي المقابل يكون مبيض الزوجة سليم مما يسمح بحدوث عملية الإباضة لكنها تعاني من مشاكل في الرحم تمنع حدوث الحمل[2].

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي يتم فيها تلقيح الزوجة عن طريق الحيوانات المنوية للغير، لتتم عملية الإباضة بشكل عادي، وبعد تشكل البويضة يتم أخذها وإعادة زرعها في رحم الغير (قد تكون إما متبرعة أو مؤجرة لرحمها)، ويكون اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة ما إذا كان الزوج يعاني من العقم الكلي ومبيض الزوجة سليم، لكنها تعاني من مشاكل في الرحم[3].

الحالة الرابعة: وهي الحالة التي يعاني فيها الزوجان من العقم الكلي مما يحول دون وجود أي أمل في الحمل والإنجاب، أين يتم الاتفاق إما مع زوجين آخرين أو شخصين أجنبيين، من أجل القيام بإجراء تلقيح اصطناعي تحت أي صورة من الصور الممكنة طبيا[4]، على أن يتم تسليم المولود للزوجين العقيمين.

[1] حيدر حسين كاظم الشمري، مرجع سابق، ص 35-38.

[2] زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 104-105

[3] عائشة أحمد سالم حسن، مرجع سابق، ص 142.

[4] زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 107، وأنظر كذلك، محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 158-159

ثانيا: المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الرحم الاصطناعي

تعتبر تقنية التلقيح و الإنجاب باستعمال الرحم الاصطناعية من أحدث تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب[1]، حيث يتم في هذه الحالة تلقيح الزوجين كما حددنا في الصور السابقة، سواء اقتصرت العملية على الزوجين فقط أو باستعمال المواد الإنجابية للغير، و خاصة في الحالات التي تكون فيها الزوجة تعاني من مشاكل في الرحم، تحول دون تحقق الإنجاب و الحمل، و بدلا من الاستعانة بالأم البديلة أو تأجير الرحم، يتم زرع البويضة الملقحة داخليا بعد انتزاعها من طرف الطبيب المختص، في الرحم الاصطناعي أين يتم استكمال عملية تكوين الجنين بمختلف مراحلها إلى غاية تخلقه و ولادته حيا[2]، إلا أن هذه التقنية لا تزال في بداياتها و نسبة نجاحها ضعيفة جدا، كما أنها مكلفة من الناحية المادية، لكن الجانب الإيجابي لهذه التقنية هو أنها أثبتت فعاليتها في إنقاذ حياة الأطفال الخدج أي المولودين قبل إتمام المدة الطبيعية للحمل، و المحددة بتسع أشهر و ذلك من خلال وضعهم في الرحم الاصطناعية من أجل استكمال المدة المتبقية، ليتم نموهم بشكل عادي مما يقلل نسبة الوفيات لدى هذه الفئة[3]، و تشير آخر الدراسات الطبية أنه تم تطوير هذه التقنية بشكل يحاكي الرحم بنسبة كبيرة من خلال استعمال تقنيات الذكاء الاصطناعي حيث يمكن للأبوين التواصل مع الجنين، و معايشة مراحل تكوين الجنين من خلال جهاز محمول منفصل عن الرحم الصناعي، كما يتم تطوير التقنية من أجل إيصال

[1] تقوم فكرة الرحم الاصطناعي على وضع البويضة الملقحة اصطناعيا داخل حاضنة مصنوعة من مادة الإكليرك الشفاف، تحاكي الرحم الطبيعي في جميع مواصفاته وخصائصه، ليتشكل الجنين وينمو داخل هذا الرحم البديل للرحم الطبيعي، لتفاصيل أكثر أنظر، محمد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، م.ج 02، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط01، 1432هـ/2011م، ص 856-858.

[2] Seppe Segers, the path toward ectogenesis: looking beyond the technical challenges, BMC Medical Ethics, volume 22, Article number: 59, (13/05/2021), p 02-03. https://bmcmedethics.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12910-021-00630-6.pdf

[3] Maria Laura Solerte, Artificial uterus -research background to improve survival and outcome of extremely low birth weight newborns, Journal of Gynecological Research and Obstetrics, ISSN: 2581-5288 Published: 28 September, 2020 DOI: https://dx.doi.org/10.17352/jgro, p 68-69.

الغذاء للجنين بالطريقة التي تتم بها تغذيته أثناء الحمل الطبيعي أي عن طريق المشيمة، و هذا من خلال نظام آلي تم تسميته بالمربية الاصطناعية[1].

المبحث الثاني

أحكام التلقيح الاصطناعي بين النص الشرعي والقانوني

سنتطرق في هذا المبحث إلى الأحكام الخاصة بالطب الإنجابي المساعد بين النص الشرعي والقانوني، وهذا من أجل تحديد مدى مشروعية اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي كحل طبي مساعد على الإنجاب، ومن أجل هذا قمنا بتقسم المبحث إلى مطلبين، الأول نعالج من خلاله تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل أحكام الشريعة الإسلامية، والثاني تطرقنا فيه إلى تحديد الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري.

المطلب الأول

تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل أحكام الشريعة الإسلامية

لا شك أن التقنيات الطبية الحديثة المساعدة على الإنجاب خارج المسار الطبيعي المتعارف عليه، هي من النوازل الفقهية التي أثارت الجدل حيث كان لابد من التصدي لها بالبحث والدراسة الشرعية، فكان لفقهاء الشريعة الإسلامية الدور الأهم في ضبط الإطار الشرعي لهذه التقنيات، وتحديد الجائز و الغير جائز منها، ومن هذا المنطلق سنحاول من خلال هذا المطلب توضيح موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي بمختلف صورة الممكنة وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين

[1] لتفاصيل أكثر، أنظر، https://www.tqmagazine.net/Details.aspx?id=1996 تاريخ الاطلاع، 2022/02/18، أنظر كذلك، https://www.emaratalyoum.com/life/life-style/2022-02-08-1.1596364 تاريخ الاطلاع 2022/02/18.

الأول نتطرق فيه إلى مشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، و الثاني نتعرض من خلاله إلى مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بمشاركة الغير.

الفرع الأول

مشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين سواء أثناء قيام الحياة الزوجية أو بعد انتهائها.

أولا: التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الحياة الزوجية

صورة التلقيح الاصطناعي أثناء قيا الحياة الزوجية هي من أكثر تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب تداولا إلا أن مسألة الجواز فيها جاءت وفق اتجاهين، اتجاه مجيز لها واتجاه رافض حيث يقدم كل فريق حجج وبراهين سنوضحها فيما يلي:

1- الاتجاه الرافض لتقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

كما ذكرنا أن ظهور تقنية التلقيح الاصطناعي أثارت الجدل الفقهي وبالنتيجة كان هناك رأي مخالف ورأي مؤيد لهذه التقنيات المستحدثة في مجال الطب الإنجابي المساعد، حيث يرى الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية أن اللجوء للتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب هو اعتراض على مشيئة الله عز وجل ورفض للقضاء والقدر الذي سطره الله تعالى لعباده من جهة، ومن جهة أخرى لما فيه تعدى على الحرمات، وللمشاكل التي قد يثيرها في مجال الأنساب والاطلاع على العورات، وأسس هذا الاتجاه رأيه وفق الأدلة الشرعية التالية.

أ- تعارض الطب الإنجابي المساعد مع مشيئة الله عز وجل:

يرى هذا الجانب من الفقه أن التلقيح الاصطناعي فيه رفض للقضاء والقدر كون أن الله سبحانه وتعالى إذا ما حرم زوجين من الذرية فهذا لحكمة ربانية أرادها الله عز وجل، ودليل ذلك من القرءان هو قوله تعالى" لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ"[1]، و على هذا الأساس يرى جانب الفقه عدم مشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، قياسا على عدم جواز الاعتراض على القضاء و القدر و يعتبرون أن هذا تحدي لمشيئة الله عز و جل[2].

ب- الاطلاع على العورات وانتهاك لحرمة الحياة الزوجية:

يرى كذلك هذا الفريق من الفقهاء عدم جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، لما فيه من انتهاك لحرمة الحياة الزوجية وإطلاع على عورة الزوجين من طرف الطبيب[3]، وهذا غير جائز قطعا والأدلة في هذا كثيرة ومتعددة نذكر منها من القرءان

---

[1] أنظر، سورة الشورى، الآية 49-50، و مما جاء في معنى الآية عند المفسرين، تفسير بن كثير، حيث ذكر أنه " يخبرنا الله تعالى أنه خالق السماوات والأرض، ومالكهما والمتصرف فيهما، وأنه يعطي من يشاء ويمنع من يشاء، ولا مانع لما أعطى ولا معطي لما منع، وأنه يخلق ما يشاء " يهب لمن يشاء إناثاً " أي يرزقه البنات فقط " ويهب لمن يشاء الذكور" أي يرزقه البنين فقط، " أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً" أي ويعطي لمن يشاء الزوجين الذكر والأنثى أي من هذا وهذا، " ويجعل من يشاء عقيماً " أي لا يولد له، فجعل الناس أربعة أقسام، منهم من يعطيه البنات، ومنهم من يعطيه البنين، ومنهم من يعطيه من النوعين وذكوراً وإناثاً، ومنهم من يمنعه هذا وهذا، فيجعله عقيماً لا نسل له ولا ولد، " إنه عليم" أي بمن يستحق كل قسم من هذه الأقسام، " قدير" أي على من يشاء من تفاوت الناس في ذلك، فسبحان العليم القدير، https://www.alro7.net/ayaq.php?langg=arabic&aya=50&sourid=42 ، تاريخ الاطلاع 2021/09/12

[2] شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي – التلقيح الصناعي نموذجا – مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 01، شوال 1440 هـ / يونيو 2016، ص 19، https://www.sharjah.ac.ae/en/Research/spu/Journalsharia/Documents/V16/Issue%201/1.pdf

[3] شادية الصادق حسن، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا – معهد العلوم والبحوث الإسلامية، ع 02، 28 فبراير 2011. ص 06.

الكريم قوله عز وجل قوله عز وجل ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[1]، و من السنة النبوية، قول الرسول صلى الله عليه و سلم " إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ حَظَّهُ مِنَ الزِّنَا، أَدْرَكَ ذَلِكَ لاَ مَحَالَةَ، فَزِنَا العَيْنِ النَّظَر، وَزِنَا اللِّسَانِ المَنْطِقُ، وَالنَّفْسُ تَمَنَّى وَتَشْتَهِي، وَالفَرْجُ يُصَدِّقُ ذَلِكَ كُلَّهُ وَيُكَذِّبُهُ"[2]، و يكون هذا سواء بالنسبة للزوجة أثناء إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي، أو بالنسبة للزوج أثناء مرحلة الفحص والتشخيص، وكذلك الحالات التي تستدعي استخراج المني من الزوج بشكل طبي من طرف الطبيب أو عن طريق الاستمناء[3]، و هذا الأمر مخالف للفطرة الإنسانية و فيه تنازل عن الكرامة التي خص بها الله عز و جل عباده حيث قال في محكم التنزيل " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"[4].

ج- لا يجوز الإنجاب دون المعاشرة بين الزوجين:

و يرى كذلك أصحاب هذا الرأي أن الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي يكون بدون جماع و معاشرة جنسية بين الزوجين و هذا يتنافى مع حقيقة الزواج الذي فيه إشباع للغريزة الجنسية بين الزوجين، يقول في هذا ابن قدامة "... ولا معني لقول من قال، يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل، فتحمل ، لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تُمني بها ، فلا يختلط نسبهما ، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها إستدخلت منيه وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال

[1] أنظر، سورة النور الآيتين 30-31

[2] البخاري، كتاب الاستئذان، باب زنى الجوارح دون الفرج، حديث رقم 6243، 2002، صفحة 1558

[3] شيخة أحمد التفاق، المرجع السابق، ص 19.

[4] أنظر، سورة الإسراء، الآية رقم 70.

ذلك أحد"[1]، كما أنهم يستدلون بقول الله عز و جل" نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُواْ لأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّكُم مُّلاَقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ"[2] و قولهم في هذا أن الآية حددت موضع الجماع، و الذي على أساسه يتم الحمل و الإنجاب بإذن الله تعالى، فلا يجوز أن نتعداه إلى طرق أخرى[3].

د- الاستدلال بالقاعدة الشرعية "سد الذرائع"[4]:

طبقا لهذه القاعدة الشرعية يرى أصحاب هذا الرأي عدم جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين[5]، لما فيه من تمهيد الطريق لبعض المفاسد خاصة بالنسبة لبعض التقنيات المستعملة في مجال الطب الإنجابي الحديث كإنشاء بنوك المني، و الأخطاء الطبية المحتملة الوقوع، ما يفتح المجال للشك في نسب المولود[6]، لنجد أنفسنا أمام مشاكل كان من الممكن تفاديها لو أن الإنسان رضي بقضاء الله و قدره لذلك من باب أولى إعمال قاعدة سد الذرائع لتفادي المشاكل المستقبلية المتوقعة الحدوث نتيجة هذه النوازل المستحدثة في مجال الطب الانجابي المساعد.

---

[1] شادية الصادق حسنن، المرجع السابق، ص 06.

[2] أنظر، سورة البقرة، الآية 223

[3] شيخة أحمد التفاق، نفس الرجع، ص 18، أنظر كذلك، زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 70-71.

[4] يرى أصحاب هذا الرأي في الذريعة أو الذرائع أنها الوسائل للوصول إلى أمر فيه مفسدة، أي أنها أمور ظاهرها الإباحة وباطنها الوصول إلى المحظور، لتفاصيل أكثر أنظر، عبد الملك حسين علي التاج، قاعدة سد الذرائع و أثرها في حماية الأسرة، عمل المرأة أنموذجا، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 35، العدد 6، ديسمبر 2019، الصفحة 401-461،
https://bfda.journals.ekb.eg/article_63719_2004a6242e22c877fc04b9758271fc02.pdf

[5] زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 72.

[6] خليل إبراهيم حسن العبيدي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن اختلاط الأنساب من التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، ط 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن – عمان، 2017، ص 137.

2- الاتجاه المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

فيما ذهب الرأي الأول إلى القول بعدم جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، هناك الرأي المقابل الذي أجاز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وهو الرأي الغالب بين جماهير العلماء المعاصرين[1]، وهذا ما سنفصل فيه حيث أسس أصحاب هذا القول رأيهم وفق أدلة تناقض أدلة الرأي المخالف وأقرو بمشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين استنادا الى مجموعة من الأدلة والبراهين سنذكرها يلي.

أ- مشروعية التداوي والعلاج:

المتفق عليه في الإسلام هو مشروعية التداوي، و الأحاديث النبوية في هذا كثيرة و متعددة و بروايات مختلفة نذكر منها حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة و السلام أنه قال" إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء"[2] وعلى هذا الأساس يتفق الفقه على أن التداوي أمر مباح و مستحب، لا بل أنه و في حالات كثيرة يكون أمرا واجبا، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن العقم هو من الأمراض التي يمكن علاجها[3]، كما أن حاجة الزوجين إلى الإنجاب يعتبر غرض مباح و مشروع يمكن معالجته عن طريق التقنيات الطبية الحديثة، وفق ضوابط وشروط سيأتي الحديث عنها لاحقا، و حصل الخلاف و النقاش حول بعض المسائل الفقهية الخاصة بالتداوي ذات العلاقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب خاصة ما تعلق منها بكشف عورة المرأة[4] و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يمكن حصر المبادئ والأحكام

[1] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 70.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 01، كتاب الطب، باب ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم 5678، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق وبيروت، 1423هـ-2002م، ص 1441.

[3] نجلاء عبد الجواد فتح الله صهوان، الإخصاب الطبي المساعد في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، العدد 35، ج 01، 1442هـ، 2020م، ص 457-458.

[4] لتفاصيل أكثر، أنظر، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، مرجع سابق، ص 116.

العامة التي تحكم مسألة علاج المرأة وفق ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة لعام 1405هـ[1]، في النقاط التالية:

- انكشاف المرأة على غير من يحل شرعا بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بأي حال من الأحوال، إلا لغرض مشروع يجعل من هذا الانكشاف أمرا مباحا.
- احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها، تسبب لها إزعاجا، يعتبر غرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لغرض العلاج بشرط أن يتقيد الانكشاف بقدر الضرورة.
- في حالة انكشاف المرأة لغرض العلاج، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة وإلا فامرأة غير مسلمة، فطبيب مسلم ثقة وإذا لم يوجد فطبيب غير مسلم بهذا الترتيب كما لا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى[2].

في نفس السياق يقول الإمام السرخسي عليه رحمة الله" إذا جاء العذر فلا بأس بالنظر إلى العورة لأجل الضرورة، فمن ذلك أن الخاتن ينظر إلى الموضع، ومن ذلك عند الولادة، فالمرأة تنظر إلى موضع الفرج وغيره من المرأة، لأنه لابد من قابلة تقبل الولد، وبدونها يخاف على الولد"[3] كما أضاف في هذا الإمام السرخسي" على أنه يجب أن تعلم المرأة امرأة لمداواتها، وكذلك الرجل يجب أن يعلم رجل ليقوم بمداواته، والعلة من ذلك أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظر الجنس إلى جنس

[1] إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق ص 419.

[2] إسماعيل غازي مرحبا، نفس المرجع.

[3] قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، المرجع السابق، ص 117.

آخر، أما إذا تعذر هذا فقد نص الغمام النووي على وجوب حضور محرم للمرأة من زوج أو من غيره ليكون معها أثناء العلاج أو الجراحة"[1]

وعلى هذا الأساس فإن التداوي والعلاج لغرض الإنجاب هو أمر مشروع بالنسبة للزوجين على ألا يخرج هذا عن الضوابط التي تحكم مسائل والتداوي في الشريعة الإسلامية.

ب- الحث على الإنجاب والترغيب فيه:

لا شك أن طلب النسل من الأمور التي حث عليها الإسلام ورغب فيها والأدلة في ذلك كثيرة ومتعددة سواء من القرءان الكريم أو السنة النبوية الشريفة، إذ نجد الكثير من الآيات والأحاديث النبوية تشير إلى الحث على الإنجاب والترغيب فيه، ونذكر منها قوله عز وجل" وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا"[2]، و قال أيضا " وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ..."[3]، و من السنة النبوية الشريفة قال النبي صلى الله عليه و سلم " تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ "[4]، و في هذا دليل في الحث على الإنجاب الترغيب فيه، و يكون هذا في الأصل عن طريق النكاح المشروع و بالطرق الطبيعية للإنجاب، و إذا لم يحدث الإنجاب بالشكل الطبيعي المتعارف عليه لا حرج على الزوجين في اللجوء الوسائل الطبية الحديثة المساعدة على الإنجاب دون الخروج عن الضوابط التي حددتها الشريعة الإسلامية.

---

[1] قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، نفس المرجع، ص 118.

[2] انظر، سورة الفرقان الآية 74.

[3] أنظر، سورة النحل الآية 72.

[4] أنظر، الدكتور محمد بكر إسماعيل، تزوجوا الودود الولود، تحت قسم من وصايا الرسول صلى الله عليه وسلم، مقال منشور على موقع: https://rasoulallah.net/ar/articles/article/25037 ، تاريخ النشر، 2019/10/17، تاريخ الاطلاع 2021/12/28.

ج- الاستدلال بالقاعدة الشرعية " المشقة تجلب التيسير":

اليسر في الدين غاية و مقصد شرعي، و الأدلة على هذا من القرءان الكريم كثيرة و متعددة نذكر منها قول الله عز وجل " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ "[1] و قوله تعالى" و ما جعل عليكم في الدين من حرج"[2] و قوله عز وجل" يُرِيدُ اللهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا"[3]، و غير ذلك من الآيات القرآنية الكثير، و مما نجده في سنة النبي صلى الله عليه و سلم أن عائشة رضي الله عنها قالت" ما خير رسول الله صلى الله عليه و سلم بين أمرين إلا اختار أيسرهما..."[4] و من أحاديث النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال" يَسِّرُوا ولا تُعَسِّرُوا، وبَشِّرُوا، ولا تُنَفِّرُوا "[5] و أساس هذه القاعدة هو التخفيف على المسلم في عباداته و معاملاته و غير ذلك من أمور الدنيا التي تشق عليه، وقياسا على هذا فالمشقة التي تلحق بالزوجين جراء عدم قدرتهما على الإنجاب بشكل طبيعي تدخل في دائرة الأمور التي تستوجب التيسير، كون أن عدم الإنجاب و إشباع غريزة الأمومة و الأبوة يعتبر ضررا يتأذى به الزوجين و قد يخلق لهما الكثير من المشاكل الشخصية و العائلية والتي تدخل في دائرة الشقاق، لذلك و من باب أولى يسمح للزوجين اللجوء إلى الوسائل الطبية الحديثة المساعدة على الإنجاب، و رفع المشقة عنهما من أجل ضمان استقرار حياتهما الزوجية[6].

---

[1] أنظر، سورة البقرة، الآية 185.

[2] أنظر، سورة الحج، الآية 78.

[3] أنظر، سورة النساء، الآية 28.

[4] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم 3560، ص 877.

[5] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، نفس المرجع، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، الحديث رقم 68، ص 30.

[6] خليل إبراهيم حسن العبيدي، مرجع سابق، ص 141-142.

ثانيا: التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية

جواز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجين جاء على قولين حيث نجد أغلب الفقهاء لا يجيز هذا الأمر، لكن في المقابل نجد من الفقهاء من تطرق إلى الموضوع بالتفصيل والدراسة وأجاز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية، وسنعرض أدلة الرأي المؤيد والرأي الرافض فيما يلي:

1- الرأي المؤيد للتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج:

أجاز بعض الفقهاء هذا النوع من التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وقولهم في ذلك أن أحكام الزوجية لا تنتهي بالوفاة، وإنما تكون بانتهاء العدة الشرعية، وعلى هذا الأساس يري أنصار هذا الاتجاه بجواز تلقيح الزوجة بمني زوجها قبل انتهاء فترة عدتها، ويقول في هذا الدكتور عبد العزيز الخياط" ... وإن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا، ويستهدى 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 و رجلان أو رجل و امرأتان عند أبي حنيفة)، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة و لأن النسب ثابت قبل الولادة و ثابت أن النطفة منه، و إنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة"[1]، و على هذا الأساس يرى أصحاب هذا الرأي إباحة التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج بشرط أن يكون ذلك أثناء فترة العدة، كون أن أحكام الزوجية لا تنتهي بمجرد وفاة الزوج و إنما تبقى آثار الزوجية قائمة إلى حين انتهاء فترة العدة، و عليه يجوز للزوجة أن تلجأ إلى التلقيح الاصطناعي بماء زوجها الذي تم أخذه و تجميده مسبقا في بنوك المني كما وضحنا، و الملاحظ أن أصحاب هذا الرأي و بالرغم من أنهم أجازوا تقنية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج إلا أن كلامهم يشوبه نوع من التحفظ و يقرون في المقابل بعدم استحسان الإنجاب بهذه الطريقة كما

[1] زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 82-83.

هو واضح من خلال كلام الدكتور عبد العزيز الخياط، وفي المقابل فإن الفريق الأكبر من علماء الشريعة الإسلامية يعارض هذا القول كما سنوضح فيما يلي.

2- الرأي الرافض للتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة:

بالرغم من الأدلة التي قدمها أصحاب الرأي المجيز للتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، إلا أن الفقهاء أجمعوا على عدم جواز التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، ودليلهم في ذلك بخلاف أصحاب الرأي الأول هو أن الحياة الزوجية تنتهي بمجرد الوفاة و بالتالي تنقطع العلاقة بين الزوجين، و تدخل الزوجة في حكم الأرملة المتوفى عنها زوجها و عليه يسقط في حقها وصف الزوجة و بالتالي فالتلقيح في هذه الحالة يأخذ نفس حكم التلقيح بنطفة غير الزوج لاعتبارها نطفة محرمة، و يقول في هذا الشيخ مصطفى الزرقا " إن هذه الصورة محتملة الوقوع و من الواضح أن الاقدام عليها غير جائز شرعا، لأن الزوجية تنتهي بالوفاة و عندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرمة"[1]، من جهة أخرى يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في جواز الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي هو الضرورة و حاجة الزوجين للولد[2]، و بالتالي يزول الجواز بزوال الضرورة، حيث يمكن للزوجة بعد انقضاء عدتها الزواج من رجل آخر و الإنجاب سواء طبيعيا أو اصطناعيا، و من أدلة أصحاب هذا الرأي كذلك، هو أن تلقيح الزوجة بعد وفاة زوجها هو مفسدة شرعية، كون أن الغرض الشرعي من عدة الزوجة المتوفى عنها زوجها هو استبراء للرحم، و بالتالي فالتلقيح في هذه المرحلة هو افساد لما شرعت العدة لأجله[3]، و نجد في هذا فتوى

[1] زياد أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 81.

[2] إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 362.

[3] إسماعيل غازي مرحبا، نفس المرجع.

حديثة لدار الإفتاء الأردنية تحرم إجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لأن العلاقة الزوجية تنقطع بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين[1].

الفرع الثاني

مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بمشاركة الغير

الأصل في هذه المسألة أن أغلب الفقه اتجه إلى عدم جواز التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية سواء عن كان هذا من خلال استعمال المواد الإنجابية للغير أو عن طريق الرحم البديل كما سبق و أن وضحنا بخصوص طرق التلقيح الاصطناعي الممكنة طبيا، وبالنتيجة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أقروا بتحريم كل تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بمشاركة طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية[2]، إلا أننا نجد من الفقهاء من اجتهد في هذا الموضوع و تعمق فيه بالتفصيل و التحليل، باعتباره من النوازل الفقهية و ذلك بطرح بعض الاستثناءات التي يمكن الأخذ بها من الناحية الشرعية و هذا ما سنوضحه أكثر فيما يلي و نشير هنا أن هذه الاستثناءات تتعلق بالحالات التي يلجأ فيها الزوجين إلى تقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الاستعانة بالرحم البديل بمختلف صوره و على هذا الأساس نستبعد كل الحالات التي يتم فيها التلقيح بماء غير الزوج باعتبارها محرمة شرعا و بإجماع الفقهاء كما ذكرنا، أما بخصوص الاستثناءات المختلف فيها فإنها جاءت على النحو التالي.

أولا: الحمل لمصلحة الغير (شتل الجنين وتأجير الأرحام)

الحمل لمصلحة الغير أو ما يطلق عليه فقها بمسألة شتل الجنين يتخذ عدة صور سبق وأن وضحناها وهي الحالات التي يتم فيها التلقيح الاصطناعي بالاستعانة

[1] الفتوى رقم 3592، صادرة عن دار الإفتاء الأردنية، بتاريخ: 09/27 2020م، بخصوص موضوع" حكم زرع النطفة الملقحة بعد وفاة الزوج"، (أنظر، الملحق رقم 04).

[2] إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 420.

برحم غير الزوجة سواء كان هذا عن طريق التبرع أو تأجير الرحم وعرفت هذه المسألة خلافا فقهيا حيث نجد من الفقهاء من أجاز هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، في المقابل نجد أغلبية اتجهت إلى عدم الجواز وهذا ما سنفصل أكثر فيه فيما يلي

1- **الاتجاه المؤيد لمسألة الحمل لفائدة الغير**: يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بجواز الرحم البديل والحمل لمصلحة الغير مع وضع ضوابط وشروط لهذه العملية ولا شك أنهم استدلوا في هذا على حجج وبراهين نذكر منها:

أ- عدم التعارض مع النصوص الشرعية:

يرى في هذا أصحاب هذا الاتجاه أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة[1]، وأنه لا وجود لنص شرعي من القرءان الكريم أو السنة النبوية الشريفة يمنع تقنية الحمل لفائدة الغير[2]، بالصورة الجائزة المتفق عليها وهي أن تكون البويضة المزروعة في رحم الأم البديلة مخصبة بالمواد الإنجابية للزوجين وبالتالي فإن البويضة التي تحملها الأم البديلة في رحمها ليس منيا خالصا بل تغيرت صفته بعد تخصيبه مع بويضة الأم الأصلية[3].

ب- الحكم بالجواز قياسا على مسألة الرضاع:

حيث يرى في هذا أصحاب هذا الرأي أن في المسألة اقتران بين الحمل والرضاع وهذا بدليل القرءان الكريم أين قال الله عز وجل" وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" وقياسا على هذا فإن دور الأم الحامل (صاحبة الرحم البديل) هو نفس دور الأم المرضعة فإذا كانت الأخيرة تمنح الطفل الحليب فإن الأم الحامل تمنح الجنين الغذاء فقط، وعلى ذلك فان الاستعانة بالرحم البديل يأخذ حكم الاستعانة بالثدي لإرضاع

[1] حيدر حسين كاظم الشمري، مرجع سابق، ص 76-77.

[2] عائشة احمد سالم، مرجع سابق، ص 157.

[3] عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 156.

الطفل، " وجمعهما وضمهما في فترة واحدة مدتها ثلاثون شهرا ليس له تفسير إلا أن عالم الغيب قد أوردها بهذه الكيفية ليكون نصا مباشرا لإباحة استئجار الأرحام وقيل قياس الرحم على الثدي بجامع التغذية في كل فكما تتم التغذية عن طريق الفم في حال الإرضاع تتم في الرحم بمواد مستخلصة من الطعام المهضوم في أحشاء الأم بواسطة الحبل السري فهي مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين في كل منهما"[1]

ج- عدم وجود أي شبهة لاختلاط الأنساب:

حيث أن هذا الامر مؤكد طبيا وهو عدم وجود إمكانية لاختلاط الأنساب والطفل المولود سوف يحمل الصفات الوراثية من المواد الإنجابية الخاصة بالأب صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة فقط دون غيرهما، ولا يمكن أن تنتقل هذه الجينات عن طريق الرحم وهذا الأمر مثبت طبيا كون أن الرحم يقتصر دوره على حضانة الجنين وحمايته وإمداده بما يلزمه أثناء فترة نموه وتخلقه داخل الرحم[2].

د- حالة الضرورة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حالة الضرورة تبيح الاستعانة بالرحم البديل والتي تتحقق عندما يرغب الزوجان بالإنجاب ولكن لا يستطيعان ذلك لأسباب مختلفة سبق وأن ذكرناها في بحثنا هذا، فيلجئان الى الاستعانة بالرحم البديل والجواز أساسه القاعدة الفقهية التي تفيد بأن الضرورات تبيح المحظورات[3]، كما أن لاستعانة بالرحم البديل وتأجير الأرحام هو "وسيلة من وسائل العلاج والتداوي التي أمر بها

[1] فاطمة المتولي عبده محمد، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر (فرع الدقهلية)، مصر، المجلد 15، العدد 5، 2013، الصفحة 2598.

[2] فاطمة المتولي عبده، نفس المرجع، ص 2600.

[3] حيدر حسين كاظم الشمري، مرجع سابق، ص 79.

الرسول صلى الله عليه وسلم وإن في جواز تأجير الأرحام هو لون من التيسير الذي يتميز به تشريع الإسلام"[1].

كانت هذه مجموعة الأدلة والبراهين العامة التي استند اليها كل من أجاز تقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الرحم البديل، ومن أهم الشيوخ الذين يمثلون هذا الرأي نجد الدكتور عبد المعطي بيومي عميد كلية أصول الدين بجامعة الأزهر، الذي يجيز مسألة الحمل لفائدة الغير وتأجير الأرحام قياسا على قاعدة" يحرم من تأجير الرحم، ما يحرم من الرضاع"[2]، ونجد من بين أهم الفتاوى التي أجازت مسألة الحمل لمصلحة الغير فتوى الدكتور محمد محروس الأعظمي الذي فصل في المسألة وأجاز تأجير الرحم وفق ضوابط وشروط حددها كالتالي:

- أن يكون مصدر البويضة التي تم زرعها في رحم المرأة الحاضنة من زوجة لا تزال العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها قائمة.
- أن تكون الحاضنة متزوجة أو مطلقة أو أرملة، ولا تجوز حضانة البكر.
- أن يستبرأ رحم الحاضنة بحيضتين في الأقل، ثم تزرع بويضة المرأة الأخرى بعد التأكد من عدم الحمل، أما المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، يجب انقضاء عدتها الشرعية.
- وجوب علم الزوج وموافقته.
- وجوب أخذ موافقة أولياء المرأة المطلقة، أو المتوفى عنها زوجها.
- أن يتم تلقيح البويضة بماء زوج المرأة صاحبة البويضة دون غيره.
- أن يمنع زوج المرأة الحاضنة عن معاشرة زوجته قبل زرع البويضة وبعد إتمام عملية الولادة بمدة معينة يتم تحديدها من طرف الطبيب المختص.

[1] فاطمة المتولي عبده، نفس المرجع، ص 2599.

[2] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2007، ص 170.

- أن يتم هذا بمعرفة طبيب مختص، مسلم، عدل، لم يظهر منه أمر التهاون بالدين وأحكامه، مواظب على الطاعات، مشتهر بالتحري في أفعاله.
- عدم اتخاذ عملية تأجير الرحم مهنة يتم ممارستها باستمرار، كما ذكر أنه من الممكن السماح للمطلقة وللأرملة امتهان هذا الأمر في حالة الضرورة.
- وجوب توثيق كل المراحل الخاصة بهذه العملية وفق الضوابط التي تحددها قوانين الدولة[1].

2- الاتجاه الرافض لمسألة الحمل لفائدة الغير: نشير هنا على أنه بالرغم من أن بعض الفقهاء وهم قلة ممن قالوا بمشروعية الرحم البديل وفق ضوابط وشروط يجب مراعاتها إلا أن أغلبية الفقه يتجه إلى القول بعدم الجواز وأدلتهم في هذا كثيرة ومتعددة نذكر منها ما يلي.

أ- عدم وجود نص شرعي يقضي بإباحة الرحم البديل:

يقول في هذا أصحاب هذا الرأي أنه لا يوجد نص في القرآن أو السنة النبوية الشريفة يقضي بإباحة الحمل لفائدة الغير، بل على العكس من ذلك يمكن استنباط عدم جواز هذه المسألة بدليل القرءان الكريم والسنة النبوية حيث قال الله تعالى" وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ إِلَّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغى وَراءَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ العادُونَ"[2]، وتفسيرهم في هذا هو أن الآية الكريمة جاءت واضحة وصريحة وحددت على سبيل الحصر حفظ الفروج إلا على الزوجة أو ما ملكت اليمين دون غيرهما، ويستفاد من هذا عدم جواز وضع أو إيصال أي ماء رجل إلى امرأة إلا أن تكون زوجته[3]، أو ما ملكت يمينه وأضاف على هذا بعض

[1] محمد محروس الأعظمي، ظهور الفضل والمنة في بعض المسائل المستحدثة في نقل الأعضاء وعلم الأجنة، ب.د.ط، كتاب منشور على موقع جامعة المدينة العالمية – ماليزيا، ب.د.د، https://elibrary.mediu.edu.my/books/SDL2424.pdf ، تاريخ الاطلاع، 2021/09/12. الصفحات، 52-57.

[2] أنظر، سورة المعارج، الآية 29-31.

[3] حيدر حسن كاظم الشمري، مرجع سابق، ص 83.

الفقهاء تحريم الرحم البديل بجميع صوره وإن كانت المرأة صاحبة الرحم البديل هي زوجة ثانية فيما أجاز البعض الآخر هذه الحالة كما سنفصل لاحقا، و دليلهم من السنة النبوية قوله صلى الله عليه و سلم" لا يحل لمرئ يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره" و يتجسد معنى الحديث في حرمة إدخال ماء رجل في رحم غير زوجته، و التحريم هنا يشمل إدخال المني سواء وحده أو بعد تخصيبه مع بويضة الزوجة و زرعه في الرحم البديل[1].

ب- إفساد معنى الأمومة والأبوة:

الحمل لمصلحة الغير فيه إفساد لمعنى الأمومة، كون أن الأصل في إشباع غريزة الأمومة و الأبوة لدى الزوجين يبدأ من بداية المعاشرة الزوجية مرورا بمراحل الحمل والنفاس، و هو الأمر الذي يجعل العلاقة بين الأم و الجنين علاقة خاصة تجسد معنى الأمومة، و معايشة الأب لهذه المراحل مع زوجته يمنح شعورا بانسجام العلاقة بين الزوجين و الجنين، على عكس ما يحدث أثناء عملية الحمل لمصلحة الغير، أين يعيش الجنين و يتكون في رحم آخر بعيدا عن الأم و الأب، بحيث تتحمل الأم البديلة مشاق الحمل و الإنجاب ومتاعب النفاس، ثم تسلم الطفل للزوجين، و بذلك يختل معنى الأمومة و الأبوة و ينتج لنا طفل لأمين، الأم صاحبة البويضة و التي يحمل منها الطفل الصفات الوراثية، و الأم التي أنجبت و تحملت مشقة الحمل و الولادة[2].

ج- مخالفة العقد الشرعي:

الحمل لمصلحة الغير فيه مخالفة للعقد الشرعي الذي يربط بين الزوجين، ويحصر النكاح بينهما في عقد واحد[3]، و على هذا الأساس، فالإنجاب مشروط بوجود عقد زواج صحيح كامل الأركان والشروط، أما الانجاب عن طريق الرحم

[1] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 67-68.

[2] عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 164.

[3] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 69.

البديل هو إنجاب يحدث بدون وجود علاقة زوجية بين الرجل صاحب المني و المرأة صاحبة الرحم البديل[1]، و بالتالي فإن حملها للبيوضة المخصبة بالمواد الإنجابية للزوجين يعتبر حملا غير شرعي لأن الذرية بالأساس مربوطة بصلة الزوجية فمن أجل يكون الولد شرعيا لابد أن تتم الولادة وفق الطريقة الشرعية المتعارف عليها.

د- فتح باب الشبهات وإثارة المشاكل الأخلاقية والقانونية:

الحمل لمصلحة للغير يثير الكثير من المشاكل الأخلاقية والقانونية ويفتح باب الشبهات لما فيه من اختلاط للأنساب من جهة الأم البديلة إذا كانت هذه الأخيرة متزوجة[2]، حيث يمكن أن تفشل عملية التلقيح بعد وضع البويضة المخصبة في الرحم البديل ويحدث الحمل للأم البديلة نتيجة معاشرتها لزوجها[3] مما يفتح باب الشبهة و حدوث النزاع والخلاف بين الزوجين و الأم البديلة حول نسب الولد[4]، كما أنه حتى و إن نجحت العملية فإن قضية النسب و عدم إمكانية انتقال الصفات الوراثية و الجينية عن طريق الرحم لا تزال محل خلاف حيث تقول في هذا الدكتورة إكرام عبد السالم رئيسة قسم الوراثة بجامعة القاهرة (إن الرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين وليس مجرد عامل مساعد كما يردد المؤيدون لاستئجار الأرحام فقد ثبت أنه في أثناء

---

[1] فاطمة المتولي عبده، مرجع سابق، ص 2590.

[2] خليل إبراهيم حسن العبيدي، مرجع سابق، ص 194.

[3] حدث وأن عرضت قضية من هذا النوع على القضاء الألماني، أين قام زوجين باستئجار رحم بديل لزرع لقيحه مخصبة بموادهما الإنجابية وتم هذا بالفعل وكانت النتيجة ميلاد طفلة وتم تسليمها للزوجين في المقابل تم تسليم المبلغ المتفق عليه لصاحبة الرحم المؤجرة، ثم بعد مدة تم عمل تحليل الحمض النووي D.N.A للطفلة، وكانت النتيجة أن الطفلة تحمل الجينات الوراثية لصاحبة الرحم البديل وكان هذا بسبب فشل عمل زرع البويضة وأن ميلاد الطفلة كان نتيجة المعاشرة الزوجية بين صاحبة الرحم المؤجر وزوجها، لتفاصيل أكثر أنظر، فاطمة المتولي عبده، مرجع سابق، ص 2594.

[4] شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة عن عملية التلقيح الصناعي، دار العلم والايمان للنشر والتوزيع، دسوق- مصر، 2007، ص 64-69.

نمو البويضة الملقحة تضاف بعض الصفات الوراثية من الأم الحاضنة أو الحامل عن طريق المشيمة)[1].

أما بخصوص المشاكل القانونية التي قد تشيرها مسألة الرحم البديل فهي كثيرة ومتعددة نذكر منها:

- القضايا المتعلقة بالنسب والآثار القانونية المترتبة عليه.
- قيام الأم البديلة بأفعال تؤدي إلى الاضرار بالجنين
- عدم تنفيذ الأم البديلة لالتزامها المتمثل في تسليم الطفل إلى أبويه، أو رفض الأم صاحبة البويضة وزوجها استلام الطفل بعد الولادة.
- طلب الزوجين أو أحدهما من الأم البديلة إنهاء الحمل[2].

غياب التكييف القانوني الصحيح لمثل هذه التصرفات يترك المجال مفتوحا للبحث والدراسة من أجل معالجتها سواء في إطار النصوص القانونية العامة بطرح التساؤل حول هل يمكن اعتبارها إخلال بالتزام عقدي أو إخلال بالتزام قانوني؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى يثار إشكال آخر حول مدى كفاية النصوص القانونية العامة في تنظيم المسائل المتعلقة بالحمل لمصلحة الغير والتي يرى الكثير من الباحثين بوجوب ضبطها وفق قوانين خاصة.

[1] ناديا قزمار، المنظور القانوني والشرعي لعقد إجارة الأرحام، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، الأردن، المجلد 15، ع 01، 2015، ص 46، كما يقول في هذا أيضا الدكتور جمال أبو السرور عميد كلية طب الأزهر، أن عدم تغير الصفات الوراثية للجنين بانتقاله إلى رحم جديد ليس القول الفصل، لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم ومن المعروف أن نمو الجنين وتكوينه لا يعتمد فقط على الكروموزومات من أمه وأبيه، بل يتأثر بالبيئة المحيطة به وربما يؤدى تناول عقاقير معينة أو سلوك عادة ضارة كشرب الكحول أو التدخين إلى تشوه الجنين، لأن الأم الحاضنة تتفاعل مع جنينها ولا بد أن تؤثر بالسلب أو بالإيجاب، وبالتالي لا نوافق على موضوع الأم الحاضنة طبعا" نقلا عن فاطمة المتولي عبده محمد، مرجع سابق ص 2597.

[2] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 70.

كانت هذه الأدلة والبراهين التي استند اليها أصحاب الرأي الرافض لتقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الرحم البديل بشكل عام، وصدر في هذا فتاوى وآراء متعددة نذكر منها:

الرأي الأول: ما قال به الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود في إحدى رسائله بعنوان " الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي" حيث قال (... التلقيح بالشتل يثبت له من العلل والمساوئ ما ثبت للتلقيح الصناعي إذ حقيقته نقل مني رجل غريب إلى رحم امرأة ليست له زوجة، والتي من واجبها صيانة رحمها عن مشاركة الأغيار، فيترتب عليه اختلاط نسب أجنبي بنسب أهلي إذ هذا المقصود الأكبر في تحريم الزنا، وانتساب الرجل إلى غير أبيه وأمه وهو واقع في التلقيح بنوعيه)[1]، كما أقر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته الثامنة لعام 1405هـ[2] بحرمة الحمل لمصلحة الغير بجميع صوره، و أكد على ذلك مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية سنة 1407هـ[3]، و هو الرأي الذي ذهبت إليه جميع دور الإفتاء و المجامع الفقهية.

الرأي الثاني: نجد في هذا الرأي وجهة نظر خاصة يطرحها الشيخ يوسف القرضاوي في هذه المسألة فبالرغم أنه يرى بحرمة الحمل لمصلحة الغير بمختلف صوره

[1] مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود، المجلد 04 (المعاملات ورسائل أخرى)، ط 03، 1446هـ الموافق لـ 2015م، الدوحة – قطر، ص 247.

[2] أنظر، القرار رقم 02، الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي، المنعقدة عام 1405 هـ الموافق لسنة 1984م، بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، ط 01، 1417هـ – الموافق لـ 1996م، مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية، ص 331-337.

[3] أنظر، القرار رقم 16 (4/3)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ، الموافق 11-16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986م، https://iifa-aifi.org/ar/1661.html#_ftn1 .

كأصل عام، إلا أنه في حال وقوع الأمر فلا بد من وجود حل شرعي للمسألة[1]، حيث ذكر أن البحث في قضية الحمل لفائدة الغير يكون وفق شروط حددها كالتالي:

- أن يكون مع امرأة ذات زوج
- أن يكون بإذن زوجها ورضاه
- أن تستبرئ حالة التلقيح وذلك بأن تستوفي المرأة الحاضنة العدة من زوجها، من أجل ضمان براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب.
- نفقة المرأة الحاضنة وعلاجها ورعايتها طوال مدة الحمل والنفاس على أب الولد الحقيقي، كون أن زوج المرأة الحاضنة ليس له أي علاقة بالطفل[2].

ثانيا: الحمل لمصلحة الزوجة الثانية (التبرع بالرحم بين الزوجات الضرات)

التبرع بالرحم بين الزوجات الضرات من أكثر المسائل التي أثارت جدلا فقهيا، حول مشروعيتها من عدمها، وهي صورة من صور الحمل لمصلحة الغير، والتي تكون فيها المرأة صاحبة الرحم البديل زوجة ثانية، أين يتم تخصيب بويضة من الزوجة الأولى بماء الزوج وزرعها في رحم الزوجة الثانية، ما يعني أن إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي وفق هذه الصورة، لا يدخل ضمن الحجج والبراهين التي استدل بها أصحاب الرأي الرافض لتقنية التلقيح الاصطناعي عن طريق الرحم البديل وبالتالي:

- لا وجود لإفساد معنى الأمومة والأبوة.
- غير مخالف للعقد الشرعي (باعتبار صاحبة الرحم البديل زوجة ثانية)
- عدم وجود شبهة لاختلاط الأنساب سواء من جهة الزوج أو الزوجة.
- لا يفتح المجال لإثارة المشاكل الأخلاقية.

[1] فاطمة محمد عبد الله، استئجار الأرحام كنوع جديد من الإتجار بالبشر بين الشرعية والتجريم في ظل أحكام الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، طرابلس، لبنان، العدد 40 أبريل 2020، ص 87،

[2] عبد الله بن زايد آل محمود، مرجع سابق، ص 244-245.

ونذكر هنا أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي أجاز هذه الصورة في دورته السابعة لسنة 1404هـ، وجاء نص الفتوى كالتالي "... 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]، إلا أن المجمع الفقهي تراجع عن هذه الفتوى وأصدر قرار يقضي بسحب حالة الجواز المذكورة وذلك في الدورة الثامنة، سنة 1405 هـ[2]، و مما يستفاد من هذا كله أن مسألة جواز هذه الصورة من عدمها تبقى محل خلاف و بحث فقهي[3]، فيما يعتبر الدكتور عارف علي عارف أن هذا حل شرعي و رؤية إسلامية راجحة، و يجب أن تتمتع الزوجة صاحبة الرحم البديل بنفس حقوق الزوجة صاحبة البويضة، أي لا يكون الزواج شكليا فقط بنية الطلاق، و أن يتم هذا بموافقتها و إرادتها و يضيف قائلا أنه " من محاسن هذه الرؤية إحداث نوع من التآلف بين قلبي الزوجتين، لأن هذا الطفل سوف يربط بينهما أكثر ولا تشعر الأم الحامل آنذاك أيضا بأن وليدها قد اغتصب منها قسرا، إذ إن الطفل يعيش معهم ضمن العائلة فلا تنتزع منها، أما في الغرب فإن الذي يحدث هو أن صاحبة الرحم المستأجر توقع هذا العقد وربما تحت سطوة حاجتها إلى المال، ولكن مشاعرها حين توقيع العقد تختلف جدا عن مشاعرها حين تضع الوليد، فهذا الانتزاع قد يترك في قلب هذه الأم جروحا قد لا تلتم على مر

[1] أنظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الإصدار الثالث، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي – مكة المكرمة، قرارات الدورة السابعة، المنعقدة بما بين 11-16 ربيع الآخر 1404هـ، الموافق لـ 15-20 يناير 1984م القرار الخامس، (ملحق رقم 01)

[2] أنظر، القرار رقم 02، الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي، المنعقدة عام 1405 هـ الموافق لسنة 1984م، بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، (ملحق رقم 02).

[3] بالرغم من أن المجمع الفقهي قرر سحب حالة الجواز، إلا أن الفقهاء اختلفوا بين مؤيد ومعارض لهذا القرار على النحو التالي:

الرأي الأول (المؤيدون): ويمثلهم كل من الشيخ مصطفى الزرقا، الشيخ جاد الحق علي جاد، والدكتور حسن حتحوت.

الرأي الثاني (المعارضون): ويمثلهم كل من المرجع الشيعي آية الله الخميني، آية الله محمد حسين فضل الله، والشيخ علي التسخيري. لتفاصيل أكثر، أنظر، محمد محمود حمزة، مرجع سابق، ص 179.

الزمان والقضايا الكثيرة في محاكم الغرب تشهد على ذلك"[1] كما يضيف قائلا " أن هذا لا يمنع من تقديم هدية ومكافأة إلى الزوجة صاحبة الرحم، وإكرامها لقاء تضحيتها ومعروفها" و يذهب الدكتور عارف علي عارف إلى أبعد من هذا بطرح فكرة جواز إجراء عقد زواج عرفي على الزوجة الثانية، بسبب أن قوانين بعض الدول تمنع تعدد الزوجات و هذا حتى لا يخضع الزوجان للمساءلة القانونية، و يقول أن العقد العرفي هذا مقبول من الناحية الشرعية في هذه الحالة"[2].

ثالثا: مدى مشروعية تقنية الرحم الاصطناعي

الحمل عن طريق الرحم الاصطناعي تعتبر من أحدث التقنيات في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب كما سبق وأن ذكرنا، و ما لاحظناه خلال بحثنا عن مدى مشروعية هذه التقنية هو أنها أحدثت جدلا علميا و اختلفت الآراء حولها من الجانب الطبي خصوصا و كذلك الأخلاقي، إلا أنه في المقابل لم تتطرق لهما البحوث القانونية و الشرعية كثيرا و هذا راجع ربما لحداثة الموضوع[3]، و من أهم الآراء الفقهية الحديثة التي تطرقت للموضوع فتوى الشيخ سمير بن عبد الرزاق مراد[4]، الذي أجاز هذه التقنية قياسا على جواز التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين وفق الضوابط التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية حيث أن الفرق بين هذا و ذاك هو أنه في التلقيح الخارجي تعاد البويضة إلى رحم الزوجة، أما في هذه الحالة يتم وضع البويضة داخل

---

[1] عارف علي عارف، الأم البديلة (أو الرحم المستأجر) "رؤية إسلامية، إسلامية المعرفة، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندون، فرجينيا، الولايات المتحدة، السنة الخامسة، ع 19، شتاء 1420هـ / 1999م، ص 100.

[2] عارف علي عارف، نفس المرجع، ص 101.

[3] يذكر في هذا الدكتور، زياد أحمد سلامة، أنه لم يتعرض أحد من فقهاء المسلمين لهذه النقطة، ويعبر عن وجهة نظره في المسألة بالقول" أن هذه العملية مباحة شرعا، فإذا جاز اجتماع هذه اللقيحة خارج الرحم الطبيعي أياما فما المانع من إبقاء هذا الاجتماع إلى نهاية الحمل" لتفاصيل أكثر أنظر، زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 109-113.

[4] سمير بن عبد الرزاق بن صالح بن محمد مراد الشوابكة، من مواليد مخيم الفوار/ الخليل سنة 1384هـ 1963م، شافعي المذهب، مقيم بعمان-الأردن، شهادة الدكتوراة في أصول الفقه من جامعة الإسكندرية – مصر، http://www.sameershaf3y.com

الرحم الاصطناعي، كما أن هذه التقنية لا تثير المشاكل المتعلقة بالنسب و انتقال الصفات الوراثية للجنين، مثل ما هو الحال عليه بالنسبة للحمل لفائدة الغير و استئجار الأرحام، و يمكن تحديد الشروط التي ذكرها الشيخ لجواز هذه التقنية في النقاط التالية:

- أن يتم يكون المني والبويضة من الزوجين (ضمان هذا يرجع لأمانة الطبيب)
- ضمان قيام الرحم الاصطناعي وظيفة الرحم الحقيقي.
- ألا يكون ذلك لمجرد إجراء التجارب
- ضمان نجاح العملية منعاً للعبثية والفوضى
- وجود حاجة حقيقية مقصودة (كأن يكون رحم الزوجة به مشكل أو تم استئصاله).

وذكر أن" وجه القول بالجواز تحقيق لمقصد من مقاصد الشريعة، وهو الإنجاب وبقاء النسل وهذا من الضروريات في شرع الإسلام، اتفقت عليه الأمة بلا خلاف منها" ويرى أن اللجوء إلى الرحم الاصطناعي لأسباب كمالية فقط ودون وجود حالة الضرورة، كأن ترفض الزوجة الحمل حفاظا على جسمها وذلك ربما لطبيعة عملها ونحو ذلك، لا يجوز، لأنها ليست مقصدا شرعيا[1]، ومن الفتاوى المعاصرة التي تجيز هذه التقنية ما قال به الشيخ حسن الجنايني و هو أحد شيوخ الأزهر الشريف، الذي يرى أن هذا الأمر مباح قياسا على إباحة الحقن المجهري و أطفال الأنابيب، و أنه لا مانع من اللجوء لتقنية الرحم الاصطناعي إذا اقتضت الضرورة ذلك على أن تكون البويضة ملقحة بمني الزوج وفق ضوابط دقيقة جدا و أن يشرف على العملية طيب مسلم مختص.

[1] أنظر فتوى الشيخ، سمير بن عبد الرزاق مراد، حكم الرحم الاصطناعي، http://www.sameershaf3y.com، تاريخ الاطلاع: 2022/02/18.

فيما نجد رأي فقهي مخالف ورافض لهذه التقنية لما فيها من إلغاء للناموس الإلاهي في آلية الحمل الآدمي وهدم فقه المواريث ونظام الأسرة كما قال الشيخ أحمد كريمة أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر، حيث وصف هذه التقنية بالعلم الفاسد والضار وأنه بدعة منكرة ومحرمة ومجرمة وأنه مدمر للأخلاقيات التي فطر الله الناس عليها، وأن كل الشرائع ترفضه وذهب إلى أبعد من ذلك حيث ذكر أن هذا يفتح باب الإلحاد، ويعتبره تحدي للمشيئة الإلهية وسيكون هذا الأمر هو الفصل الأخير في حياة البشرية بقوله[1].

الفرع الثالث

الضوابط الشرعية لتقنيات المساعدة الطبية على الانجاب

قبل تحديد الضوابط الشرعية للتلقيح الاصطناعي نشير إلى أنه وبعد تطرقنا لمختلف الآراء الفقهية بخصوص مدى مشروعية تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب أننا نميل إلى الآراء التالية:

- **بالنسبة للتلقيح الاصطناعي بين الزوجين:**
  - **أثناء قيام الحياة الزوجية:** نؤيد الرأي القائل بجواز هذه التقنية وفق ضوابط وشروط سنحددها لاحقا بتفصيل أكثر.
  - **بعد انتهاء الحياة الزوجية:** نميل إلى الرأي القائل بعدم الجواز بالمطلق.
- **بالنسبة لتقنية المساعدة الطبية على الإنجاب باستعمال المواد الإنجابية لغير الزوجين:**
  - نؤيد ما أجمع عليه الفقهاء بعدم الجواز المطلق لصحة الأدلة الغير القابلة للنقاش من الناحية الشرعية.

[1] لتفاصيل أكثر، أنظر، https://www.bbc.com/arabic/tv-and-radio-60420955 ، تاريخ الاطلاع: 2022/02/18.

➢ **بالنسبة للمساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الرحم البديل:**

- **شتل الجنين واستئجار الأرحام:** نميل إلى ما قال به الشيخ يوسف القرضاوي بعدم الجواز وإن حدث هذا فلا بد من وجود حل شرعي والبحث في أصل المسألة بأن يكون قد تم وفق الشروط التي ذكرها، ويقول في هذا الدكتور يوسف القرضاوي" إذا كنا نبحث أولا عن مشروعية هذا الأمر من الوجهة الدينية، قبل أن نبحث عن أحكامه إذا حدث بالفعل، فالذي أراه بعد طول تأمل ونظر، أن الفقه الإسلامي لا يرحب بهذا الأمر المبتدع، ولا يطمئن إليه ولا يرضى عن نتائجه وآثاره"[1]

- **التبرع بالرحم لفائدة زوجة ثانية:** نميل إلى ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة لسنة 1405هـ، وهو القول بعدم الجواز.

- **الرحم الاصطناعي:** تعتبر هذه التقنية من أحدث الأساليب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب التي لا تزال قيد البحث والدراسة، كما أن البحوث الشرعية والقانونية لم تتطرق إليها بالتفصيل الذي يمكن لنا الحكم على مدى مشروعيتها، إلا أن ما قال به الشيخ سمير بن عبد الرزاق مراد، تبقى وجهة نظر مقبولة مبدئيا إلى حين ظهور هذه التقنية للعلن لمعرفة تفاصيلها ومدى مطابقتها للضوابط الشرعية.

وبهذا نكون قد خلصنا إلى أن الرأي الغالب لفقهاء الشريعة الإسلامية هو القول بجواز تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب على أن يكون وفق مجموعة من الضوابط والشروط الشرعية سنذكرها فيما يلي:

أولا: أن يكون اللجوء إلى المساعدة الطبية هو الوسيلة الوحيد للإنجاب

أي أنه يجب على الزوجين عدم التسرع في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي والأخذ بالأسباب الطبية والعلاجية التي يمكن من خلالها تحقيق الانجاب بالشكل

[1] محمد محمود حمزة، مرجع سابق، ص 173.

الطبيعي، وإذا تعذر الأمر وكان الأمل الوحيد في الانجاب هو اللجوء إلى هذه التقنيات فلا حرج في ذلك من باب التيسير على العباد وهذا مصداقا لقوله عز وجل ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[1] وكذلك من منطلق حديث النبي صلى الله عليه وسلم حين قال " يَسِّرُوا ولا تُعَسِّرُوا، وبَشِّرُوا، ولا تُنَفِّرُوا"[2]، و بمفهوم المخالفة، إذا كان بمقدور الزوجين تحقيق رغبتهما في الأنجاب بالشكل الطبيعي لكنهما لجآ إلى الطب الانجابي المساعد دون وجود سبب جدي فإن هذا الأمر غير جائز لما فيه من تعدي على حدود الله، و كشف للعورات دون وجه حق، و على الطبيب قبل إجراء العملية التأكد أن هذه هي الوسيلة الوحيدة للزوجين من أجل الإنجاب[3].

ثانيا: ألا تخرج العملية عن إطار العلاقة الشرعية بين الزوجين

بمعنى أن تنحصر تقنية التلقيح الاصطناعي على الزوجين فقط دون غيرهما ونعني بهذا استبعاد الحالات التالية:

- الحالات التي يتم فيها التلقيح الصناعي باستعمال المواد الإنجابية لغير الزوجين (مني الغير أو بويضة الغير)
- الحالات التي يتم فيها التلقيح الاصطناعي عن طريق الاستعانة بالرحم البديل سواء كان عن طريق التبرع أو الاستئجار، أو كانت صاحبة الرحم البديل أجنبية أو زوجة ثانية

و عليه لا يجور إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي لغير الزوجين كما يجب أن يربطهما عقد زواج شرعي قائم، ما يعني عدم جواز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء

[1] أنظر، سورة البقرة الآية 185

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، حديث رقم 69، 2002، صفحة 70.

[3] نجلاء عبد الجواد فتح الله صهوان، مرجع سابق، ص 471.

الحياة الزوجية تحت أي صورة كانت، و عليه لا يجوز تجميد ماء الزوج و إيداعه في بنوك المني، بحيث يمكن للزوجة بعد انتهاء الحياة الزوجية الحصول على هذا المني و اللجوء إلى الطب الإنجابي المساعد عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي و تحقيق الحمل و الانجاب من زوجها السابق، أي أن التلقيح الاصطناعي مباح للزوجين أثناء قيام العلاقة الشرعية بينهما، فإذا انتهت هذه العلاقة لأي سبب من الأسباب و بأي وسيلة من الوسائل صارت المرأة في حكم الأجنبية عن هذا الرجل، و يمكنها الزواج من رجل آخر تحمل وتنجب منه، و بذلك لا توجد أية ضرورة شرعية تبيح اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية، و هو رأي جمهور الفقهاء أهل السنة[1]، لهذا يجب أن تتم العملية بموافقة الزوجين الصريحة و المكتوبة[2]، كما أن عدم مشروعية التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية يجعل من الأمر مقصورا على الزوجين المباشرين فقط، ما يعني عدم جواز الاستعانة بالرحم البديل حتى و لو كانت هذه الأخيرة زوجة ثانية، لتبقى مسألة الرحم الاصطناعي محل بحث و دراسة بإمكانها أن تكون الحل الشرعي المناسب لقضية الرحم البديل.

ثالثا: ضمان عدم حدوث أي ضرر أو مضاعفات للزوجين والطفل

يجب أن يتأكد الطبيب من عدم وجود أي ضرر يلحق بالزوجة أو بالجنين نتيجة إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي، وإذا علم أو غلب عليه الشك بحدوث أي مضاعفات غير مرغوب بها، لا يجوز القيام بالعملية[3]، إذ يجب عليه "الموازنة بين ما يراد تحقيقه من منفعة وما يمكن أن يجلبه من ضرر، فإذا رجحت كفة الأخيرة فإن

[1] القره داغي والمحمدي، مرجع سابق، الصفحات 574-575

[2] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 90.

[3] محمد بن يحي بن حسن النجيمي، مرجع سابق، ص 133، حيث يقول في هذا " لا يجوز إضرار إنسان محقق الوجود، كامل النمو وهو المرأة، لإيجاد إنسان نشك في إيجاده أو في استمرار حياته".

ارتكاب أخف الضررين أولى لاتقاء أشدهما"[1] ومن الأضرار التي يمكن للطبيب ترجيحها:

- عدم قدرة الأم على الحمل والانجاب لأسباب صحية.
- احتمال إصابة الطفل بتشوهات خلقية أو أمراض وراثية.
- وجود فرق شاسع في العمر بين الطفل وأبويه[2](أي يجب على الطبيب تقدير السن الأقصى المناسب للزوجين الذي يسمح لهما بالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي ورعاية الطفل وتربيته بعد الانجاب، وعليه يمكن للطبيب رفض إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إذا كان تقديره أن الفارق العمري بين الأبوين والطفل سيكون كبيرا لدرجة قد تكون نتائجها سلبية سواء بالنسبة للطفل أو الأبوين).

رابعا: أن تكون الجهة القائمة بالعملية مختصة وموثوق بها

ويعتبر هذا الشرط أساسيا في مجال المساعدة الطبية على الانجاب، وهذا لضمان عدم اختلاط الأنساب نتيجة عدم الحرص على اختلاط الأنابيب و البويضات مع غيرها من المواد الإنجابية للغير وعليه يكون وجوبا على الجهة التي توفر خدمة المساعدة الطبية على الإنجاب تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها دون غيره والحرص على عدم تغييره أو اختلاطه بماء آخر، وأن تتم العملية بموافقة الزوجين وحضورهما معا، وعلى الجهة القائمة بالعملية مراعاة الضمير المهني والأخلاقي، حيث أن أي خطأ هنا سيؤدي اختلاط المواد الإنجابية للزوجين مع غيرها الأمر الذي سينتج عنه ميلاد طفل غير معروف النسب و هذا ما سيثير الكثير من المشاكل الأخلاقية و الاجتماعية، لذلك يجب أن تتم العملية أمام جهة مختصة وموثوقة و مرخصة[3]،

[1] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 94.

[2] به روين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 96.

[3] بابكر عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 596.

وعلى هذا الأساس يترتب على الجهة القائمة بتقنيات المساعدة الطبية على الانجاب ما يلي:

- مراعاة الحيطة والحذر في عدم اختلاط المواد الإنجابية للزوجين بغيرها.
- الحصول على الترخيص القانوني من الجهات المختصة.
- وجوب الاختصاص الطبي الدقيق، (الجهة القائمة بعملية التلقيح الاصطناعي يجب فيها التخصص العلمي الدقيق في مجال الطب الانجابي المساعد وأن تتوفر على كل التجهيزات الحديثة).
- ينبغي أن تجرى العملية علي يد طبيبة مسلمة ثقة، إن أمكن ذلك وإذا لم يتيسر فطبيبة غير مسلمة موثوق منها، وإلا فطبيب مسلم ثقة، فإذا لم يتيسر فطبيب غير مسلم ثقة.
- يجب إجراء العملية فور أخذ المواد الإنجابية للزوجين، ويتم التخلص من الفائض منها على الفور وفق المعايير الطبية التي لا تسمح باستغلالها مرة أخرى بأي طريقة كانت.
- إشراف لجنة فقهية مختصة على مراقبة عمل مراكز المساعدة الطبية على الانجاب.[1]

المطلب الثاني

شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري وتحديد النسب الناتج عنه

سنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط القانونية للتلقيح الاصطناعي قبل وبعد صدور قانون الصحة الجزائري 18-11 من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسنتطرق فيه إلى تحديد نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي.

[1] لتفاصيل أكثر، انظر، نجلاء عبد الجواد فتح الله صهوان، مرجع سابق، ص 481-482، وأنظر كذلك، به رويين عبد الله حسن، نفس المرجع، ص 93-98.

الفرع الأول

شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي قبل وبعد صدور قانون الصحة الجديد 18-11 والمستجدات التي جاء بها.

أولا: قبل صدور قانون الصحة 18-11

نشير هنا إلى أن الحديث عن مشروعية التلقيح الاصطناعي في الجزائر بدأ في 1984/11/20 أين صدر في جريدة صوت الشعب مقالا يفيد بإباحة الحكومة الجزائرية التلقيح الاصطناعي، بناءا على قرار أصدره المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر، يفيد " بأن التلقيح الاصطناعي غير محرم في نظر الشريعة الإسلامية وقالت صحيفة الثورة الإفريقية أن التلقيح الاصطناعي تقرر للمرة الأولى في الجزائر في نص قانوني، وأوضحت الصحيفة أن التلقيح الاصطناعي لا يتم التفكير فيه إلا بالنسبة للزيجات الشرعية حيث سيكون الزوج هو المانح الوحيد"[1]، لكن المشرع الجزائري أول تطرق للتلقيح الاصطناعي بشكل مباشر باعتباره تقنية طبية جديدة في مجال الطب الانجابي المساعد كان بموجب المادة 45 مكرر من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم حيث نصت على أنه" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروط وهي:

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

[1] زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 239.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

أما بالنسبة للقوانين المتعلقة بالصحة الصادرة قبل القانون 18-11 لم تتطرق لموضوع التلقيح الاصطناعي، ونخص بالذكر، القانون 85-05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى، عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008.

ونذكر هنا أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري اعترف بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الانجاب سنة 2005، إلا أن هذه العمليات كان معترف بها من الناحية العملية والطبية قبل هذا التاريخ كون أنا سبق وأن ذكرنا أن الجزائر عرفت إنشاء أول مركز طبي خاص بمعالجة حالات العقم، في التسعينيات ويتعلق الأمر بمستشفى نفيسة حمود "بارني" أين تم إجراء عدة عمليات تلقيح اصطناعي ناجحة[1]، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن تطرق المشرع الجزائري للموضوع بموجب مادة واحدة فقط جعل من الأمر لا يخلو من بعض القصور حيث أغفل المشرع عدة أمور نذكر منها:

- عدم تعريف التلقيح الاصطناعي وتحديد صوره وأساليبه.
- ترك نوع من اللبس القانوني فيما يتعلق بالحاق النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي، بالرغم من أن نسب الطفل ثابت ومعترف به، لكن كان من الأحسن النص صراحة على اثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي، أو إضافة فقرة لإلحاقه بنص مباشر بالمواد المتعلقة بالنسب من نفس القانون، حتى لا يحدث أي لبس في الموضوع[2].

[1] أنظر، جريدة المساء الجزائرية، مرجع سابق.

[2] زبيري بين قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012/2011، ص 31.

- عدم التطرق إلى تخلف أحد الشروط المنصوص عليها والآثار المترتبة عنها.
- عدم التطرق إلى المسؤولية القانونية المترتبة عن مخالفة الشروط المنصوص عليها سواء بالنسبة للطبيب أو أحد الزوجين أو كلاهما.
- عدم تحديد الجزاءات المترتبة عن مخالفة الشروط المنصوص عليها.
- اغفال بعض الأمور ذات العلاقة بالتلقيح الاصطناعي وعدم التصدي لها بنصوص قانونية (كبنوك المني، تجميد البويضات، التخلص من المواد الإنجابية والبويضات الملقحة الزائدة وعدم استغلالها في أمور أخرى، مسألة انتقاء جنس الجنين، تنظيم سير وعمل المراكز الخاصة بالتلقيح الاصطناعي والطب الانجابي المساعد...).

ثانيا: بعد صدور قانون الصحة 18-11

حاول بهذا المشرع الجزائري تدارك النقص الموجود في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، و سد بعض الفراغات القانونية المتعلقة بتقنيات التلقيح الاصطناعي، كون أن معالجة الموضوع بمادة قانونية واحدة فقط ضمن قانون الأسرة لم يكن كافيا لضبط الكثير من الجوانب القانونية و العملية المتعلقة بنظام الطب الانجابي المساعد و الآثار القانونية المترتبة عليه، و كان نتيجة هذا صدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الذي شكل لنا بالفعل نظاما قانونيا لعمليات التلقيح الاصطناعي باعتباره تقنية علمية تدخل في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، تسمح للزوجين بالإنجاب دون أي تلاقي جنسي بينهما، وهذا في القسم الثالث للفصل الرابع من الباب السابع، في المواد 370 الى 376 تحت عنوان "أحكام خاصة بالمساعدة على الانجاب"، و حدد ضوابط لعمليات التلقيح الاصطناعي، وقيده بجملة من الشروط، كما حدد العقوبات الجزائية المقررة في حالة مخالفة الضوابط المنصوص عليها.

ومن خلال استقراء النصوص السابقة نقول أن المشرع الجزائري جعل من التلقيح الاصطناعي يحظى بنوع من التنظيم القانوني عكس ما كان سائدا عليه قبل

صدور قانون الصحة 18-11، وحدد له شروطا موضوعية وأخرى إجرائية يمكن تحديدها على النحو التالي:

1- الشروط الموضوعية:

أ- قيام علاقة زوجية شرعية وقانونية:

الشرط الأساسي من أجل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي هو قيام العلاقة الزوجية التي تثبت بوجود عقد زواج شرعي، وهذا الشرط نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، وأكدت عليه المادة 371 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، بمعنى أن العلاقة الزوجية لا بد من وجودها والتأكد منها من طرف الطبيب من أجل إجراء العملية، وألا يكون هذا الزواج عرفيا[1] بل لابد من وجود وثيقة عقد الزواج التي تثبت العلاقة الزوجية بصفة قانونية وكذلك وجود الدفتر العائلي، وإذا لم يتأكد الطبيب من زواج الشخصين بالوثائق اللازمة وجب عليه عدم القيام بالعملية[2].

ب- وجوب أن يكون الزوجان في السن القانوني للإنجاب:

بالرجوع إلى الفقرة الأولى لنص المادة 371 من القانون 18-11، نجد من ضمن شروط المساعدة الطبية على الإنجاب هو السن القانوني للإنجاب بنصها على أنه" تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا ..."، و الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يحدد السن القانوني للإنجاب، و لكن حدد السن

[1] يمكن للمتزوجين بعقد عرفي اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب بعد تثبيت هذا الزواج بحكم قضائي، طبقا لما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري 84-11، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، بالقول" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

[2] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، المجلد 12، ع 02، 2020.ص 123.

القانوني للزواج من خلال المادة 07 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أنه" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..." و قياسا على هذا يعتبر أدنى سن للإنجاب هو 19 سنة، حيث لا يوجد سن أقصى للزواج و هذا أمر طبيعي، أما بالنسبة للسن الأقصى للإنجاب فلم يتطرق إليه المشرع الجزائري سواء في قانون الأسرة أو في قانون الصحة[1].

ج- يجب أن يكون أحد الزوجين أو كلاهما يعاني من حالة العقم:

يمكن القول إن هذا الشرط أضافته وأكدت عليه كل من المادة 370 و371 من قانون الصحة الجديد 18-11 أي أنه وكشرط جوهري من أجل اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي لابد أن تتأكد حالة العقم من قبل طبيب مختص والمشرع الجزائري أضاف هذا الشرط بموجب الفقرة الأولى من المادة 370 التي نصت على أنه" المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا"، ليؤكد المشرع على هذا الشرط في نص الفقرة الأولى للمادة 371 بقوله" ... يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي..."، وعليه يجب على الطبيب التأكد من وجود حالة العقم من عدمها بكافة الوسائل الطبية و التقنية الممكنة، من أجل القيام بتدخل طبي بغرض المساعدة على الإنجاب، و يفهم من هذا أنه إذا كان الزوجين سليمين و رغبا في الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي لأسباب خارجة عن وجود حالة العقم، لا يسمح لهما بذلك، كما تقوم المسؤولية في حق الطبيب إذا خالف هذا الأمر، و أجرى لهما عملية تلقيح اصطناعي بالرغم من عدم ثبوت حالة العقم طبيا.

[1] أصدرت وزارة الصحة تعليمة وزارية تحمل رقم 300 مؤرخة بـ 2000/05/12، حددت السن الأقصى بـ 50 سنة بالنسبة للزوجة عند خضوعها لعملية التلقيح الاصطناعي، بينما لم تحدد السن الأقصى للزوج، أنظر، فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الصناعي بين الزوجين، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقة، المجلد 13، ع 02، 2021، ص 139، نقلا عن، قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، ع 03، 2007، ص 212.

د- وجوب موافقة الزوجين ورضاهما:

أي يجب أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بموافقة ورضا الزوجين أثناء حياتهما وعليه لا يجوز قانونا وشرعا اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد انقضاء الحياة الزوجية لأي سبب كان ويشترط لرضا الزوجين البلوغ والإدراك كما يجب ألا يشوب إرادتهما أي عارض أو مانع، وهذا طبقا لما نصت عليه المواد 40-43 من القانون المدني الجزائري وأن يكون الرضا مستنيرا وصريحا، حرا و خاليا من العيوب[1]، ويحق لكل من الزوج و الزوجة العدول عن الموافقة قبل إجراء العملية و لا يجوز للطرف الآخر إجباره على القيام بالعملية، أما بعد إتمام مرحلة التخصيب فلا يجوز الرجوع عن الموافقة، لأن هذا يدخل في حكم الإجهاض و فيه مساس بحق الجنين في الحياة، مما يعرضهما للمساءلة القانونية طبقا لقانون العقوبات الجزائري[2]، كما أنه لا يجوز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية لأي سبب كان سواء بالفسخ أو الطلاق أو الموت[3]، و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة و أكدت عليه المادة 371 من قانون الصحة 18-11، و نضيف هنا أنه قياسا على استحالة الانجاب بالشكل الطبيعي بين الزوجين بعد الوفاة أو الطلاق، يمنع التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية لأي سبب كان[4].

---

[1] تشوار (م) حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في الضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان 2006، العدد4، ص 93.

[2] تنص المادة 304 من قانون العقوبات على أن "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من20.000 إلى 100.000دينار، وإذا أفضى الاجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة" أنظر، لأمر رقم 69-74، مرجع سابق.

[3] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان ،2006 العدد 4، ص 64.

[4] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، بن عكنون، 2014/2013، ص 12.

هـ- الاقتصار في العملية على الزوجين دون تدخل أي طرف أجنبي:

و نعني بهذا وجوب الاقتصار في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي حصرا على المواد الإنجابية للزوجين دون غيرهما، و بالتالي فأي عملية تلقيح يتدخل فيها طرف ثالث غير الزوجين هي غير جائزة لا شرعا و لا قانونا لذلك يمنع إجراء عملية التلقيح بماء لغير الزوج أو أن تكون البويضة من غير الزوجة، كما أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة و هذا ما نصت عليه من المادة 45 من قانون الأسرة و أكدته المادة 371 من قانون الصحة 18-11، بالنص على أنه "... و لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج و بويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر"[1]، أما فيما يتعلق بمسألة الحمل لمصلحة الغير فإن نص المادة 45 من قانون الأسرة و كذلك المادة 371 من القانون 18-11 السالف الذكر جاء صريحا وواضحا، حيث لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، و عدم الجواز يشمل كل صور الحمل لمصلحة الغير، سواء تم عن طريق التبرع أو الاستئجار أو تبني الجنين لفائدة الزوجة الثانية، و هذا لما في الأمر من إفساد لمعنى الأمومة و إثارة للمشاكل الأخلاقية و القانونية[2]، و نجد أن المادة 374 من القانون 18-11 نصت على أنه " يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع و البيع و كل 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 او أما أو بنتا.

[1] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، مرجع سابق، ص 124.

[2] تشوار (م) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 96-97.

- بالسيتوبلازم".

كانت هذه هي مجمل الشروط الموضوعية التي جاء بها المشرع، لكن إضافة إلى هذا خص المشروع الجزائري اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب ببعض الشروط الشكلية والإجرائية سنتطرق إليها فيما يلي.

2- الشروط الشكلية:

أ- تقديم طلب كتابي من طرف الزوجين:

بالرجوع إلى الفقرة الثانية للمادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 فقد أكدت على أن يقدم الزوج والزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية ما يفيد ان هذا القانون فصل في بعض الأمور الإجرائية بهذا الخصوص، ما يعني أن الفترة الزمنية بين تقديم الطلب و إجراء عملية التلقيح الاصطناعي يجب أن لا تقل عن مدة شهر و هي مدة زمنية كافية تعطي الفرصة للزوجين من أجل الفصل في قرارهما أو إعادة النظر، أين يمكن لهما أو لأحدهما خلال هذه الفترة التراجع عن موافقته لكن بعد مضي الفترة المحددة و تأكيد الطلب الذي على أساسه سوف تتم العملية أين يباشر الطبيب التعامل مع المواد الإنجابية للزوجين و بمجرد تخصيب البويضة بماء الزوج يسقط الحق في التراجع عن الموافقة لأي سبب كان.

ب- وجود تقرير طبي يؤكد حالة العقم:

التأكد الطبي من حالة العقم كما ذكرنا هو أحد الشروط الموضوعية اللازمة من أجل اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب و هذا بنص المواد 1/370 و1/371 من قانون الصحة 18-11 يتضح لنا أن حالة العقم يجب أن تتأكد من قبل طبيب مختص وفق تقرير طبي مفصل يؤكد الحالة سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة أو

كلاهما، مع السماح لهما باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الانجاب، ما يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا لم تتأكد حالة العقم وفق تقرير طبي مفصل، فإنه لا يمكن للزوجين في هذه الحالة اللجوء إلى العملية أي أن العلاج هنا يخرج عن إطار نظام المساعدة الطبية على الانجاب[1]، و كشرط أساسي إذا لم يرفق الطبيب الملف بتقرير طبي مفصل يؤكد حالة العقم لا يجوز القيام بالعملية.

ج- الترخيص القانوني:

الترخيص القانوني هو الذي يحدد اختصاص الطبيب و نطاق عمله، حيث لا يكفي فقط الحصول على الشهادة العلمية من أجل امتهان الطب و مزاولة نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب بالخصوص، بل لابد من الحصول على الترخيص القانوني و إذا تجاوز الطبيب حدود اختصاصه فإنه يعرض نفسه للمسائلة القانونية[2]، و على هذا الأساس يجب أن تجرى كل العمليات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي من قبل أطباء أخصائيين في المجال، وممارسين معتمدين في مؤسسات أو مراكز طبية متخصصة يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالطب الانجابي المساعد، وهذا ما نصت عليه المادة 372 من القانون رقم 18-11 بالقول" تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك".

د- المراقبة والإشراف:

يجب أن يتولى الإشراف على المراكز الطبية المرخص لها قانونا ممارسة الطب الانجابي المساعد، لجنة مختصة تسهر على مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن

[1] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، نفس المرجع ص 124.

[2] موسى صالح الخفاجي، الحماية الجنائية للطبيب، ط 01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2017، ص 37.

الصحي، ومدى التقيد بالضوابط الشرعية والقانونية، وكذلك مدى توفر المركز على الوسائل الطبية والتقنية الحديثة بالقدر الذي يمنع حدوث أي خطأ من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط المواد الإنجابية، أو ضياع البويضات الملقحة وتلفها، مما قد يؤدي إلى عدة مشاكل قانونية وأخلاقية، و ما تفرضه أصول مهنة الطب هو أن يمارس الطبيب مهنته في عيادة مرتبة و نظيفة تليق بالمرضى و بسلامتهم[1]، و قد أخضع المشرع الجزائري المراكز والعيادات التي تقدم خدمة المساعدة الطبية على الانجاب إلى مراقبة المصالح واللجان الصحية المكلفة بهذا الغرض والتي يتعين عليها إعداد وإرسال تقارير سنوية مفصلة عن عمل هذه المراكز إلى السلطة الصحية المختصة، و هذا ما نصت عليه المادة 373 من القانون 18-11 حيث نصت الفقرة الأولى على أنه" يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال المحددة عن طريق التنظيم" فيما جاء نص الفقرة الثانية كالتالي" تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الانجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية".

الفرع الثاني

تحديد نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي

إثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي يعتبر من أهم المواضيع الشرعية والقانونية التي تطرق إليها الباحثون لما لها من الأهمية بمكان بالنسبة للفرد والمجتمع، والجانب التقني في مجال المساعدة الطبية على الانجاب أدى إلى اتساع النقاش القانوني حول مدى ملائمة الطرق التقليدية في اثبات و نفي النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي، و لا شك أن المشرع الجزائري كما ذكرنا حصر هذه العملية في إطار العلاقة الزوجية دون غيرها لكن البحث عن أصل المسألة يقتضي منا التطرق إلى

[1] سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، ط 01، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2004، ص 75.

نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي سواء داخل إطار العلاقة الزوجية أو خارجها، و هذا ما سنحاول توضيحه أكثر فيما يلي.

أولا: نسب مولود التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة بين الزوجين

بالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع حدد طرق اثبات النسب في المادة 1/40 من قانون الأسرة التي نصت على أنه" يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34، من هذا القانون" كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1]، كما يمكن في المقابل نفي النسب عن طريق دعوى اللعان بالاستناد إلى كل وسائل الإثبات الممكنة قانونا وهي:

- **إثبات عدم المعاشرة الزوجية لأي سبب كان:** ونصت في هذا المادة 41 من نفس القانون على انه" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية".
- **إثبات الهجرة في المضجع لمدة تفوق المدة القانونية للحمل:** وحدد المشرع الجزائري هذه المدة بنص المادة 42 من قانون الأسرة التي نصت على أنه " أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر، وأقصاها عشرة (10) أشهر".
- **إثبات فسخ عقد الزواج قبل الدخول:** وهو ما يستنتج من نص الفقرة الأولى للمادة 40 السابقة الذكر بقولها " ... أو بكل زواج تم فسخه بعد

[1] أنظر، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355180 بتاريخ، 2006/05/03، مجلة المحكمة العليا، ع 01ن 2006، ص 469-475، والذي قضت فيه بأنه " يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية،

الدخول..." ما يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا تم فسخ عقد الزواج قبل الدخول، يكون هذا سببا من الأسباب التي تؤدي إلى نفي النسب.

- **إثبات حالة العقم أو عدم القدرة على الحمل والانجاب:** كما يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فبمنطق القانون يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية والطبية لنفي النسب، ولذلك يمكن للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية التي تفيد بوجود عدم القدرة على الانجاب كثبوت حالة العقم أو عدم القدرة على الحمل وغيرها من الأسباب الطبية التي يمكن إثباتها علميا وتكون سببا في نفي النسب.

وبخصوص نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية لابد من التفرقة بين إثبات هذا النسب أثناء قيام الحياة الزوجية وكذلك بعد انتهائها.

1- نسب مولود التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الحياة الزوجية

إذا كانت الطرق السابقة الذكر تنفع في مسألة النسب الناتج عن حالات الولادة العادية فالأكيد أنها لا تنفع في مجال المساعدة الطبية عن الانجاب، كون أن الأصل في التلقيح الاصطناعي، هو الإنجاب خارج المسار الطبيعي أي دون حدوث أي تلاقي جنسي، ما يعني أن الحمل و الانجاب يحدث دون معاشرة زوجية، سواء لمدة تقل أو تفوق مدة الحمل المحددة قانونيا و بذلك لا تعتبر معيار محدد لنفي النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي أو اثباته، كما أن وجود حالة العقم و عدم القدرة على الإنجاب هي من الأسباب الرئيسية التي تدفع الزوجين إلى إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي و تحقيق رغبتهما في الانجاب، لا بل أنها تعتبر من الشروط الموضوعية اللازمة من أجل طلب المساعدة الطبية على الانجاب، لهذا فإن النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي يثبت:

- بمراعاة الشروط التي أوردها المشرع الجزائري في كل من قانون الأسرة وقانون الصحة 18-11، وينفى بانتفائها.
- يمكن اللجوء إلى كافة الوسائل العلمية والتقنية لإثبات أو نفي النسب.

وعلى هذا الأساس فإن الطفل الناتج عن طريق تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب حال قيام الحياة الزوجية ينسب إلى الزوجين متى توافرت الشروط الموضوعية والشكلية المنصوص عليها والتي تعتبر قرينة قانونية لا يمكن الطعن فيها إلا في حالتين:

- **ثبوت حالة التزوير**: إذا ثبت أن هناك تزوير في الوثائق المقدمة من طرف الزوجين بخصوص حقيقة علاقتهما الزوجية، حيث يقوم شخصين لا تربطهما أي علاقة زوجية أو يربطهما عقد زواج عرفي، بتقديم عقد زواج مزور[1].
- **ثبوت حالة الاشتباه**: في حالة الاشتباه بوجود خلط أو تلاعب في المواد الإنجابية للزوجين بغيرها أو الشك في اختلاط البويضات الملقحة الخاصة بالزوجين مع غيرها من البويضات الأخرى، يجب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية من أجل إزالة حالة الشك أو تأكيدها، كون أن الطريقة الوحيدة لإثبات النسب من عدمه في هذه الحالة هي اللجوء إلى الوسائل العلمية والطبية[2].

[1] تقوم المسؤولية في حق كل من قام بتقديم وثائق مزورة من أجل إثبات وجود علاقة زوجية، ويحق للطرف المتضرر مقاضاة الطرف الثاني ونجد أن المحكمة العليا قضت في هذا بأن " قيام العلاقة الزوجية لا يسقط حق الزوجة في مقاضاة زوجها جزائيا، ومتابعته بالتزوير". أنظر، قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 325395 بتاريخ، 2006/01/25، مجلة المحكمة العليا ع 01، 2008، ص 331-333.

[2] أجاز المجمع الفقهي استخدام البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب في حالات محددة على سبيل الحصر وهي:

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين. أنظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مرجع سابق، الدورة السابعة عشر المنعقدة بتاريخ، 19-23 شوال 1424هـ الموافق لـ 13-17 ديسمبر 2003م، القرار السابع، ص 389- 392.

2- نسب مولود التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية

تنتهي الحياة الزوجية إما بالوفاة أو بفك الرابطة الزوجية بأي صورة كانت، ولا شك أن التقنيات المستحدثة في مجال الطب تسمح بالإنجاب بعد انتهاء الحياة الزوجية وهذا الأمر يجعل من الأحكام المتعلقة بالنسب في هذه الحالات لها خصوصيتها التي تجعلها تختلف عن أحكام النسب أثناء قيام الحياة الزوجية وبالتالي تصبح المسألة أكثر تعقيدا من سابقتها وسنحاول توضيح هذا فيما يلي:

أ- النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية:

مما لا شك فيه هو عدم مشروعية التلقيح الاصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية تحت أي صورة كانت، وبذلك يبقى البحث عن أصل المسألة هنا فيما يخص النسب لا يعني الجواز، خاصة وأنه قد يحدث أن يتم التخصيب بعد فك الرابطة الزوجية وهذا ما سيؤثر على النسب من جهة الأب كون أن نسب الطفل من جهة الأم ثابت بالحمل والولادة[1] ولا بد في هذه الحالة التفريق بين فرضيتين:

- **الفرضية الأولى: فك الرابطة الزوجية بعد تخصيب البويضة**

إذا تم التخصيب قبل فك الرابطة الزوجية فالمعيار الزمني يكون هو المحدد لثبوت النسب من عدمه من جهة الأب مع الإقرار بثبوته من جهة الأم في كل الحالات وعليه:

- إذا تم الإنجاب خلال عشرة أشهر من تاريخ فك الرابطة الزوجية ينسب الولد إلى الأم والأب بقوة القانون وهذا طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 60.

- إذا تم الإنجاب بعد عشرة أشهر من فك الرابطة الزوجية ينسب الولد إلى الأم دون الأب، لتبقى مسألة إلحاق النسب للأب تخضع لما نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة إذا أقر الزوج بأبوته للطفل[1].

- **الفرضية الثانية: فك الرابطة الزوجية قبل تخصيب البويضة**

المولود الناتج عن تخصيب البويضة بعد فك الرابطة الزوجية نسبه ثابت من جهة الأم ولا خلاف فيه أما ثبوت النسب من عدمه من جهة الأب يكون على النحو التالي:

- **حالة الطلاق الرجعي**: إذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي أثناء فترة العدة وكان الطلاق رجعيا، يثبت نسب الولد إلى الأم والأب ولا خلاف في هذا إذا تم إجراء العملية وفق الضوابط المنصوص عليها.
- **حالة الطلاق البائن**: يثار الاشكال القانوني في حالة ما إذا كان الطلاق بائنا وتم إجراء التلقيح الاصطناعي أثناء فترة العدة، فالأكيد أن النسب ثابت من جهة الأم، أما فيما يخص مسألة إلحاق نسبه من جهة الأب يبقى المعيار الزمني هو المحدد لثبوت هذا النسب من عدمه فإذا كان الإنجاب خلال مدة سنة من تاريخ فك الرابطة الزوجية فإن النسب يثبت من جهة الأب أيضا[2]، و إن كان البعض يرى بعدم ثبوت النسب من جهة الأب في هذه الحالة، فإن ما نميل إليه هو القول بثبوت نسب الطفل إلى الأم و الأب حتى و إن كان الطلاق بائنا بشرط أن يكون تخصيب البويضة قد تم أثناء فترة العدة وفق الضوابط و الشروط المنصوص عليها، و أن يتم

[1] فاطمة عيساوي، مرجع سابق، ص 142.

[2] خليل إبراهيم حسين العبيدي، مرجع سابق، ص 289.

الإنجاب خلال المدة القانونية للحمل و المحددة بين ستة (06) و عشرة (10) أشهر حسب المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري[1].

- **حالة التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء عدة الطلاق:** إذا كان تخصيب البويضة بعد انتهاء فترة العدة فان المتفق عليه هو عدم ثبوت النسب من جهة الأب مع ثبوته من جهة الأم فقط[2]، وعلى هذا الأساس لا يثبت الولد من جهة الزوج في هذه الحالة سواء كان هذا الطلاق بائنا أو رجعيا.

الفرضيات المذكورة تحدد لنا النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي في حالة فك الرابطة الزوجية بالاستناد إلى الأحكام الشرعية والقانونية أما إذا أخذنا الموضوع من الجانب الإجرائي والقانوني يمكن طرح فرضيات أخرى كالتالي:

- إذا تم التخصيب قبل رفع دعوى فك الرابطة الزوجية بالرغم من التلفظ بالطلاق.
- إذا تم التخصيب بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم القضائي.
- إذا تم التخصيب بعد رفع دعوى فك الرابطة الزوجية دون التلفظ بالطلاق.
- إذا تم التخصيب بعد صدور الحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية وأثناء فترة العدة.
- إذا تم التخصيب بعد صدور الحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية وبعد انقضاء فترة العدة.

كل هذه الفرضيات تبقى محل بحث ودراسة قانونية، من أجل تحديد نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي في الحالات المذكورة، لتبقى مسألة التقيد

[1] ونرى في هذا وجهة نظر مقبولة حماية للطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي في مثل هذا الظرف القانوني الخاص، كون أن الزوجين قد يحدث بينهما مشاكل تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بعد فترة وجيزة من تقديم طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب وموافقتهما عليه بتقديم موادهما الإنجابية للطبيب بغرض إجراء العملية، فإذا كان القول بثبوت النسب للأب في حالة الطلاق الرجعي، وجب القول أيضا بثبوته في حالة الطلاق البائن بالشروط المذكورة، كون أن مسألة الرجوع من عدمها تبقى محل احتمال.

[2] فاطمة عيساوي، مرجع سابق، ص 143.

بالضوابط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي ومراعاة المدة القانونية للحمل المنصوص عليها محل اعتبار قانوني لتحديد نسب مولود التلقيح الاصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية أو أثناء فترة النزاع القضائي.

ب- النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة:

الأحكام المتعلقة بالنسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، لا تختلف كثيرا عن الأحكام المتعلقة بالنسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق، كون أنها تصب في نفس الإطار القانوني والشرعي وهو انتهاء الحياة الزوجية، لكن هذا لا يمنع من وجود بعض الخصوصيات في حالة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة والتي تقتضي الفرضيات التالية:

- الفرضية الأولى: ميلاد الطفل خلال سنة من تاريخ الوفاة

المعيار الزمني هو الأساس المحدد لإثبات النسب من عدمه في حالة الوفاة وهذا ما ينطبق كذلك عن التلقيح الاصطناعي، فإذا كان ميلاد الطفل خلال سنة من تاريخ الوفاة يثبت نسبه إلى الزوجين قطعا[1]، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه نص صراحة على ثبوت نسب الولد لأبيه إذا تم وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة[2]، و عليه ينسب الولد إلى أبيه إذا كان الإنجاب خلال المدة المحدد قانونا هذا في الحالات العادية كون أن المنطق يقول أن البويضة تم تلقيحها بالشكل الطبيعي قبل الوفاة بنطفة الزوج، لكن النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، يختلف عن ما هو عليه الحال بخصوص التلقيح الطبيعي كون أن تخصيب البويضة

[1] شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 60.

[2] تنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، كما تنص المادة 60 من نفس القانون على أنه" عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10)، أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

يكون بعد وفاة الزوج قطعا، و على هذا الأساس يمكن أن يثبت النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة بالشروط التالية:

- أن يتم التخصيب أثناء فترة العدة.
- أن تتم العملية وفق الضوابط والشروط المنصوص عليها قانونا.
- أن يتم الإنجاب خلال مدة سنة من تاريخ الوفاة.

مدة سنة تعتبر فترة زمنية مناسبة لإثبات النسب من جهة الأب المتوفى، باعتبار أن التخصيب تم أثناء فترة العدة المحدد قانونا بأربعة أشهر وعشرة أيام[1]، وهو ما يجعل الأمر مختلف بالنسبة لعدة الطلاق أو المدة المحددة قانونا في حالة الإنجاب الطبيعي، أما إذا تم التلقيح بعد انتهاء العدة، فالأكيد أن الولد ينسب لأمه قطعا دون نسبه إلى أبيه[2]، لتبقى مسألة الاثبات أو النفي تخضع للنصوص القانونية المتعلقة بأحكام النسب.

- **الفرضية الثانية: ميلاد الطفل بعد سنة من تاريخ الوفاة**

إذا تمت الولادة بعد سنة من تاريخ الوفاة، فإن الأمر يثير الكثير من الجدل كون أن افتراض حدوث هذا يشير إلى أن تخصيب البويضة تم بعد انتهاء فترة العدة المنصوص عليها، وعليه فإن نسب الولد يثبت للأم دون الأب كما ذكرنا، لكن البحث في أصل المسألة من الناحية الشرعية لسد الفراغ القانوني الموجود بخصوص هذه النقطة يجعل الأمر متوقفا على الورثة ويكون هذا على حالتين:

- **إقرار الورثة:** إذا أقر الورثة نسب المولود بعد سنة من تاريخ الوفاة يتم إلحاق نسب الولد للأب[3].

[1] تنص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري" تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ..."

[2] فاطمة عيساوي، مرجع سابق، ص 144.

[3] شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 61.

- **إنكـار الورثـة:** إذا أنكـر الورثـة نسـب المولـود بعـد مـدة سـنة مـن تاريـخ الوفاة لا يحق إثبات نسبه من جهة الأب وينسب الولد إلى أمه فقط[1].

ثانيا: نسب مولود التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة بين الزوجية

باعتبـار الشـريعة الإسـلامية مصـدرا رسميـا لقـانون الأسـرة الجزائـري خاصـة مـا تعلـق بقضـايا النسـب و الآثار المترتبـة عنهـا، فـالمتفق عليـه هـو جـواز التلقـيح الاصـطناعي في إطـار العلاقـة الزوجيـة و حرمتـه خـارج هـذا الإطـار بأي صـورة كانـت، و إن حـدث هـذا فالأكيـد أنـه سـوف تختـل المعـايير الشـرعية و القانونيـة الـتي تحكـم نسـب هـذا المولـود الـذي لابـد أن نبحـث في نسـبه كـون أن البحـث عـن أصـل المسـألة لا يعـني الجـواز و المتفـق عليـه شـرعا هـو إثبـات النسـب بالفـراش، الإقـرار و البينـة، و علـى هـذا الأسـاس نحـدد نسب مولود التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية بمشاركة الغير كالتالي:

1- النسب الناتج عن طريق منح المادة الإنجابية الذكرية (الحيوان المنوي)

إذا تم التلقـيح عـن طريـق الحيـوانات المنويـة لرجـل مـع بويضـة امـرأة لا تربطـه بهـا أي علاقة وجب التفريق بين حالتين:

أ- **المـرأة غـير متزوجـة:** إذا كانـت المـرأة غـير متزوجـة فالأكيـد هنـا أن نسـب الولـد ثابـت مـن جهـة الأم، وعليـه يكـون نسـب الولـد ثابـت في حـق أمـه الغـير متزوجـة ويلحـق بهـا، لتبقـى مسـألة إلحـاق نسـب الولـد بأبيـه (أي صـاحب النطفـة) تخضـع للأحكام القانونية الإثبات النسب[2].

ب- **المــرأة المتزوجــة:** إذا كانــت المــرأة متزوجــة لا يوجــد إشــكال في إلحــاق نسـب الطفـل لأمـه قطعـا، لكـن يثـار الاشـكال مـن جهـة الأب و بالـرغم مـن اخـتلاف

[1] شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 61.

[2] شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 70-72.

الآراء في المسألة إلا ان ما ذهب إليه أغلب الفقهاء هو إثبات النسب للزوج صاحب الفراش استنادا لقاعدة الولد للفراش مع وجود رأي معارض يقول في المسألة بوجوب تطبيق أحكام النسب الناتج عن ولد الزنا، و هذا بالرغم من اختلاف التلقيح الاصطناعي بمني الغير عن الزنا من الجانب الشرعي و القانوني، إلا أن الأسباب و الآثار المتعلقة بنسب الولد هي نفسها حيث أن الطفل هو نتاج بويضة لزوجة و نطفة لغير الزوج، و لذلك ينسب الطفل لأمه فقط دون أبيه[1] و هذا ما يمكن القول به شرعا و قانونا.

2- النسب الناتج عن طريق بويضة غير الزوجة والرحم البديل

النسب الناتج عن طريق الحمل لمصلحة الغير أو عن طريق الاستعانة ببويضة غير الزوجة تحت أي صورة كانت يأخذ أحكام متقابلة فيما يتعلق بنسب الطفل الناتج وفق هذه الحالات مما يجعلنا في حالة لبس قانوني في تحديد نسب المولود من جهة الأم هل هو لصاحبة الرحم أم لصاحبة البويضة؟

هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي تجعلنا نقف أمام حالة غير معتادة بخصوص إثبات النسب، حيث أن الولد ينسب إلى والده قطعا كون أنه هو صاحب النطفة ويختلف في نسبه من جهة الأم، وهو عكس ما كان متعارف عليه قبل استحداث تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب، حيث لم يسبق قبلها الاختلاف في نسب الطفل من جهة الأم وثبوت نسبه إلى أبيه[2]، بل دائما كان الحاصل هو العكس بثبوت نسب الطفل إلى أمه قطعا، والاختلاف في نسبه من جهة الأب، والبحث في أصل المسألة جاء على أقوال مختلفة وهي أنه:

[1] خليل إبراهيم حسن العبيدي، مرجع سابق، ص 302-303.

[2] بالرغم من اختلاف الآراء حول إثبات النسب من جهة الأب، بين من أستند لقاعدة الولد للفراش وثبوت النسب لزوج صاحبة الرحم ومن قال بأنه ليس للمولود أب وينسب إلى أمه فقط دون أبيه، كما يمكن طرح فرضية أن للطفل أبان الأب البيولوجي والأب صاحب الفراش، لكن ما نميل إليه هو القول بثبوت النسب للأب صاحب النطفة، لتفاصيل أكثر انظر، حيدر حسن كاظم الشمري، مرجع سابق، ص 179-181، أنظر كذلك، محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 363-364.

- يثبت النسب إلى صاحبة البيوضة.
- يثبت النسب إلى صاحبة الرحم البديل.
- يثبت النسب للأمين (صاحبة الرحم وصاحبة البويضة).
- عدم ثبوت النسب لأي منهما.

ونرى في هذا أن ما قال بيه أصحاب الرأي الثالث وهو أن للطفل أمين أم بيولوجية وهي صاحبة البويضة، والأم التي حملت وولدت هي وجهة نظر واقعية ويكون الأمر قياسا بمسألة الرضاع أين يكون للطفل أمين الأولى من حملت وولدت والثانية هي الأم المرضعة، ويترتب على هذا كل الأحكام التي تترتب عن مسألة الرضاع[1]، إلا أنه لا يمكن القول بها قطعا فالمسألة تحتاج إلى دراسة تأصيلية معمقة.

3- النسب الناتج في حالة التلقيح عن طريق الرحم الاصطناعي

بخصوص مسألة نسب مولود التلقيح الاصطناعي الناتج عن طريق الرحم الصناعي لم تتطرق إليها البحوث والدراسات وهذا راجع لحداثة التقنية[2]، و لا شك أن البحث في هذا لا يخرج عما سبق التطرق إليه بخصوص نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي سواء في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها، لكن أهم إشكال قد يثار بخصوص النسب الناتج عن الرحم الاصطناعي هو عدم ثبوت نسب الولد لا من جهة الأم و لا من جهة الأب، كون أنه لا يوجد حمل و إنجاب داخل رحم الأم[3]، ما يطرح وجود فرضية جديدة بخصوص الأحكام المتعلقة بالنسب وأن قرينة ثبوت نسب الولد إلى أمه في كل الحالات باعتبار أنها هي التي حملت و أنجبت تزول قوتها الثبوتية باعتبارها قرينة قانونية قاطعة، إلى اعتبارها قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها،

[1] لتفاصيل أكثر، أنظر، خليل إبراهيم حسن العبيدي، مرجع سابق، ص 305-310، أنظر كذلك عائشة أحمد سالم مرجع سابق، ص 200-205.

[2] لتفاصيل أكثر أنظر، ص 87 و كذلك ص 110-111، من هذه الأطروحة.

[3] حيدر حسن كاظم الشمري، ص 203-204.

كون أن الطفل من جهة الحمل و الإنجاب ينسب إلى الآلة أي (الرحم الاصطناعي) و ليس إلى أم ، ما قد يؤدي إلى طمس هوية الطفل[1]، لذلك فإن مسألة إثبات النسب الناتج عن الرحم الاصطناعي من المواضيع التي يجب البحث فيها، و القول بجواز تقنية الرحم الاصطناعي تقتضي بأن تتم عملية التخصيب وفق الشروط الشرعية و القانونية التي تحكم التلقيح الاصطناعي و التي على أساسها يثبت نسب الولد إلى الزوجين، و إذا خرجت العملية عن هذا الإطار تطبق جميع الأحكام الشرعية و القانونية المتعلقة بالنسب مع وجوب البحث في المسألة بتفصيل أكثر نظرا لخصوصيتها.

[1] محمد حسين الأحمد، الحماية الجزائية للنسب في قانون العقوبات الأردني والجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة دارسات، علوم الشريعة والقانون، صادة عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، المجلد 44، ع 04، 2017، ص 54-55.

الباب الثاني

نطاق المسؤولية القانونية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

الفصل الأول

تطبيق أحكام المسؤولية المدنية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب

إن تحديد مسؤولية الطبيب المدنية كان ولا زال محل جدل فقهي وقانوني، وذلك لما يترتب عنه من نتائج وآثار مهمة، فنجد من يذهب إلى اعتبارها مسؤولية عقدية بينما نجد جانب آخر من الفقه يتمسك بالقول بأنها مسؤولية تقصيرية، كما نجد من يحاول الترجيح بين القول بأنها تكون عقدية أصلا و تقصيرية استثناءا، و نظرا لتطور الأعمال الطبية و عدم احتواء الأساس التقصيري و العقدي لها، نجد من يتجه إلى البحث عن أنماط جديدة تؤسس للمسؤولية المدنية الطبية نظرا لخصوصيتها، و هذا الجدل له من الأثر على القضاء ما يؤيده، حيث استقر القضاء في فرنسا على اعتبار أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية، ولا تكون مسؤولية تقصيرية إلا إستثناءا أما القضاء المصري فقد ذهب بداية إلى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام ويمكن أن تكون مسؤولية عقدية، ليتراجع عن هذا و يقر بعقدية المسؤولية الطبية أصلا و لا تكون تقصيرية إلا استثناءا، فيما نجد أن القضاء يحاول دائما إخراج المسؤولية الطبية من القالب العقدي و التقصيري و اعتبارها مسؤولية مهنية من نوع خاص، و هذا نظرا إلى طبيعة العمل الفني للطبيب الذي يستوجب إخراجه عن دائرة القواعد العامة للمسؤولية، و بخصوص موضوع البحث فإنه لا يخرج في الأصل عن الأحكام العامة المنظمة للمسؤولية الطبية و الجدل المثار حولها، لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي، وذلك بتقسيمه إلى مبحثين الأول نحدد من خلاله التزام الطبيب وطبيعة المسؤولية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي، والثاني نتطرق فيه إلى قيام المسؤولية المدنية للطبيب مجال التلقيح الاصطناعي والآثار المترتبة عنها.

المبحث الأول

طبيعة التزام ومسؤولية الطبيب المترتبة عن التلقيح الاصطناعي

لا شك أن تحديد طبيعة الالتزام الطبي له أثر مباشر في قيام المسؤولية الطبية لذلك يقتضي منا الأمر تحديد طبيعة التزام الطبيب والذي لا يخرج عن إطار القواعد العامة في الأصل، لكن نظرا لتطور الأعمال الطبية خاصة في ظل المستجدات التقنية الحديثة، يجعل من طبيعة الالتزام في مجال الطب عموما وفي مجال الطب الانجابي خصوصا تمتاز بنوع من الخصوصية، وهو ما سيؤثر على تحديد نوع المسؤولية المترتبة على الطبيب، ونشير هنا إلى أن المعايير التي تحكم تحديد طبيعة التزام الطبيب هي كالتالي:

- **معيار الإرادة:** تشكل الإرادة دورا مهما في تحديد طبيعة الالتزام، وإذا كان المقصود بعموم الإرادة إرادة الطرفين أي المريض والطبيب[1]، فإن تطبيق هذا المعيار في مجال التلقيح الاصطناعي، يجعل من إرادة الزوجين محل اعتبار في مواجهة الطبيب بغض النظر عمن منهما المريض.
- **معيار الاحتمال:** عنصر الاحتمال من أهم المعايير المحددة لطبيعة التزام الطبيب، فإذا كان العمل الطبي يدخل ضمن ما هو محتمل الوقوع فإن الطبيعة هنا تخرج عن دائرة الالتزام بتحقيق نتيجة ويكون ملزما ببذل العناية[2]، ويكون العكس الصحيح، لذلك نجد التزامات الطبيب الأصلية في مجال التلقيح الاصطناعي مبنية على عنصر الاحتمال لأن الانجاب وتخلق الجنين ليس بيده فالأمر يبقى في علم الغيب، لكن في المقابل نجد من الالتزامات ما تدخل في إطار تحقيق نتيجة وهو ما سنوضحه أكثر من خلال هذه الدراسة.

[1] عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2011، ص 92.

[2] عشوش كريم، نفس المرجع، ص 93، نقلا عن، Maître Carine DURRIEU-DIEBOLT, Responsabilité médicale, https://www.caducee.net/Droit-Sante/DroitSante/responsabilite.asp

- **معيار مساهمة المريض**: إذا كان المريض متسببا أو مساهما في وقوع الضرر أو تفاقمه، بسبب عدم التزامه بالتعليمات الطبية فالأكيد يتحمل مسؤوليته، والطبيب لا يكون ملزما بتحقيق نتيجة معينة إذا كان الأمر معلقا على سلوك الغير والتزامه سواء كان المريض أو شخص آخر يقوم برعايته، وبالتالي يكون التزامه ببذل عناية[1].

وكما أشرنا سابقا بأن التزام الطبيب له أثر مباشر في تحديد مسؤوليته وهذا ما سنتطرق إليه خلال هذا المبحث وذلك بتقسيمه إلى مطلبين، الأول نتطرق فيه إلى الالتزام الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب، والثاني نحدد من خلاله طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي وموقف التشريع والقضاء منها.

المطلب الأول

الالتزام الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب

قبل التطرق إلى قيام المسؤولية المدنية للطبيب وتحديد طبيعتها لا بد من تحديد طبيعة الالتزام الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي الذي لا يخرج في الأساس القواعد العامة للالتزام، حيث أن المستقر عليه فقها وقانونا تقسيم الالتزام إلى التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة ، وقبل تحديد الالتزامات الخاصة المترتبة على الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي يجب تحديد طبيعة الالتزام الطبي بشكل عام، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول نتطرق فيه إلى تحديد طبيعة الالتزام الطبي و الثاني نتطرق فيه إلى التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي و ذلك على النحو التالي.

[1] عشوش كريم، نفس المرجع، ص 93.

الفرع الأول

تحديد طبيعة الالتزام الطبي

ينقسم الالتزام من حيث تحديد المسؤولية عموما إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة، وسنحدد فيما يلي طبيعة التزام الطبيب متي يكون ببذل عناية وهل ينصرف على التزام بتحقيق نتيجة.

أولا: التزام الطبيب ببذل عناية

الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية و هذا المتفق عليه فقها و قضاءا، فالطبيب ليس هو الشافي و بذلك لا يلتزم بتحقيق نتيجة الشفاء بشكل قطعي و مؤكد، بل يجب عليه الحرص على بذل العناية اللازمة لتحقيق الشفاء، الذي يبقى أمرا محتملا وليس قطعيا، وقياسا على هذا فإن الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، و عند إجراءه للتلقيح الاصطناعي لا يلتزم بشفاء العقم أو تحقيق الإنجاب بصفة مؤكدة، و بذلك الطبيب لا يتعهد بالوصول إلى النتيجة بشكل مؤكد بل أن ما يترتب عليه من التزام هو بذل العناية الواجبة من أجل الوصول الى النتيجة المرجوة التي تبقى محل احتمال، كون أنها متوقفة على عوامل خارجية لا تدخل ضمن صلاحيات الطبيب و سلطانه، و لهذا يطرح الاشكال فيما إذا كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية فهل تقوم مسؤوليته؟، نجد في هذا قرار للمحكمة العليا يقضي بمسؤولية الطبيب نتيجة عدم التزامه ببذل العناية اللازمة، و جاء في فحوى القرار" حيث يعني الالتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، حيث أن

الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب."[1]

وبهذا نقول إن الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الانجاب ليس ملزما بتحقيق الإنجاب للزوجين، بل كل ما عليه أن يبذل العناية اللازمة، ويشكل المعيار الزماني والمكاني دورا مهما في تحديد هذا الالتزام والمسؤولية المترتبة عليه، فمن جهة المكان لا يمكن محاسبة طبيب أجرى عملية في مكان لا تتوافر فيه الأجهزة الطبية الضرورية بالمقارنة مع طبيب توافرت لديه الأجهزة اللازمة، ومن جهة الزمان لا يجوز لطبيب الاعتماد على نظريات وتقنيات طبية قديمة بل عليه أن يكون مواكبا للعصر و ملما بأحدث التقنيات خاصة في مجال تخصصه[2]، لذلك يجب على الطبيب المختص في مجال الطب الإنجابي المساعد، أن يكون ملما بجميع التقنيات و النظريات الحديثة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، فإن أغفل هذا وجبت مسؤوليته، كما يفرض عليه التقدم العلمي و بحكم تخصصه حضور دورات علمية من أجل التدريب العملي و الرفع من كفاءته و مستواه الفني و التقني[3].

ثانيا: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

بالرغم من أن أصل التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية إلا أن المستجدات والتطورات التي شهدها مجال الطب جعل لهذا الأصل استثناء متى زال الاحتمال، و عليه يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة و ليس ببذل العناية فقط، ويتمثل هذا الالتزام في المحافظة على سلامة المريض وعدم تعرضه للأذى وذلك بأن لا يتعرض لأي إصابة

[1] قرار صادر بتاريخ 2008/01/23 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، منشور بمجلة المحكمة العليا ع 02، 2008 ص 175، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2013، ص 27-29.

[2] محمد نصر محمد، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ط01، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية – الرياض، 1434هـ/2013م، ص 61.

[3] سهيل يوسف الصويص، مرجع سابق، ص 74.

ناتجة عن استعمال الأدوات والأجهزة أو حتى الأدوية التي يستعملها الطبيب، و ما يمكن إسقاطه على عمليات التلقيح الاصطناعي هو القول بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية كأصل عام و يكون التزامه بتحقيق نتيجة استثناءا و هذا من خلال المحافظة على سلامة الأم و الجنين، حيث أنه عندما تقتضي الضرورة سلامة الأم و الجنين أو إصابته بأي تشوهات خلقية و يكون هذا نتيجة خطأ الطبيب، فالالتزام القائم في حقه يكون بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية فقط، و نجد أن المحكمة العليا قضت بخصوص استبعاد مسؤولية الطبيب بحجة أن التزامه يكون ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة بالقول أن " تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية و ليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا"[1].

بناءا على ما سبق تترتب على الطبيب التزامات مختلفة منها ما يدخل ضمن الالتزام ببذل عناية ومنها ما يدخل ضمن الالتزام بتحقيق نتيجة وهذا ما سوف يكون له أثرا مباشرا على تحديد مسؤولية الطبيب القائم بعمليات التلقيح الاصطناعي وقبل التطرق لهذه المسؤولية لابد من تحديد التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني

التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

التزامات الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب تتعدد وتتداخل بين الالتزامات الطبية العامة وبعض الالتزامات الخاصة، وسنحدد فيما يلي أهم التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي.

[1] قرار صادر بتاريخ 2003/06/24 عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثاني، منشور بالمجلة القضائية، ع 02، 2003، ص 323، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، مرجع سابق، ص 43-44.

أولا: الالتزامات العامة

1- الالتزام بالإعلام والتبصير

الالتزام بالإعلام و التبصير هو التزام سابق على التعاقد ونعني به التزام الطبيب بتبصير المريض من خلال تقديمه لكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وإعلامه بجميع المخاطر المتوقعة للعلاج[1]، و على هذا الأساس فإن هذا الالتزام يكون خلال مرحلة التشخيص و العلاج و المراحل اللاحقة للعلاج[2] و على الطبيب خلال هذه المرحلة مراعاة الفوارق العلمية بينه و بين المريض من خلال تبسيط المصطلحات و إيصال المعلومة للمريض بطريقة سلسة و مفهومة، و عليه أيضا مراعاة الحالة النفسية للمريض[3]، و الأصل في الإعلام و التبصير أن يكون شفهيا لكن إذا اقتضى الأمر، لا يمنع أن يكون بالكتابة إذا اقتضت الضرورة هذا كأن يكون المريض أصما مثلا، و متى خالف الطبيب هذا الالتزام فإنه بالنتيجة لا يكون لقبول المريض أي قيمة قانونية، و إذا قام الطبيب بأي عمل دون أخذ موافقة المريض تقوم في حقه المسؤولية[4]، إلا في الحالات الضرورية التي تستدعي العجلة من أجل إنقاذ حياة المريض، أما إذا كان المريض طفلا صغير أو كان غائبا عن الوعي و الادراك يجب أخذ الموافقة من أوليائه أو من ينوب عنه بعد التبصير[5]، لهذا يكون لزاما على الطبيب وضع المريض أو من

---

[1] بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد 01، العدد01، 30-11-2007، ص 137-174.

[2] أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، 2013، ص 133-134.

[3] Ambre Laplaud, Le consentement et responsabilité médicale, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Limoges, Droit de la santé, Le 30 novembre 2019, P 541.

[4] ثاسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، 2013، ص 58.

[5] فهيم عبد الإله الشايع، عقود المساعدة على الإخصاب البشري، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2020، ص 314، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد نأن الفقرة 02 للمادة 23 من قانون الصحة 18-11، نصت على أنه" تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي".

ينوب عنه في صورة كاملة عن حالته الصحية، حتى يقدم هذا الأخير موافقته الحرة و المستنيرة وهذا ما نصت عليه المادة 343 من القانون 18-11[1]، و يعتبر هذا الالتزام مبدأ ثابت في المجال الطبي، كما أنه بالقياس على المادة 1/23[2] من نفس القانون، فإنه يتعين على الطبيب إعلام و تبصير الزوجين بصدق و أمانة، و بطريقة سهلة و مفهومة، حول حالتهما الصحية و مدى إمكانية نجاح العملية من عدمها، و إحاطتهما بالأخطار التي قد تتعرض لها الأم أو الجنين و الآثار المترتبة عن كل الطرق الخاصة بالتلقيح الاصطناعي و هذا حتى يتسنى للزوجين اختيار أي الطرق الأنسب لحالتهما، و يكونا على بصيرة بظروفها و آثارها النفسية و الاجتماعية و الأخلاقية[3]، و يمكن أن يكون هذا التبصير شفاهه و كتابة.

2- الالتزام بالسلامة

يمكن القول أنه من أهم مظاهر حق الإنسان في الحياة الحق في السلامة الجسدية، فلا يجوز قانونا المساس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الأشكال، سواء ما يخص الكيان المادي أو الناحية المعنوية والصحية[4]، يعتبر الالتزام بالسلامة هو التزام محله تحقيق نتيجة وليس بذل عناية حيث يسأل عنه الطبيب بمجرد حدوث أي ضرر للمريض نتيجة عدم التزامه بضمان السلامة[5]، ويكون الطبيب ملزما هنا بعدم

[1] نصت المادة 1/341 على أنه" لا يمكن القيام بأي عمل طبي، ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض" وأضافت الفقرة 02 من نفس المادة " ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته".

[2] نصت المادة 1/23 على أنه " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية، والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها"

[3] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 243.

[4] منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1433هـ/2012م، ص 18.

[5] الحق في السلامة هو حق مكرس دستوريا، حيث نصت في هذا المادة 41 من الدستور الجزائري على أنه" يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، فيما نصت المادة 4/21 من قانون الصحة 18-11 على أنه" ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

تفاقم حالة المريض نتيجة تدخله الطبي أو الجراحي، وعدم حدوث أي مضاعفات أو أضرار مستقلة عن المرض المعالج، بسبب إعطاء أدوية غير مناسبة للمريض أو سوء استعمال الأدوات والتجهيزات الطبية، وإذا حدث هذا يكون الطبيب مسؤولا عن عدم التزامه[1]، ويحق للطبيب دفع المسؤولية بكافة وسائل الدفع الممكنة قانونا، وعليه فإن الطبيب القائم بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب يكون ملزما بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة ومراعات قواعد الأمن الصحي الضرورية من أجل ضمان سلامة الزوجين عند خضوعهما لعملية التلقيح الاصطناعي[2].

3- الالتزام بالسرية

الالتزام بالسرية يقصد به المحافظة على السر الطبي وهو واجب أخلاقي قبل أن يكون واجبا مهنيا[3] يقع على عاتق كل أفراد السلك الطبي حيث يجب عليهم عدم التصريح أو إفشاء أسرار المرضى التي قد يطلعون عليها أثناء ممارسة المهنة أو بمناسبتها، و إذا كانت السرية مطلوبة في بوجه عام في الأعمال الطبية فإن اشتراطها في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب هو من باب أولى[4]، كون أن الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي و بحكم الخصوصية التي تمتاز بها هذه التقنية من كشف للعورات، و الاطلاع على بعض أسرار و خبايا الحياة الخاصة للزوجين فمن حقهما على الطبيب كتم هذه الأسرار و عدم إفشائها خاصة ما تعلق بالبيانات و المعلومات الوراثية[5]، و أساس هذا الالتزام قبل أن ينظمه العقد المبرم بين الزوجين و الطبيب، نظمته النصوص القانونية، حيث أكدت المادة 24 من قانون الصحة 18-11 على

[1] لتفاصيل أكثر، أنظر، بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص، قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019، ص 98-99.

[2] به روين عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 124.

[3] فاطمة عبد الرحيم المسلماوي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، عقد الإخصاب الصناعي، بحث منشور على موقع كلية الحقوق، جامعة بابل، جمهورية العراق، سنة 2018، ص 18.

[4] به روين عبد الله حسن، ص 127.

[5] فهيم عبد الإله الشايع، مرجع سابق، ص 371.

أنه لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة و سر المعلومات الطبية المتعلقة به، كما وضحت الفقرة الثانية من نفس المادة أن السر الطبي يشمل جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة، و نصت كذلك المادة 169 من نفس القانون على وجوب الالتزام بالسر الطبي و المهني، كما أكدت كل من المادة 38 و 39 من مدونة أخلاقيات الطب[1]، على احترام متطلبات السر المهني و الحرص على عدم الكشف عن هوية المريض، و منه نستنتج أن المحافظة على السرية ليس مقتصرا فقط على الجانب الفني و التقني للتلقيح الاصطناعي، بل يتعداه ليشمل كل ما يتعلق بها، فلا يجوز للطبيب أو المركز القائم بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب أن يقوم بالكشف عن هوية الزوجين و أسماءهم أو نشر أي صور و معلومات عنهم لغايات البحث العلمي و الدراسات العيادية، أو لإعداد منشورات علمية أو من أجل الدعاية و الإعلان، أو لأي غرض آخر، إلا إذا تم ذلك بموافقتهما، و إذا ثبت في حق الطبيب عدم التزامه بالسرية تقوم في حقه المسؤولية القانونية.

ثانيا: الالتزامات الخاصة (البيو–أخلاقية)

الالتزامات الخاصة في مجال التلقيح الاصطناعي، هي الالتزامات البيو أخلاقية، فالطبيب بالإضافة إلى الالتزامات العامة التي يتوجب عليه التقيد بها، يجب عليه أن يلتزم بالقيام بعملية التلقيح الاصطناعي وفق البيو أخلاقيات الطبية المنصوص عليها بموجب قانون الصحة الجديد 18-11، و التي عرفتها المادة 354 منه بالقول " البيو–أخلاقيات هي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء و زرعها، و الأنسجة و الخلايا و التبرع بالدم البشري و مشتقاته، و استعمالهما، و المساعدة الطبية على الإنجاب و البحث البيو–طبي"، و تتمثل الالتزامات الخاصة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي فيما يلي.

[1] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

1- الالتزام بتنفيذ العملية وفق البيو أخلاقيات الطبية:

يقع على الطبيب الالتزام بإجراء العملية وفق الأصول العلمية المتعارف عليها[1]،و وفق ما تم الاتفاق عليه و دون الخروج عن الضوابط القانونية و الشرعية، مع التقيد بالأخلاقيات والأدبيات والبيو أخلاقيات الطبية التي حددها المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11، حيث نصت الفقرة الأولى للمادة 373 على أنه" يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب، مع مراعات القواعد الحسنة، و الأمن الصحي في هذا المجال، المحدد عن طريق التنظيم"، كما أنه لا يجوز القيام بهذه العمليات إلا بين الزوجين، وعلى يد أطباء متخصصين في هذا المجال، إضافة إلى هذا نصت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة على أنه" تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب، لمراقبة المصالح الصحية و يتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها، إلى السلطة الصحية المعنية"، و على هذا الأساس يلتزم الطبيب بالقيام بالعملية وفق ما تم الاتفاق عليه الزوجين و يجب عليه بذل العناية اللازمة من أجل تحقيق النتيجة المرجوة، و إذا أخل بهذا الالتزام تقوم في حقه المسؤولية عن عدم التنفيذ[2]، كما أنه و حسب المادة 353 من قانون الصحة المذكور، فإن كل خطأ أو غلط يمس بالسلامة الجسدية أو الصحية للمريض و يسب له ضررا، يؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية، لذلك وجب على الطبيب أثناء قيامه بعملية التلقيح الاصطناعي، أن يبذل من العناية في تنفيذ التزامه القدر الذي يتوافق مع مستواه والعلمي و خبرته الفنية و المهنية و أن يكون حريصا، لأن الخطأ الذي قد يقع فيه الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب يكون مسئولا عنه بوصفه خطأ جسيما يؤدي إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما حسب نص المادة 453 من قانون الصحة 18-11، كما يجب على الطبيب مرافقة

[1] أحمد مانع سالمين العوبثاني، مرجع سابق، ص 113.

[2] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، ع 04، جامعة منتوري قسنطينة – الجزائر، 2021، ص 110-111.

الأم و الجنين سواء أثناء العملية أو بعدها إذا استدعت حالتهما الصحية ذلك، و هذا ما يمكن استخلاصه من خلال نص الفقرة الأولى للمادة 21 من قانون الصحة المذكور[1].

2- الالتزام بالمحافظة على المواد الإنجابية:

يلتزم الطبيب والمركز القائم بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بالمحافظة على المواد الإنجابية للزوجين سواء كانت حيوانات منوية أو بويضات قبل التلقيح، أو لقائح تم تخصيبها، و المحافظة عليها يكون بالشكل الذي يحفظ إتلافها و بقاءها صالحة من أجل الاستعمال في عملية التلقيح الاصطناعي، و هذا الحفظ يتطلب نوعا من الدقة[2]، و نص المشرع الجزائري على حفظ البويضات الملقحة وفق الضوابط البيو أخلاقية المنصوص عليها، حيث يعتبر هذا الالتزام أساسي بالنسبة للمركز الطبي و الطبيب المشرف على العملية، إذ عليه عدم استعمال اللقائح الزائدة لغايات أخرى خارجة عن إطار عملية التلقيح الاصطناعي و الاقتصار على ما يحتاجه فقط لإجراء العملية، كما نصت المادة 374 من قانون الصحة 18-11 على منع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع و البيع و كل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالمواد الانجابية و كذلك الأجنة الزائدة عن العدد المقرر، و نصت المادة 375 من نفس القانون على أنه" يمنع كل استنساخ للأجسام المتماثلة جينيا، فيما يخص الكائن البشري، و كل انتقاء للجنس" كما نصت المادة 376 على تقيد الطبيب بشروط حفظ و إتلاف الأمشاج وفق التنظيم المعمول به.

[1] نصت المادة 1/21 من قانون الصحة 18-11 على أنه" لكل شخص الحق في الحماية والوقاية والعلاج والمرافقة التي تتطلبها حالته الصحة، في كل مراحل حياته وفي كل مكان".

[2] فهيم عبد الإله الشايع، مرجع سابق، ص 365.

المطلب الثاني

مسؤولية الطبيب بين الأساس العقدي والأساس التقصيري

إن تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية كان و لا زال محل جدل فقهي و قانوني بين من يرى بأنها مسؤولية عقدية و من يتمسك بالقول بأنها مسؤولية تقصيرية، فيما نجد من الفقه من يتجه إلى البحث عن أسس جديدة للمسؤولية الطبية نظرا لطبيعتها و خصوصيتها التي تجعلها تتمرد عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، و سنحاول من خلال هذا المطلب البحث في مسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عن التلقيح الاصطناعي بين الأساس العقدي و الأساس التقصيري، و تحديد موقف التشريع و القضاء منها، وذلك بتقسيمه إلى فروع ثلاث حيث سنتطرق إلى المسؤولية العقدية والتقصيرية تبعا من خلال الفرعين الأول والثاني، أما الفرع الثالث فسنحدد من خلاله موقف القضاء والتشريع الجزائري من مسؤولية الطبيب المدنية.

الفرع الأول

الأساس العقدي لمسؤولية الطبيب

المسؤولية العقدية أساسها العقد الرابط بين المريض والطبيب وبذلك تكون مسؤولية الطبيب الممارس لنشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص هي مسؤولية عقدية كأصل عام، كون أنه يقوم بعلاج مرضاه بناء على العقد طبي الرابط بينهما، وبذلك تقوم مسؤوليته نتيجة الاخلال بالتزام عقدي[1]، و لا شك أن العلاقة بين الزوجين و الطبيب في مجال الطب الإنجابي المساعد ينظمها العقد الوارد على عمليات التلقيح الاصطناعي[2]، الذي هو بالأساس عقد طبي موضوعه المساعدة الطبية على

[1] عشوش كريم، مرجع سابق، ص 171.

[2] يمكن تعريفه بأنه ذلك العقد الذي يربط بين الزوجين والطبيب على إجراء تدخل طبي بغرض المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق تلقيح المرأة بطريقة اصطناعية دون الخروج عن الضوابط الشرعية والقانونية المنصوص عليها.

الإنجاب[1]، و انطلاقا من هذا تتضح لنا معالم و خصوصية الأساس العقدي للمسؤولية في مجال التلقيح الاصطناعي وتميزها عن باقي الأعمال الطبية، فالمتعارف عليه غالبا أن أطراف العقد الطبي هما المريض والطبيب، أما بخصوص المساعدة الطبية على الإنجاب، فإن أطراف العقد هم الزوج والزوجة من جهة والطبيب من الجهة الأخرى أما في بعض الدول التي تنتهج نظاما قانونيا تحرريا بحيث تجيز تقنية الأم البديلة أو التلقيح عن طريق رجل متبرع فأطراف العقد هم الزوجين والطبيب والطرف الأجنبي المتدخل في عملية التلقيح[2]، كما أن الطب الإنجابي لا يعتبر من الأعمال الطبية الاستعجالية ما يجعلنا نقف أمام حالة تعاقدية كاملة الأركان، و من أجل التفصيل في الموضوع سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط تحقق المسؤولية العقدية وتحديد أركان وخصائص العقد الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي.

أولا: شروط تحقق المسؤولية العقدية

يحدد نطاق المسؤولية العقدية للطبيب بتوافر شروطها وهي:

1- وجود عقد طبي صحيح:

لا شك أن قيام المسؤولية العقدية للطبيب يتطلب بالضرورة وجود علاقة تعاقدية بين الطبيب و المريض، وبدون وجود العقد لا مجال للحديث عن الأساس العقدي لمسؤولية الطبيب المدنية، ما يعني بمفهوم المخالفة أن قيام الطبيب بعلاج مريض دون وجود رابطة عقدية يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال الطبيب بالتزام قانوني وليس بالتزام

[1] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مرجع سابق، ص 104.

[2] Konstantinos A. ROKAS, L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé, THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016, p 09.-13.

عقدي[1]، ولا بد أن يكون هذا العقد صحيحا[2] فالعقد الباطل لا يرتب التزاما وتنقلب المسؤولية فيه إلى تقصيرية[3]، ومن أجل أن يكون هذا العقد صحيحا لا بد أن يكون مستوفيا لجميع أركانه وشروطه القانونية[4].

2- حدوث ضرر للمريض:

يعني هذا أن حدوث الضرر يجب أن يتعلق بشخص المتعاقد[5]، ويشترط أن يكون المتضرر المباشر هو المريض المتعاقد مع الطبيب دون غيره، ما يعني أنه إذا كان المتضرر شخص آخر غير المريض فلا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية كون أن المسؤولية هنا تكون تقصيرية ومثال ذلك أن يكون المتضرر أحد أعوان الطبيب أو مساعديه كون أن أثر العقد الطبي يقتصر على أطرافه دون أن يمتد للغير[6]، و هذا الشرط يبقى قائما حتى في حالة ما إذا تم التعاقد نيابة عن المريض من طرف شخص آخر ينوب عنه لأي سبب مشروع يمنع المريض من التعاقد بنفسه، بشرط وقوع الضرر على المريض دون غيره.

3- أن يكون السبب المباشر للضرر نتيجة إخلال الطبيب بالتزام عقدي

ويعني هذا أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام محله العقد[7]، وهذا حتى تقوم مسؤوليته العقدية، أي أنه إذا كان الخطأ المنسوب إلى

---

[1] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2003/2002، ص 39.

[2] لتفاصيل أكثر أنظر، حسين عامر، عبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 47-48.

[3] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 110.

[4] بن صغير مراد، نفس المرجع، ص 42.

[5] حسين عامر، عبد الرحيم عامر، نفس المرجع، ص 67.

[6] عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2014/2013، ص 133.

[7] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 44.

الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام قانوني يخرج الأمر عن إطار المسؤولية العقدية، ونكون بصدد مسؤولية تقصيرية.

ثانيا: أركان عقد المساعدة الطبية على الإنجاب

العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب هو عقد يخضع في أحكامه للقواعد العامة المنظمة للعقد فلا ينشأ صحيحا إلا بتوفر أركانه و هي الرضا، المحل و السبب، و ما يميز هذا النوع من العمليات عن غيرها، في أنها ليست إسعافات طبية أو عمليات جراحية تستدعي العجلة في التنفيذ، حيث أن الإرادة متوفرة لكل من الطبيب و الزوجين لمناقشة بنود العقد و الاتفاق على الأمور المحيطة بإجراء العملية، ومن هنا تبدأ الخصوصية القانونية لهذا العقد في الاتضاح من خلال تميز أركانه عن باقي الأعمال الطبية و هذه الأركان هي:

1- التراضي:

الرضا هو ركن أساسي لأي عقد[1] و نعني به تطابق الإرادتان حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري، على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"[2]، و الرضا في العقد الطبي محل الدراسة هو الإيجاب و القبول الصادر من الزوجين و الطبيب و الذي يجب أن يكون صحيحا خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة المتعارف عليها و هي الغلط، التدليس، الغبن، الاستغلال، و الإكراه[3]، و الغالب في العقود الطبية وجوب

[1] يرجع الفضل للقضاء الفرنسي في نشوء مبدأ التزام الطبيب بإبلاغ المريض بحالته والحصول منه على الرضا، وعرف القضاء الفرنسي الرضا بأنه الإذن، ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأنه " القبول الواعي المعقول الواضح الحر"، فيما عرفه الفقه العربي عموما بأنه " التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانونا"، أنظر، خليل سعيد إعبيه، مسؤولية الطبيب الجزائية وإثباتها، دراسة مقارنة، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1440هـ/2019م، ص 53.

[2] أنظر المادة 59 من الأمر، 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-07

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 41.

موافقة المريض، هذا الأخير في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب قد يكون إما الزوج أو الزوجة فقط، لذلك وجب موافقة الطرف المريض على إجراء العملية و كذلك موافقة الطرف الثاني الغير مريض، حيث لا يمكن تصور إبرام العقد بين الزوجة و الطبيب فقط دون علم الزوج و موافقته، فالموافقة تكون من الزوجين و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري[1]، و أكدت عليه كذلك المادة 371 من قانون الصحة رقم 18-11، و فيما يخص أهلية التعاقد فإننا و من خلال استقراء المواد القانونية السابقة الذكر إضافة إلى المادة 40 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لرضا الزوجين بلوغهما سن 19 سنة كاملة[2]، أما بخصوص الطبيب فيفترض فيه الأهلية باعتبار أنه الشخص العارف بأصول الطب و مبادئ مهنته، إلا إذا ثبت تأثر أهليته بمانع أو عارض من عوارض الأهلية[3]، على أن يلتزم بالشروط القانونية التي وضعها المشرع الجزائري من أجل مزاولة مهنة الطب، كما يجب أن يتمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة و هذا وفق ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 166 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة السابق الذكر، أين تطرق المشرع و بالتفصيل إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و حدد ضوابط و شروط ممارستها، و أكد من خلال المادة 372 على أن كل الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الانجاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي كما سبق و أن وضحنا.

[1] أنظر، القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 الجريدة الرسمية، العدد 15، 2005.

[2] أنظر المادة 40 من الأمر، 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-07

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 32.

2- المحل:

يعتبر المحل هو الركن الثاني للعقد، و بالرغم من أن تحديد مفهوم المحل في مجال العقود كثيرا ما يثير بعض الجدل القانوني خصوصا فيما يتعلق بالتفرقة بين بمحل العقد و محل الالتزام، فمحل الالتزام هو " الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، و يلتزم هذا الأخير إما بنقل حق عيني، أو بعمل أو بالامتناع عن عمل"[1]، أي أن هذا الالتزام قد يتمثل إما في تحقيق نتيجة أو بذل عناية هذا و نص المشرع الجزائري في المادة 92 من القانون المدني على أنه" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا ... "كما نصت المادة 93 من نفس القانون على أنه" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، لذلك يشترط في المحل أن يكون موجودا أو قابل للوجود، أن يكون معينا او قابل للتعيين، وأن يكون مشروعا[2]، و بناءا على هذا فإن محل الالتزام في المجال الطبي، هو ذلك الالتزام الذي يقوم به الطبيب تجاه المريض، و الذي قد يكون إما بتقديم العلاج، أو الحد من الألم و تخليصه منه أو تخفيفه، و يكون هذا الالتزام ببذل العناية اللازمة من أجل الوصول إلى النتيجة المرجوة[3]، أما بخصوص محل العقد فنقصد به موضوع العقد الذي أراد تحقيقه كل من الطبيب والمريض، فقد يكون العلاج وقد يكون استشارة طبية وقد يكون إجراء جراحة وقد يكون مساعدة طبية على الإنجاب، و نجد أنه قد تباينت الآراء في تحديد محل العقد في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، و الخلاف أساسه تعدد صور و أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب، و هل تدخل كلها ضمن مسمى التلقيح الاصطناعي أم لا[4]، فذهب البعض إلى القول بأن المحل هنا هو جسم الزوج و الزوجة، و ذهب البعض إلى القول بأن محل العقد هو خدمة المساعدة الطبية على الإنجاب التي يقدمها

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01، مرجع سابق، ص306.

[2] أنظر، المواد، 92-93-94، من القانون المدني الجزائري، الأمر75-58 المعدل والمتمم بالأمر 05-07، دار الإعلام للنشر 2009، ص 20.

[3] العلواني عديلة، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2014، ص 14.

[4] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 80-89.

الطبيب للزوجين، و ذهب رأي آخر إلى القول بأن محل العقد هو المواد الإنجابية للزوجين على أن لا يخرج هذا التعامل عن إطار العلاقة الزوجية و يكون وفق ما هو محدد شرعا و قانونا، و نشير هنا إلى أنه لا يزال يثار الخلاف حول المواد الانجابية إما باعتبارها خلايا تناسلية يحكمها مبدأ معصومية الجسم البشري أو باعتبارها لقائح تأخذ حكم الجنين و بالتالي تخرج عن دائرة الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للعقد[1]، كما يرى جانب من الفقه أنها تدخل ضمن دائرة الأشياء التي يكن التعامل فيها بما أنها انفصلت عن الجسم البشري[2]، و الرأي الراجح قانونا بين هذا كله هو القول بأن محل عقد المساعدة الطبية على الإنجاب هو خدمة طبية تتمثل في إجراء عملية تقنية من خلال تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج لغرض الحمل و الإنجاب.

3- السبب:

سبب العقد هو الدافع إلى التعاقد، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري استنادا إلى النظرية الحديثة التي تأخذ بسبب العقد في حد ذاته و ليس بسبب الالتزام، و هذا ما ينطبق تماما على العقد المبرم في مجال التلقيح الاصطناعي، و الذي يخرج في الأساس عن المفهوم التقليدي للعلاج الذي غرضه الشفاء من مرض ما، و إنما يمتد إلى تحقيق الرغبة في إشباع غريزة الأمومة و الأبوة لدى الزوجين، و السبب ركن مهم في تكوين و إبرام العقد، و يشترط فيه أن يكون مشروعا و إلا أصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما تظهر عدم مشروعية السبب إذا كان مخالف للنظام العام و الآداب العامة، و نظم المشرع الجزائري أحكام السبب في المواد 97 و 98 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت في هذا المادة 97 على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا

[1] أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في ظل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران 2010، ص 26-27.

[2] William Boulier, Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts, Hofstra Law Review, Vol. 23, Iss. 3 1995, Art. 4, p 704.

"، لـذلك يجـب أن يكـون السـبب في عقـد التلقـيح الاصـطناعي مشـروعا و غـير مخـالف للنظـام العـام و الآداب العامـة، و أن يكـون وفـق الضـوابط الـتي حـددها الشـرع و القـانون، و بالنتيجـة يمنـع كـل مـا تعلـق بالتلقـيح خـارج إطـار العلاقـة الزوجيـة، و كـذلك الحمـل لمصـلحة الغـير عـن طريـق الأم البديلـة أو اسـتئجار الأرحـام، لتبقـى مسـألة الـرحم الاصـطناعي محـل بحـث و دراسـة، و هـذا لمـا فيـه مـن تجـاوزات شـرعية و قانونيـة خصوصـا مـا تعلـق بأحكـام النسـب باعتبارهـا مـن النظـام العـام، و يكـون السـبب هنـا غـير مشـروع، مما يترتب عليه بطلان العقد.

4- الشكلية:

الشـكلية يقصـد بهـا الكتابـة و في مجـال العقـود يمكـن اعتبارهـا تلـك الوثيقـة الـتي تحـوي كـل الأركـان، و نجـد أن المشـرع الجزائـري جعـل مـن الشـكلية ركنـا أساسـيا في بعـض العقـود كعقـد البيـع الـوارد علـى العقـار مـثلا، لكـن القاعـدة العامـة الـتي تحكـم نظريـة العقـد هـي مبـدأ الرضـائية[1]، بمعـنى عـدم وجـوب الشـكلية بمـا أن الرضـا موجـود، و بالرجـوع إلى العقـد الطـبي فالأصـل أن القـانون لا يلـزم المتعاقـدان باللجـوء إلى شـكلية معينـة لكـن اسـتثناءا، اشـترط الكتابـة في بعـض الحـالات كمـا سنوضـح، أمـا بخصـوص عقـود المسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب، فإنـه بالرجـوع إلى قـانون الصـحة القـديم رقـم 85- 05 ، لم يتطـرق فيـه المشـرع الجزائـري أساسـا إلى مسـألة التلقـيح الاصـطناعي و تقنيـات الطـب الإنجـابي المسـاعد، و لكنـه اشـترط الكتابـة في تقنيـات طبيـة أخـرى كنقـل و زرع الأعضـاء البشـرية، و أكـد عليهـا مـن خـلال المـادة 364 قـانون الصـحة الجديـد رقـم 18-11، و بخصـوص الشـكلية في مجـال عقـود المسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب، فبـالرجوع إلى الفقـرة الثانيـة للمـادة 371 مـن قـانون الصـحة الجديـد، نجـد أنهـا أكـدت علـى أن يقـدم الـزوج و الزوجـة كتابيـا و همـا علـى قيـد الحيـاة طلبهمـا المتعلـق بالمسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب و يجـب عليهمـا تأكيـده بعـد شـهر واحـد مـن تاريـخ اسـتلامه مـن الهيكـل أو المؤسسـة

[1] العلواني عديلة، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية، مرجع سابق، ص 15.

المعنية، كما أنه لا بد من وجود تقرير طبي مفصل يؤكد حالة العقم و السماح للزوجين باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الانجاب، يتم تحريره من قبل طبيب مختص، كما أكدت المادة 372 من نفس القانون على أن كل الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الانجاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي، ما يفيد أنه بصدور هذا القانون أصبح العقد الطبي الوارد على تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب يشترط فيه نوع من الشكلية وذلك دون التفصيل في مآل العقد و الآثار المترتبة عليه في حالة تخلف هذا الركن ما قد يثير الكثير من التساؤلات القانونية[1].

ثالثا: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب

بالرغم من أن خصائص العقود بشكل عام تتداخل فيما بينها، إلا أنه لكل عقد مميزاته التي يختص بها وتجعله يختلف عن باقي العقود، وانطلاقا من هذا فإن خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب هي كالتالي.

1- عقد شخصي:

أول خاصية يتميز بها هذا العقد هو أنه عقد شخصي، و نعني بذلك أن هذا النوع من العقود بالخصوص يقوم على الاعتبار الشخصي كون أن الزوجان يتجهان للقيام بهذه العملية عند طبيب محدد دون غيره من الأطباء، أو عند مركز طبي محدد دون غيره وغالبا يكون هذا الطبيب أو المركز الذي يلتجأ إليه الزوجان معروف بإنجازاته و نجاحاته في مجال التلقيح الاصطناعي، و تقوم العلاقة التعاقدية بين الزوجين و الطبيب القائم بالعملية على أساس الثقة المتبادلة[2]، و عليه وجب احترام حق

[1] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مرجع سابق، ص 107.

[2] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 242.

الـزوجين في حريـتهما في اختيـار الطبيـب أو المركـز الـذي يريـدان إجـراء العمليـة فيـه، و بالتـالي فـإن وفـاة الطبيـب أو إغـلاق المركـز و توقفـه عـن النشـاط لأي سـبب كـان يـؤدي بالنتيجة إلى انقضاء العقد.

2- عقد إنساني:

لا شـك أن الجانـب الإنسـاني في عقـد المسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب يلعـب دورا مهمـا، و تتضـح معالمـه في تحقيـق رغبـة الـزوجين في الإنجـاب و إشـباع غريـزة الأمومـة و الأبـوة لـديهما[1]، و غالبـا مـا يراعـي الطبيـب هـذا الجانـب، خصوصـا مـا يتعلـق بالحالـة النفسـية للـزوج و الزوجـة بعـد عـدم قـدرتهما علـى الإنجـاب عـن طريـق الاتصـال الجنسـي الطبيعـي، و مـا يشـكله هـذا الموضـوع مـن ضـغوطات سـواء مـن جانـب العائلـة أو المجتمـع، و مـن جانـب آخـر كمـا ذكـرنا أن محـل العقـد هنـا يمتـاز بنـوع مـن الخصوصـية كـون أن الطبيـب يتعامـل مـع المـواد الانجابيـة للـزوجين سـواء كانـت خـلايا تناسـلية أو لقـائح خـارج الجسـم يجـب عليـه عـدم المسـاس بمبـدأ معصـومية الجسـم البشـري، و أن يتقيـد بالضـوابط الأخلاقيـة و البيـو أخلاقيـة، الـتي أقرهـا المشـرع الجزائـري خصوصـا في قـانون الصـحة رقـم 18-11، كمـا أن المشـرع أكـد علـى الجانـب الإنسـاني في الأعمـال الطبيـة بشـكل عـام مـن خـلال الفقـرات 4/3/2 مـن المـادة 21 مـن قـانون الصـحة 18-11.

3- عقد مسمى:

العقـد المسـمى هـو العقـد الـذي نظمـه المشـرع، و بـين أحكـامه و ضـوابطه، و بالـرغم مـن أن الكثـير مـن الأبحـاث تؤكـد أن العقـد الطـبي في العمـوم عقـد غـير مسـمى كـون أن المشـرع الجزائـري لم يتـولى تنظيمـه و تسطيـر أحكامـه بموجـب القانـون المدنـي أو

[1] أمـير فـرج يوسـف، أطفـال الأنابيـب طبقـا للحقـائق العلميـة والأحكـام الشـرعية، مكتبـة الوفـاء، ط 01، مصـر، 2013، ص 45.

القوانين الخاصة بالصحة[1]، و هذا ما كان ينطبق فعلا على العقد الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي قبل صدور قانون الصحة 18-11، لكن صدور هذا القانون شكل لنا نظاما قانونيا لعقود المساعدة الطبية على الإنجاب، و قيدها بجملة من الضوابط القانونية، و حدد لها شروطا شكلية و موضوعية، تجعلها تدخل ضمنيا في فئة العقود المسماة، ونظم المشرع أحكامها الخاصة في القسم الثالث للفصل الرابع من الباب السابع، تحت مسمى " أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب " في المواد من 370 إلى 376 من القانون رقم 18-11، و يمكن القول أن هذا الأمر يعتبر استثناء عن القاعدة التي تفيد بأن العقد الطبي في عمومه هو عقد غير مسمى.

4- عقد مستمر:

تظهر استمرارية هذا النوع من العقود كون أنه ليس عقدا فوريا فلن يحدث الحمل و الإنجاب من خلال أول زيارة طبية، بل إن العملية تتطلب وقتا، و تمر بعدة مراحل بداية بإجراء التحاليل اللازمة، و التشخيص، و تبصير الزوجين بجميع المعلومات المتعلقة بالعملية، و الطبيب هنا ملزم بتنفيذ العقد و متابعة مختلف المراحل و بذل العناية اللازمة، إلى غاية تحقيق الإنجاب، و هذا ما ينطبق على تعريف العقد المستمر، فهو كما عرفة الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه و تكون مدة تنفيذه مقترنة بمدة زمنية محددة[2]، هذا من حيث التنفيذ أما من جانب استمرارية الالتزام فإن مسؤولية الطبيب تمتد إلى ما بعد تنفيذ العقد، خاصة فيما يتعلق بالتشوهات أو الأمراض سواء الجسدية، العقلية أو النفسية التي قد تلحق بالجنين أو بالطفل مستقبلا إذا ثبت حدوثها نتيجة خطأ

[1] عامر نجيم، مرجع سابق، ص 22.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 139.

الطبيب و إهماله، حيث يحق للطفل أو الأبوين المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية و المعنوية و عن النفقات التي سيتحملونها نتيجة هذا الخطأ[1].

5- عقد شكلي:

كما ذكرنا سابقا أن الشكلية هي ركن من أركان عقود المساعدة الطبية على الإنجاب وهذا بعد صدور قانون الصحة رقم 18-11 حيث حدد لنا هذا القانون شروطا شكلية وموضوعية[2] تجعل من هذا العقد يختص بها دون غيره من العقود الطبية التي يحكمها كأصل عام مبدأ الرضائية، التي لا يحتاج انعقادها شكلية معينة، وخاصية الشكلية في هذا العقد تظهر كون أنها تعتبر ركنا من أركانه وليست شكلية إثبات فقط وهذا طبعا إضافة إلى الأركان الأخرى المتمثلة في الرضا والمحل والسبب.

6- عقد معاوضة:

يعتبر العقد الوارد على تقنية المساعدة الطبية بغرض الإنجاب من عقود المعاوضة و هي تلك العقود التي يقدم فيها كل متعاقد عوضا للطرف الآخر عما قدمه له و تظهر خاصية المعاوضة في عقد المساعدة الطبية على الإنجاب، في أن يقدم الزوجان عوضا ماديا للطبيب و عوض الطبيب للزوجين هو إجراءه لعملية التلقيح الاصطناعي وفق ما تم الاتفاق عليه، و بالتالي فأغلب العقود الملزمة لجانبين هي عقود معاوضة، و غالبا ما يكون هذا العوض سببا مباشرا للتعاقد و عليه يرى فقهاء القانون بخصوص عقود المعاوضة، أن انعدام العوض يبطل العقد لانعدام السبب.[3]

[1] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 244.

[2] أنظر، ص 121 إلى 126 من هذه الأطروحة،

[3] أحمد مانع سالمين العوبثاني، مرجع سابق، ص 82.

7- عقد ملزم لجانبين:

العقد الملزم لجانبين هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدان، و عكسها العقود الملزمة لجانب واحد[1] التي لا تنشي مثل هذه الالتزامات المتقابلة و العقد الطبي هو عقد تبادلي[2]، يرتب على عاتق طرفيه التزامات متقابلة، حيث نصت المادة 55 من القانون المدني على أنه" يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، و هذا ما ينطبق على عقد التلقيح الاصطناعي الذي ينشئ التزامات في ذمة كل من الطبيب و الزوجين، و لقد حددنا سابقا التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي، بينما تتحدد التزامات الزوجين في كل من الالتزام باتباع التعليمات الطبية و الالتزام بدفع الأتعاب[3]، و هذه الخاصية تعطي الحق القانوني لكلا الطرفين في فسخ العقد في حالة ما إذا لم يلتزم الطرف الثاني بالتزاماته، و ما يميز كذلك عقد المساعدة الطبية على الإنجاب هنا هو إمكانية فسخ العقد من أحد الزوجين خاصة و أن شرط الانعقاد هو موافقة الزوجين و بالنتيجة من حق أحد الزوجين أن يقوم بفسخ العقد.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن عمليات التلقيح الاصطناعي تجرى إما في عيادات خاصة أو مراكز طبية مرخص لها ممارسة الطب الانجابي المساعد، ويتم هذا وفق عقد طبي يربط بين الزوجين والطبيب، ما يعني أن الأساس العقدي هو الذي يحكم طبيعة المسؤولية الطبية في المساعدة الطبية على الإنجاب، كأصل عام والأساس التقصيري هو الاستثناء، وعليه نقول إن المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات التلقيح

[1] أنظر المادة 56 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 14.

[2] أنظر، المادة 57 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 14.

[3] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مرجع سابق، ص 112-113.

الاصطناعي هي مسؤولية عقدية أصلا وتقصيرية استثناءا، وتتحقق شروط هذه المسؤولية كالتالي:

- وجود عقد طبي مبرم بين الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي والزوجين.
- أن يكون العقد صحيحا.
- أن يكون المتضرر من عملية التلقيح الاصطناعي هما الزوجين (كلاهما أو أحدها).
- أن يكون المتسبب في الضرر هو الطبيب المتعاقد مع الزوجين.
- أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي ناتجا عن إخلاله بالتزام تعاقدي.

ونطرح هنا إشكالا يتمحور حول القول بمسؤولية الطبيب العقدية إذا كان المتضرر هو الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي؟ فإذا سلمنا بهذه الفرضية، نجد أن هناك تمرد عن القاعدة كون أن الطفل ليس طرفا في العقد، فهل إبرام الزوجين للعقد يكفي باعتبارهما الممثل القانوني للطفل نيابة عنه وبالتالي تنصرف آثار هذا العقد للجنين؟ بالرغم من اللبس الذي يكتنف هذه النقطة إلا أن ما نقول به هو أن المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي هي مسؤولية عقدية أصلا وتقصيرية استثناءا، بالنسبة للزوجين، أما بخصوص الجنين فإن مسؤولية الطبيب المدنية يبقى يحكمها الأساس التقصيري، خاصة إذا أخذنا نص الفقرة الأولى للمادة 21 من قانون الصحة 18-11 محل اعتبار والتي نصت على أنه" لكل شخص الحق في الحماية والوقاية والعلاج والمرافقة التي تتطلبها حالته الصحية، في كل مراحل حياته، وفي كل مكان"، إضافة إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، ونشير هنا إلا أنه لا يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية أو الخيرة بينهما كون أن

المسؤولية العقدية شيء والمسؤولية التقصيرية شيء آخر[1]، وهذا بالرغم من أن هناك جانب من الفقه يري بإمكانية الجمع و الخيرة بين المسؤوليتين[2].

الفرع الثاني
الأساس التقصيري لمسؤولية الطبيب

إذا كانت المسؤولية العقدية أساسها عقدي فإن المسؤولية التقصيرية أساسها قانوني، وعليه فإن الأساس التقصيري لمسؤولية الطبيب المدنية يكون نتيجة الإخلال بالتزام غير عقدي، كما تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا عند حدوث ضرر ناتج عن سبب خارجي عن العقد في حالة وجوده، كما ننصرف إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في حالة بطلان العقد، وعلى هذا الأساس فإن الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي يكون مسؤولا عن كل ضرر يسببه لأحد الزوجين أو كلاهما، ناتج عن إخلاله بالتزام خارج عن عقد المساعدة الطبية الانجاب، أي بسبب إهماله أو عدم التزامه بواجبي الحيطة والحذر أثناء قيامه بعملية التلقيح الاصطناعي أو بمناسبتها، أو في حالة بطلان العقد، كما تنصرف المسؤولية التقصيرية إلى كل ضرر يلحق بالجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي.

ويرى أنصار الأساس التقصيري للمسؤولية المدنية للطبيب، بوجوب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان الضرر ناتجا عن الإخلال بالتزام عقدي، كون أن الخطأ في الأصل يشكل إخلالا بواجب قانوني قبل أن يكون إخلالا بالتزام عقدي[3]، واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والبراهين التالية:

---

[1] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 48-49.

[2] رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، ط 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2012، ص 13-14.

[3] رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية الطبية للأطباء وإثباتها، نفس المرجع، ص 13.

- **الالتزام الطبي مصدره القانون قبل أن يكون العقد**

كما ذكرنا فقد انصرف أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الخطأ الطبي يشكل إخلالا بالتزام قانوني قبل أن يكون التزاما عقديا، كون أن التزام الطبيب لا دخل للإرادة فيها، فهي التزامات فرضتها الظروف بحكم المهنة التي يزاولها[1]، كما أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وبذلك هي أوسع وأشمل من المسؤولية العقدية[2]، وتوفر أكثر حماية للفرد والمجتمع، خاصة وأن عدم الالتزام الطبي قد يؤدي إلى المساس بسلامة الفرد و حياته، و بالتالي فالأساس التقصيري للمسؤولية لا يخضعها لحد أدنى من الالتزامات مثل ما هو الحال عليه بخصوص الأساس العقدي أين نكون أمام مسؤولية مقيدة بحد أدنى من الالتزامات و هو ما سوف يكون له أثرا سلبيا بخصوص التعويض الناتج عن هذه المسؤولية.

- **طبيعة العمل الفني للطبيب لا يمكن حصرها في قالب عقدي**

يرى في هذا أصحاب هذا الاتجاه أن الطبيب أثناء ممارسة عمله يحتكم للضمير المهني والأصول العلمية والفنية المتعارف عليها في مجال الطب[3]، وهي أمور لا يمكن ضبطها في قالب عقدي وعليه فإن الخطأ الطبي هو إخلال بقواعد وأصول مهنة الطب التي يجب على الطبيب الالتزام بها دون وجود عقد يربط بينه وبين المريض[4].

[1] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 106.

[2] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2010-2011، ص 130.

[3] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، نفس المرجع، ص 130.

[4] حروزي عز الدين، نفس المرجع، ص 104.

- **عدم التوازي في المراكز القانونية:**

يحتج أنصار هذا الاتجاه بأن العقد الطبي فيه خرق لمبدأ التوازي في المراكز القانونية بين المتعاقدين، على اعتبار أن المريض يكون طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية سواء من الجانب النفسي أو القانوني وأن التعبير عن ارادته في مثل هكذا ظرف، يدفع إلى القول بعدم وجود عقد قائم على أساس الرضا الحر بين الطرفين خاصة وأن الطبيب الطرف القوي في العلاقة التعاقدية والعارف بأصول مهنته وبهذا تختل معايير الالتزام المترتب عن العقد الطبي وتميل لجهة الطبيب على حسب المريض[1].

- **الطابع الجزائي للخطأ الطبي:**

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن كل جريمة ينشأ عنها ضرر ترتب مسؤولية تقصيرية[2]، وبالتالي فإن الطابع الجزائي للخطأ الطبي يفرض وجود الأساس التقصيري للمسؤولية المدنية من أجل جبر الضرر

كون أن خطأ الطبيب قد يؤدي إلى وفاة المريض وعليه فإن هذا الخطأ يعتبر فعلا جرميا يتابع على أساسه الطبيب جزائيا[3].

الحجج التي استند عليها أنصار المسؤولية التقصيرية وإن كان فيها جانب من الصواب إلا أنها كانت محل انتقاد، حيث يرد المخالفون لهذا الاتجاه على مجمل الحجج المقدمة في عدة نقاط أهمها:

- وجوب التمييز بين مصدر الالتزام ومضمونه.

[1] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 105.

[2] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 130.

[3] حروزي عز الدين، نفس المرجع، ص 107.

- الاعتبار التعاقدي يقوم على أساس عدم قيام الالتزام القانوني أصلا بين الطبيب والمريض لو لا وجود العقد[1].

- التزام الطبيب بعلاج المريض هو التزام عقدي ولا يهم الوصف المهني للالتزام، وانما يهم الموجب للالتزام والذي يوجبه العقد، فلا يعتبر جهل المريض للجوانب الفنية والتقنية لعمل الطبيب خرقا لمبدأ التوازي في المراكز القانونية، كون أن المهم في العلاقة التعاقدية هو معرفة المريض ما تم الاتفاق عليه مع الطبيب من حيث الالتزام ببذل العناية اللازمة لعلاجه.

- الطابع الجزائي للخطأ لا يفرض وجود الأساس التقصيري للمسؤولية، كون أنه يجب التفريق بين الأخطاء الطبية العمدية بوصفها جريمة والأخطاء الطبية الغير العمدية بوصفها إخلال بالتزام عقدي، فالجريمة شيء والمسؤولية المدنية شيء آخر فلا يجوز الخلط بينهما[2].

الفرع الثالث

موقف التشريع والقضاء من المسؤولية المدنية للطبيب

اتفق الفقه والقضاء على قيام مسؤولية الطبيب فيما يصدر عنه من خطأ أو تقصير يحدث ضررا للمريض الذي يتولى علاجه، ولكن الخلاف كان في تحديد طبيعة هذه المسؤولية[3]، لذلك دأبت بعض المحاكم اشتراط أن يكون الخطأ الموجب للمسؤولية جسيما وواضحا، أو يصدر الخطأ عن جهل فاضح وأن يكون عدم التبصير بينا[4]، وسنعرض فيما يلي موقف التشريع والقضاء من طبيعة المسؤولية المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي.

[1] حروزي عز الدين، نفس المرجع. نفس الصفحة.

[2] حروزي عز الدين، نفس المرجع، ص 104-107.

[3] حسين عامر، عبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 95.

[4] حسين عامر، عبد الرحيم عامر، نفس المرجع، ص 96.

أولا: الموقف التشريعي

بخصوص الموقف التشريعي من المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي لا يخرج عما هو الحال عليه بخصوص المسؤولية المدنية للطبيب بشكل عام، حيث أخضعت أغلب التشريعات بما فيها المشرع الجزائري مسؤولية الطبيب للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية، التي تقضي بأن كل فرد مسئول عن فعله الشخصي و هذا ما أقرته معظم التشريعات المدنية فنجد المشرع الفرنسي ينص في المادة 1240 من القانون المدني على أنه "كل فعل مهما كان يقوم به الشخص ويسبب ضررا للغير يلزم من أحدث الضرر بخطئه بالتعويض"[1] كما نصت المادة 1241 من نفس القانون على أنه"كل شخص هو مسؤول عن الضرر الذي يتسبب فيه ليس فقط بفعله و إنما كذلك بسبب إهماله أو تهوره"[2]، أما المشرع المصري هو الآخر نص على هذا صراحة من خلال المادة 163 من القانون المدني التي نصت على أنه"كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"كما نص المشرع الكويتي في المادة 1/227 من القانون المدني على أنه"كل شخص أحدث بفعله الخاطئ ضررا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشرا أو متسببا"[3]، و سار على نفس النهج المشرع الجزائري من خلال لمادة 124 من القانون المدني التي نصت على أنه"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[1] L'article 1240 du code civil français "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III: Des sources d'obligations - Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle P 306.

[2] L'article 1241 du code civil français "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence." Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle P 307.

[3] منذر الفضل، مرجع سابق، ص 106.

بالنسبة للتشريع الفرنسي يمكننا القول إن مسؤولية الطبيب ظلت تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية المنظمة بموجب المادتين 1382 و1383، من القانون المدني قبل تعديل سنة 2016، وهذا إلى غاية صدور القانون رقم 303-2002 الصادر في 2002/03/04[1]، أين فصل المشرع الفرنسي المسؤولية الطبية عن القواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية ونظمها في إطار قانون خاص بالصحة يوضح حقوق وواجبات الأطباء والمرضى ويحدد مسؤوليتهم.

وبخصوص تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب استنادا إلى النصوص العامة للقانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يحدد موقفه بنص صريح، فهناك نوع اللبس القانوني، حيث تتأرجح مسؤولية الطبيب بين الأساس التقصيري الذي جاءت به المادة 124 من القانون المدني وبين الأساس العقدي الذي نجده في نص المادة 182 من نفس القانون[2]، ولا شك أن هذا الغموض هو ما يدفع إلى البحث عن تصورات جديدة لتحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية.

بخصوص الموقف التشريعي من المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي وبالرغم من عدم النص عليها صراحة لكن من خلال ما سبق التطرق إليه خصوصا فيما يتعلق بالأساس العقدي لمسؤولية الطبيب المدنية[3]، وكذلك استقراء نصوص قانون الصحة 18-11 التي نستنتج منها إخضاع تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب لمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية[4] يمكن القول أن المشرع الجزائري يقر بعقدية الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي.

[1] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p.4118-4159.

[2] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 45.

[3] أنظر، ص 154 إلى 164، من هذه الأطروحة.

[4] أنظر، ص 121 إلى 126، من هذه الاطروحة.

ثانيا: الموقف القضائي

استقر القضاء في فرنسا على أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية، ولا تكون مسؤولية تقصيرية إلا استثناءا وهذا بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 المعروف بقرار Mercier[1]، الذي اعتبر أن مسؤولية الطبيب اتجاه المريض أساسها الاخلال بالتزام عقدي كون أن حقيقة العلاقة بين الطبيب ومريضه أساسها العقد، حيث أن التزام الطبيب ليس شفاء المريض بل يكون التزامه ببذل العناية اللازمة بكل إخلاص وصدق وأمانة لتحقيق النتيجة المرجوة[2].

فيما ذهب القضاء المصري بداية إلى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام ويمكن أن تكون مسؤولية عقدية استثناءا[3]، لكن الملاحظ أن القضاء المصري غير موقفه واتجه إلى تحديد طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض على أساس تعاقدي وهذا منذ سنة 1969[4]، أما بخصوص القضاء الجزائري فيمكن القول أنه لم يحدد موقفه من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب و هذا راجع لعدة أسباب أهمها قلة القضايا المرفوعة بهذا الشأن، إضافة إلى أن أكثرية الأطباء يعملون في القطاع العام ما يجعل انعدام وجود علاقة مباشرة بين الطبيب و المريض و بالتالي المستشفى هو من يتحمل المسؤولية و قضت في هذا المحكمة العليا بالقول أن " الدعوى المدنية المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمراكز الاستشفائية الجامعية و القضاء عليها بدفع التعويضات أو بضمان دفعها، يرجع اختصاص الفصل فيها إلى المجلس القضائي الغرفة الإدارية

[1] Daniel Bert, ATER à l'Université de Versailles, Laboratoire DANTE, Feu l'arrêt Mercier, Recueil Dalloz 2010 p. 1801, https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE_2012/D2010-1801.pdf.

[2] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 107.

[3] رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق ص 346-347، أنظر كذلك، بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 30.

[4] نقض مدني، 26 يونيو 1969، مجموعة أحكام النقض، س 20، ص 1075، رقم 116، نقلا عن، إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة القاهرة –كلية الحقوق، 1994، ص 161.

كدرجة أولى..."[1]، كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر بـ " أن القضاء بصرف الطرف المدني للتقاضي، أمام الجهة المختصة و عدم الفصل في الدعوى المدنية بعد التقرير بأن المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة، يعد خطأ في تطبيق القانون"[2]، فيما نجد قرار آخر نستشف من خلاله موافقة القضاء الجزائري لما قال به أنصار الأساس التقصيري للمسؤولية المدنية للطبيب، و جاء في القرار بأن " المسؤولية المدنية تنشأ غالبا عن المسؤولية الجزائية، و بانعدام هذه الأخيرة تنعدم الأخرى"[3].

وبخصوص الموقف القضائي من مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي فلم نعثر على ما يوضحه وهذا لعدم طرح أي قضية في المحاكم الجزائرية لحد الآن، ولكن على فرض وجود قضايا بهذا الخصوص فإننا نقول بعدم خروج القضاء عن النصوص القانونية التي تحيلنا ولو ضمنيا إلى القول بأن مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي هي مسؤولية عقدية كأصل عام في وجود عقد بين الزوجين والطبيب أما إذا انعدمت الرابطة التعاقدية لأي سبب كان تكون المسؤولية تقصيرية.

ثالثا: التوجه التشريعي والقضائي نحو مسؤولية موضوعية

تضارب الآراء بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في ظل التطورات الطبية الحاصلة دفع إلى البحث عن أسس وأنماط جديدة لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية، خاصة و أن التقسيم الثنائي في الكثير من الحالات لا ينطبق على المسؤولية الطبية لذلك " نجد أن بعض المحاكم تصبغ الصفة العقدية على

[1] قرار صادر بتاريخ: 1998/10/20 عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، منشور بالمجلة القضائية، ع 1998/02، ص 146، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، مرجع سابق، ص 38.

[2] قرار صادر بتاريخ 200/07/06، عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، منشور بالمجلة القضائية، ع 2002/02، ص 537، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، مرجع سابق، ص 40.

[3] قرار صادر بتاريخ: 2006/04/26 عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثاني، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2016، ص 105-106.

المسؤولية الطبية دون أن تجهد نفسها في إثبات وجود علاقة عقدية تربط المضرور بالمهني مما يجعلها تتكلف الرابطة العقدية و تفرض وجودها، ما يعني أن المسؤولية المدنية بمفهومها التقليدي أصبحت مجرد مصدر ثانوي لتعويض ضحايا الأخطاء الطبية"[1].

المسؤولية الموضوعية هي في الأصل تطور للمسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الضرر وهذا في ظل صعوبة إثبات بعض الأخطاء الطبية الفنية خاصة مع التطور الطبي الحاصل ما يجعل التوجه نحو أساس موضوعي لمسؤولية الطبيب أمر حتمي يفرضه الواقع خاصة في حالة وجود الضرر وعدم إثبات الخطأ، وبهذا تقوم المسؤولية الموضوعية على أساس الإضرار وليس على أساس الخطأ الواجب الإثبات وهذا استنادا إلى نظرية الضمان ونظرية تحمل التبعة[2]، والملاحظ أن القضاء من أجل تعويض المضرور يتجه إلى الإقرار بالأساس الموضوعي للمسؤولية الطبية خاصة إذا ما تعذر إثبات الخطأ مع وجود الضرر وإثباته، والقول بالمسؤولية الموضوعية أو المسؤولية الغير خطأيه بشكل عام كرسه المشرع الفرنسي بخصوص مسؤولية المنتج بموجب القانون رقم 98-398 المعدل والمتمم بالأمر 131-2016 والمتضمن القانون المدني بنص المادة 1245[3]، حيث سار على نفس النهج المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى للمادة 140 مكرر من القانون المدني التي نصت على أنه" يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب منتوجه، حتى لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"[4]، فيما نجد من التشريعات من ذهبت مباشرة إلى تبني المسؤولية الموضوعية و

[1] رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، مرجع سابق، ص 16 وص 23.

[2] لتفاصيل أكثر، أنظر، منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2017/2016، ص 89-94.

[3] L'article 1245 du code civil français " Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un...", Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, p 307.

[4] أنظر القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 29.

اعتبار الضرر كأساس للمسؤولية المدنية و نخص بالذكر المشرع الإماراتي[1]، حيث نص في المادة 282 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه" كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر."[2]، و سار على نفس النهج المشرع الأردني من خلال المادة 256 للقانون المدني التي نصت على أنه"كل إضرار بالغير يلزم فاعله و لو غير مميز بضمان الضرر"[3].

بالرغم من أهمية التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية للطبيب، إلا أنه يبقى الأساس العقدي والتقصيري هو المحدد لمسؤولية الطبيب المدنية في ظل عدم إخضاع المسؤولية الطبية إلى قانون خاص ينظمها لذلك من أجل تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي لابد من توافر أركانها الثلاثة وهي الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية وهو الأمر الذي سنفصل فيه أكثر فيما يلي.

المبحث الثاني

قيام المسؤولية المدنية للطبيب والأثار المترتبة عنها

تقوم المسؤولية المدنية للطبيب بتوافر أركانها وبالنتيجة ترتب جميع آثارها القانونية، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين، الأول نحدد من خلاله أركان المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي، والثاني نتطرق فيه إلى الآثار القانونية المترتبة عنها.

---

[1] نادية ياس البياتي، مدى اشتراط الخطأ في المسؤولية التقصيرية في التشريع الإماراتي، المجلة الأكاديمية العالمية للدراسات القانونية، مجلد 02، ع 02، 2020، ص 101، https://iajour.com/index.php/lr/article/view/124/95

[2] أنظر، القانون الاتحادي رقم 05 سنة 1985، قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الفصل الثالث، الفعل الضار، الفرع الأول، أحكام عامة، المادة 282، الالتزام بضمان الضرر، الجريدة الرسمية، ع 158، السنة الخامسة عشر، الصادر بتاريخ 1985/12/29، ص 80.

[3] أنظر، القانون المدني الأردني رقم 1976/43، الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، الأحد 05 شعبان1396، الموافق لـ 01 آب 1976م، ع 2645، ص 26.

المطلب الأول

أركان المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

من خلال استقراء نصوص القانون الجزائري يتضح لنا عدم وجود اختلاف من حيث أثر متابعة الطبيب وفقا للأساس العقدي أو التقصيري، لأنه في كل الأحوال تقوم المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، وعليه لا تقوم المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي إلا بتوافر أركنها وهي الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب بتقسيمه إلى فروع ثلاث، الأول نتناول من خلاله مفهوم الخطأ و صوره في مجال التلقيح الاصطناعي و الثاني نتناول فيه شروط الضرر و صوره، أما الفرع الثالث فسوف نتطرق فيه إلى قيام علاقة السببية.

الفرع الأول

الخطأ (مفهومه وصوره)

الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني أما الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي و قد يكون الالتزام هنا ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة على عكس الالتزام في المسؤولية التقصيرية الذي يكون التزاما ببذل العناية اللازمة و أن يكون الشخص على درجة من اليقظة و التبصر بالقدر الذي يمنع حدوث ضرر بالغير، و بالتالي تقوم في حقه المسؤولية إذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، و كان له القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف و أن هذا الانحراف يشكل خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية[1].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع السابق، ص 643 – 644.

وتماشيا مع ما تم ذكره اتفق الفقه والقضاء على تعريف الخطأ بأنه " ذلك الانحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف"[1]، ويعرف أيضا بأنه " إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل بإخلاله" كما اتجه البعض إلى صرف معنى الخطأ إلى كل عمل غير مشروع[2].

أما بخصوص التعريف القانوني للخطأ، نكاد لا نجد له أثرا بسبب تجنب أغلب التشريعات إعطاء تعريف محدد للخطأ، باستثناء المشرع التونسي في المادة 3/83 من القانون المدني وكذلك المشرع المغربي في المادة 3/78، اللذان حاولا إعطاء تعريف للخطأ بالقول أنه" عبارة عن إهمال ما يجب، أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"[3].

يتضح من خلال كل ما سبق من تعاريف أن الخطأ يقوم على عنصرين أساسيين هما، التعدي أو الانحراف والإدراك وهو علم الشخص بهذا الانحراف، حيث لا يمكن مسائلة الشخص غير المدرك لفعله الضار وعليه لا خطأ دون إدراك[4]، والخطأ الطبي باعتباره خطأ مهني بدرجة أولى يختلف عن غيره من الأخطاء لما له من تأثير مباشر على صحة الإنسان وحياته[5]، وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي وتحديد صوره.

[1] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 49.

[2] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 16.

[3] حروزي عز الدين مرجع سابق، ص 14، وكذلك إسماعيل سليمان الخريسات، المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2018، ص 80، حيث ذكر تعليقا على هذا التعريف للدكتور، سليمان مرقص بالقول" إن هذا التعريف اقتصر على خطأ الإهمال دون العمد.

[4] لتفاصيل أكثر، أنظر، بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 49-52.

[5] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 40-42.

أولا: مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي

الخطأ الطبي بمفهومه العام ما هو إلا صورة من صور الخطأ المهني[1]، إلا أن الفقه أدرج بعض التعريفات الخاصة فيعرفه مثلا الدكتور منذر الفضل بأنه " إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة"[2] و هذا ما ينطبق على الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي حيث تعتبر تقنية التلقيح الاصطناعي من العمليات الدقيقة، أين يقوم فيها الطبيب بالتصرف في المواد الإنجابية للزوجين، لذا يجب عليه التحلي بالحيطة و الحذر و الدقة التامة، و يسأل الطبيب عن خطئه في إجراء العملية، إذا كان هذا الخطأ جسيما و ظاهرا من الناحية العلمية و الطبية، و لكنه لا يسأل إذا فشلت عملية التلقيح في حالة ما إذا اتبع كافة وسائل الحيطة و الحذر[3]، و يعتبر هنا التزام الطبيب في هذه العملية مثل غيرها من الأعمال الطبية، هو التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة، فلذلك من أجل أن تقوم مسؤولية الطبيب لا بد من وجود خطأ جسيم صادر عن الطبيب و لا بد من إثبات هذا الخطأ و إلا فإنه لا مسؤولية تحق على الطبيب بانتفاء الخطأ.

و بالتالي يمكن القول عموما أن الخطأ الطبي في المساعدة الطبية على الإنجاب يتمثل في خروج الطبيب القائم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي في سلوكه عن القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم و المتعارف عليها نظريا و علميا، وذلك وقت تنفيذه للعملية أو بمناسبتها، أو لإخلاله بواجبات الحيطة و الحذر التي

[1] ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013، ص 74.

[2] فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2003، ص 08، أنظر كذلك، إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 82.

[3] معيار الحيطة والحذر في المجال الطبي، يتحدد بالقدر المتوسط من الدراية والمهارة والرعاية، في تطبيق المعلومات العلمية والفنية والتجريبية على الحالة الواقعية بما يتفق وأفضل مصلحة للمريض أو طالب الخدمة بوجه عام، أنظر، إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص 173.

يفرضها عليه القانون متى ترتب على هذا الخطأ ضرر أصاب المرأة أو الجنين، أما في حالة ما إذا اجتهد و أدى ما عليه و خلا عمله من أي إهمال واضح أو عمد أو سهو و أخذ بالأسباب الواجب الأخذ بها، و جاءت النتيجة مغايرة لما هو متوقع فهنا لا مسؤولية عليه[1]، لكن من اللازم أن يوفر الطبيب جميع فرص نجاح العملية باتباع أحدث التقنيات الموجودة، و عدم الاعتماد على طرق قديمة في المعالجة أو في إجراء العملية، فإن ظل على طريقته القديمة بالرغم من علمه بالطرق و التقنيات المستحدثة، هنا يسأل عن خطأه لو حدثت نتائج سلبية[2]، و تنتفي مسؤوليته في جميع الحالات إذا أثبت وجود سبب أجنبي أدى إلى فشل المساعدة الطبية على الإنجاب و تسبب في حدوث الضرر، كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو عدم اتباع الزوجين للتعليمات الموصي بها من طرف الطبيب.

ثانيا: صور الخطأ الطبي في التلقيح الاصطناعي

بعدما وضحنا مفهوم الخطأ الطبي وخصوصيته في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، سنتطرق إلى تحديد صور الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي والتي قد تحدث إما قبل إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي أو أثناء وبعد القيام بها.

[1] "يتحقق خطأ الطبيب حال خروجه في مباشرة عمله عن حدود الممارسة المعتادة والمقبولة في ذلك الوقت، سواء تعلق عمله بجوانب فنية أو تجريبية أو عامة أو إنسانية، ويستوي أن يكون ذلك في مجال التشخيص أو العلاج، أو الوقاية أو المتابعة بعد العلاج، وفي كافة الأحوال يجب أن يكون خطأ الطبيب مما لا يقع فيه الطبيب الذي ينتمي إلى ذات التخصص، ويتمتع بالقدر المتوسط من الحيطة والحذر والدراية" أنظر، إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص 174.

[2] عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط 03، ديوان المطبوعات الجزائرية 1984، ص 243-244.

1- الخطأ الطبي قبل إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي

تتمثل صور الخطأ الطبي قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في كل من الخطأ في الفحص والتشخيص، عدم الحصول على الرضا من الزوجين، والخطأ في الإعلام والتبصير.

أ- الخطأ في الفحص التشخيص:

إن فحص و تشخيص الحالة الصحية للمريض يتطلب من الطبيب القيام إجراء جميع الفحوصات اللازمة من أجل معرفة طبيعة المرض الذي يعاني المريض و بحث مدى تأثير الظروف المحيطة به حالته الصحية مثل البحث عن سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية من جهة أخرى[1]، و في مجال التلقيح الاصطناعي على الطبيب تشخيص كل من حالة الزوج و الزوجة و معرفة السبب الحقيقي من وراء عدم قدرتهما على الإنجاب و معرفة من الذي يعاني من المرض أو من العقم و لا بد من أن الاستعانة بالوسائل العلمية و الفنية الحديثة المتاحة التي يمكن اعتبارها من بين العوامل المساعدة للوصول إلى دقة في التشخيص، و يسأل الطبيب عن كل تقصير أو إهمال منه إذا كان التشخيص الذي توصل إليه خاطئ أو جانب الصواب في معرفة السبب الحقيقي لعدم قدرة الزوجين على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، كما أن تخصص الطبيب يجعله في مقام يفرض عليه الحرص و بذل العناية اللازمة بالقدر الذي يتوافق مع مستواه العلمي[2].

ب- عدم الحصول على الرضا:

المستقر عليه فقها و قضاءا أنه باستثناء حالات الضرورة لا يتم أي عمل طبي أو تدخل جراحي إلا بعد الموافقة الحرة للمريض، و بهذا يعتبر عدم الحصول على

[1] عامر نجيم، مرجع سابق، ص 142.

[2] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 95-96.

الرضا خطأ طبي موجب للمسؤولية، و الرضا في التلقيح الاصطناعي يقصد به موافقة الزوجين ورضاهما على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وهو من بين الشروط كما سبق و أن ذكرنا، وبالتالي تترتب المسؤولية في حالة عدم الحصول على رضا الزوجين معا[1]، وإذا كان الحصول الرضا من الزوجين لازما للقيام بالتلقيح الاصطناعي، فإن هذا الرضا يجب أن يتم وفق الإجراءات المنصوص عنها قانونا[2] و أن يصدر عن إرادة حرة لا يشوبها أي مانع من موانعها أو عيب من عيوب الإرادة المتعارف عليها[3].

ج- الخطأ في الإعلام والتبصير:

من بين أهم المبادئ في الطب هي التزام الطبيب بتبصير المريض و إعلامه بجميع المخاطر المتوقعة للعلاج، لذلك يجب على الطبيب أن يضع المريض في صورة كاملة عن حالته الصحية ليبقى أمر قبول أو رفض أي تدخل طبي قرار بيد المريض[4]، حيث أنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى للمادة 23 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 نجد أنها نصت على وجوب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية و العلاج الذي يتطلبه و الأخطار التي قد يتعرض لها، كما نجد أن الفقرة الثانية من المادة 343 من نفس القانون نصت على أنه"... يجب على الطبيب احترام إرادة المريض

[1] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 244.

[2] لتفاصيل أكثر أنظر، ص 121 – 125 و ص 156-157 من هذه الأطروحة.

[3] " الرضا المطلوب في عمليات التلقيح الاصطناعي هو رضا خاص ومتميز إذ أن المقصود به هو موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق الصيغة القانونية المعتمدة، ومن هنا يتضح تميز هذا الرضا الخاص عن الرضا بمفهومه العام حيث ينحصر دور الرضا العام في موافقة الزوجين أو أحدهما، على مباشرة الطبيب لعمله و الكشف عن حالة العقم، ولكن هذا التدخل قد لا يسفر عن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، إذ يقتصر الأمر على بعض المستحضرات الطبية أو تقديم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين، و ينتهي الأمر عند هذا الحد. أما إذا اقتضى الأمر تلقيحا اصطناعيا فإنه يستوجب رضا خاصا به من قبل الزوجين"، أنظر، بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية – أدرار، المجلد 9، ع 02، 2010، ص 28-29.

[4] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 91-92.

بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته"[1]، قياسا على هذا و في مجال التلقيح الاصطناعي وجب على الطبيب تنوير و تبصير الزوجين بحقيقة الموقف بصدق و أمانة، و بطريقة سهلة و مفهومة، حول مدى إمكانية نجاح العملية من عدمها، و الآثار المترتبة عن كل الطرق الخاصة بالتلقيح الاصطناعي و هذا حتى يتسنى للزوجين اختيار أي الطرق أنسب لحالتهما، و يكونا على بصيرة بظروفها و جميع آثارها[2].

2- الخطأ الطبي أثناء وبعد إجراء التلقيح الاصطناعي

تتمثل صور الخطأ الطبي أثناء وبعد إجراء التلقيح الصناعي، في كل من خلط الأنابيب ببعضها، الخطأ في الرقابة والمتابعة، والخطأ أثناء عملية الولادة، وسنتناول هذه الصور تبعا فيما يلي.

أ- خلط محتوى الأنابيب:

قد يقوم الطبيب أثناء إجراءه لعملية التلقيح الاصطناعي، بخلط أنبوب به بويضات أنثوية مع أنبوب به حيوانات ذكرية لغير الزوجين[3]، و ينشأ هذا الخطأ عن عدم تقيد الطبيب بالالتزامات البيو أخلاقية و عليه يجب على الطبيب الالتزام أثناء عملية التلقيح بالمحافظة على البويضات الملقحة و أن يحمي الأنابيب من الاختلاط أو الاستبدال بغيرها[4]، و في حالة ما إذا حدث هذا يكون مسؤولا عن الخطأ الذي ارتكبه، أما إذا تم التلقيح بهذه الطريقة عمدا وبعلم و رضا الزوجين هنا تقوم المسؤولية على الطبيب و الزوجين كذلك و هذا لخطورة الأمر و لما في التلقيح بهذه الطريقة من اختلاط الأنساب و تغيير لسنة الله في خلقه، كما أن الخطأ الطبي نتيجة خلط

[1] أنظر المادة 23 والمادة 343 من القانون رقم 18-11. مرجع سابق.

[2] زهرة محمد مرسي، مرجع سابق، ص 243.

[3] بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن – عمان 2011، ص 51.

[4] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 102.

محتوى الأنابيب يثير إشكالا آخر و هو إمكانية ولادة طفل مشوه[1]، و لهذا ينبغي التشديد في المسؤولية الناتجة عن هذا الخطأ بصفته خطأ يرقى إلى درجة الجسامة لما له من آثار خطيرة[2].

ب- الخطأ في الرقابة والمتابعة:

يجب على الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي تقديم كافة النصائح و الارشادات للزوجين و متابعة حالة الزوجة و الإشراف عليها دوريا و اتخاذ ما يراه مناسبا من أجل إنجاح العملية، و عدم فشلها أو حدوث نتائج سلبية أو إجهاض للزوجة، و هنا من الضروري التزام الزوجين بتعليمات و توجيهات الطبيب[3]، و إذا ثبت أن الطبيب قد أعطى الزوجة بعض الأدوية أو المستحضرات الطبية دون أن تستلزمها الضرورة[4] أو كان مقصرا في رقابته و متابعته لحالة الزوجة و الجنين و نتج عن ذلك أضرار، أدّت إلى الإجهاض أو فشل العملية قامت مسؤوليته بسبب خطأه الذي أدى بالنتيجة إلى حدوث هذا الضرر، أما إذا اتضح أن الطبيب التزم بواجب الرقابة و المتابعة وقام بأخذ كافة وسائل الحيطة و الحذر المطلوبة، فلا مسؤولية عليه[5].

[1] بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مرجع سابق، ص 30.

[2] "يتصور الفعل الضار في هذا النوع من الخطأ، بالآلام المعنوية التي آلمت بالزوجة وزوجها نتيجة نسبة من لا ينتسب إليهما صدقا وحقا، والواقع العملي يشهد على مثل هذه الأخطاء الكثيرة، التي ارتكبها الأطباء ومراكز التلقيح" أنظر، إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 103.

[3] " يجب على الزوجين الالتزام بالتعليمات الطبية، وهذا حماية لهما لأن مخالفة هذا الالتزام يكون سببا من أجل دفع المسؤولية الطبية في حالة وقوع أي ضرر قد يصيب الزوجين أو فشل في العملية، باعتبارهما قد أخلا بالتزاماتهما التعاقدية"، أنظر، زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مرجع سابق، ص 112-113.

[4] بدر محمد الزغيب، مرجع سابق، ص 52.

[5] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 109.

ج- الخطأ أثناء الولادة:

غالبا ما يكون الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي هو الطبيب المشرف على عملية الولادة، لذلك فإن الخطأ في هذا المجال لا يقتصر على ما سبق ذكره بل هناك امتداد لمسؤولية الطبيب القائم بعمليات التلقيح الاصطناعي، كون أن مسؤوليته لا تنتهي بمجرد اكتمال نجاح العملية و تخلق الجنين، بل يسأل أيضا عن الأخطاء المرتكبة أثناء عملية الولادة، و التي قد تصيب الأم أو الجنين على حد سواء، من إصابات أو تمزقات التي قد تحدث، كتمزق في الرحم مثلا أو إصابة الطفل بجروح أو بتر أحد الأعضاء أو فقئ عينه، أو التسبب في كسور على مستوى الرأس و الجمجمة أو العظام[1]، و ما نشير إليه هنا هو أن الأخطاء من هذا النوع شائعة الحدوث، إضافة إلى الإجهاض الذي قد يحدث أثناء عملية الولادة كما قد يحدث قبل ذلك مثل ما أشرنا سابقا في فترة الرقابة و هذه الأخطاء قد تترتب عليها مسؤولية الطبيب من الناحيتين المدنية و الجزائية.

الفرع الثاني
الضرر (أنواعه وشروطه)

الخطأ الطبي وحده لا يكفي من أجل قيام مسؤولية الطبيب المدنية بل يجب أن تقوم بأركانها مكتملة وركن الضرر لا يقل أهمية عن الخطأ ولا يزيد عنه فهما ركنان لازمان لقيام المسؤولية المدنية[2]، ويقصد بالضرر ذلك الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه، أو غير

[1] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 110، أنظر كذلك، جدوي سيدي محمد أمين، الخطأ الطبي في عمليات التوليد، مجلة القانون و العلوم السياسية، جامعة النعامة، المجلد01، ع 02، 2015، ص 340

[2] " المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، تقوم على تحقق ركن الضرر، فهي تدور مع الضرر وجودا وعدما، شدة وضعفا، ولا مسؤولية دون ضرر"، أنظر، محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 72.

ذلك[1]، و بالتالي تقوم مسؤولية الطبيب متى تسبب بخطئه في إحداث ضرر للمريض، و خلافا للقواعد العامة لا يتم التمسك بمسؤولية الطبيب بمجرد حدوث الضرر إذا لم يثبت منه أي إهمال أو تقصير[2]، و يكفي لتحقق الضرر المساس بأي حق من حقوق المريض أو بمصلحة مشروعة له.

أولا: أنواع الضرر الناتج عن التلقيح الاصطناعي

الضرر في الأصل نوعان مادي ومعنوي إلا أن القضاء الفرنسي استحدث نوعا جديدا من الضرر وهو تفويت الفرصة، والضرر الناتج عن التلقيح الاصطناعي لا يخرج في الأساس عن الأضرار الناتجة عن الأعمال الطبية مع تميزه عنها في بعض الجزئيات وهذا ما سنفصل فيه أكثر فيما يلي.

1- الضرر المادي:

يمكن تعريف الضرر المادي بأنه ذلك الأذى الذي يلحق بالمريض خسارة مالية تؤدي إلى نقص في ذمته المالية من جهة أو المساس بسلامة وصحة جسم المريض من جهة أخرى، و من ناحية المسؤولية يسهل التعويض عن الضرر المادي إذا تعلق بالمساس بمصلحة مالية للمريض، كون أن قيمة الضرر قابلة للتحديد حيث تتمثل في نفقات الفحص والعلاج عموما، على عكس الضرر المتعلق بالمساس بسلامة وصحة الجسم الذي يصعب تحديد قيمته[3]، و الضرر المادي عموما يشمل

[1] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 132، أنظر كذلك، إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 112،

[2] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 53،

[3] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 74-75.

عنصرين و هذا بحسب نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري[1] و هما ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب[2].

2- الضرر المعنوي: (الضرر الأدبي)

الضرر المعنوي هو كل ضرر يمس مصلحة غير مالية للمضرور فهو كل ضرر يصيب الجسم فيحدث تشوها يكون له أثرا نفسيا على المضرور[3]، وبهذا فإن الضرر المعنوي في المجال الطبي، هو كل مساس بسلامة جسم المريض، أو إصابته بآلام أو عجز أو قصور نتيجة خطأ طبي تسبب لهذا المريض في آلام نفسية وحسرة وشعور بالإحباط واليأس[4]، كما أنه كل ما يصيب المريض في كرامته أو شعوره أو عاطفته أو شرفه وعرضه وهو كل ألم وحزن يصيب الإنسان[5].

وما نشير إليه هو أن المشرع الجزائري قبل صدور القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني لم يحدد لنا نوع الضرر الموجب للتعويض وإنما اعتبر كل ضرر يحدثه الشخص بفعل خطأه يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، ما كان يثير نوعا من اللبس القانوني بخصوص شمول التعويض للضرر المعنوي من عدمه، لكن نص المادة 182 مكرر من القانون 05-10 جاء واضحا وصريحا ونصت المادة المذكورة على أنه" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[6].

---

[1] أنظر، نص المادة 182 من، ق.م.ج، مرجع سابق، ص 36.

[2] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 133، أنظر كذلك، محمد نصر محمد، نفس المرجع، ص 74.

[3] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 75.

[4] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 134.

[5] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 75، نقلا عن عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 02، مصادر الالتزام، 1954، مطبعة نهضة مصر، ص 473.

[6] أنظر، القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 36.

3- الضرر المتعلق بتفويت فرصة:

استحدث القضاء الفرنسي نوع جديدا أو صورة جديدة من صور الضرر الطبي وهي ضياع أو تفويت فرصة للمريض من أجل شفائه أو بقائه على قيد الحياة نتيجة لخطأ الطبيب، وهذا بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1965/12/14[1]، حيث بدأ مفهوم ضياع الفرصة في الظهور عام 1961، وتم تجسيده بموجب الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية المشار إليه عام 1965[2]، ليعرف بعد ذلك القضاء في فرنسا تكريسا لهذا المبدأ ما نتج عنه تطبيق واسعا للحكم بالتعويض للمرضى نتيجة الأضرار المتعلقة بتفويت فرصة[3].

و كانت أكثر قضية نموذجية تجسيدا لمبدأ الضرر المتعلق بتفويت فرصة هي ما عرف بـ "Affaire Perruche"[4] أو " قضية بيروش"، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 2000 بالتعويض للأبوين والطفل نيكولاس بيروش على أساس الضرر الناتج عن تفويت فرصة، وذلك نتيجة ميلاد الطفل نيكولاس مشوها بسبب إصابة الأم بداء الحصبة الألمانية، حيث كان من الممكن تفادي الأم لهذا الإنجاب وإمكانية أن تختار الإجهاض لو تم إبلاغها بشكل صحيح بنتيجة حملها كون أن إصابة الأم بالحصبة الألمانية نتيجة حتمية لولادة الطفل مشوها، لكن بالرغم من ذلك أكد الأطباء على استمرار حمل الأم، و بالتالي تم تفويت فرصة الإجهاض العلاجي للضرورة الطبية[5].

---

[1] P. L'épée, H. J. Lazarini, J. Doignon: La responsabilité du médecin du travail, Ed Masson, Paris, 1981, p 09, 10, 139 نقلا عن بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية مرجع سابق، ص

[2] Michel Bernard, Comment définir la perte de chance ? 160 questions en responsabilité médicale (2e édition), 2010, Pages 308-311, https://doi.org/10.1016/B978-2-294-70887-9.00142-1 .

[3] Stéphanie Aries, Jurisprudence récente sur la perte de chance, Droit, Déontologie & Soin, V 12, Issue 4, Décembre 2012, P 473-484, https://doi.org/10.1016/j.ddes.2012.07.030

[4] Michel Bernard, ibid, p 308.

[5] Damien Mascret, L'affaire Perruche, Éditeur, Presses de Sciences Po, Revue co-éditée par les Éditions de Santé, 2015/2 n° 47, p 75 à 79, ISSN 1765-8888, DOI 10.3917/seve.047.0075.

والأضرار المتعلقة بتفويت فرصة في العموم يقصد بها حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل أن تعود عليه بالكسب أو تجنب ما لحق به من ضرر[1] وتصورها في المجال الطبي حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ الطبيب الجراح إثر عمليه جراحيه فاشلة ويتجسد معناها في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب بحرمان الزوجين من تحقيق رغبتهما في الانجاب بسبب خطأ الطبيب في التلقيح الاصطناعي[2]، الذي قد يؤدي إلى إجهاض الأم و وفاة الجنين و ذهب في هذا القضاء الفرنسي في إحدى قراراته إلى الحكم بالتعويض لأم نتيجة فقدانها لطفلها على أساس وجود ضرر تفويت فرصة حقيقي على الأم كون أن هذا الولد قد يصبح عونا لوالديه عندما يبلغان الكبر وأن اعتماد الأم على مساعدة ولدها حق مشروع و بالتالي تم حرمانها من فرصة كانت من المحتمل أن تعود عليها بالفائدة[3]، أما فيما يخص القضاء الجزائري نجد أن المحكمة العليا نصت في إحدى قراراتها على أن التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة للكسب يستلزم وجوبا تحديد الضرر طبيعة ونطاقا، مع تبيان أسس ومعايير تقدير مبلغ التعويض[4]، إلا أننا لم نجد ما يقضي بالتعويض عن تفويت فرصة في المجال الطبي.

استنادا على ما سبق فإن خلاصة القول هنا بخصوص الأضرار التي تحدث في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب هي مثلها مثل الأضرار التي تقع نتيجة الأعمال الطبية بشكل عام حيث تكون هذه الأضرار على النحو التالي:

[1] Le rapport annuel 2007 de la Cour de cassation française indiquait "toute la construction de la perte de chance en matière médicale repose sur le souci de concilier cette incertitude (causale) et cette certitude (réalisation du risque) en évitant les deux excès opposés que constituerait le rejet systématique de toute indemnisation ou, à l'opposé, une indemnisation totale tout aussi systématique ", Ambre Laplaud, ibid, p 345.

[2] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 128.

[3] أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط – الأردن، 2015، ص 41.

[4] قرار صادر بتاريخ 2016/10/20 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع 02، 2016، ص 91.

- الأضرار المادية التي تقع بشكل مباشر على جسد المريض وتصورها في مجال التلقيح الاصطناعي هي كل أذى قد يصيب رحم الزوجة أو مبيضها أو قناة المني لدى الزوج[1].

- أضرار معنوية وتصوراتها تتمثل في الآثار المعنوية المترتبة عن إفشاء السر الطبي.

- الأضرار الناتجة عن تفويت فرصة وهي حرمان الزوجين من إشباع غريزة الأمومة والأبوة نتيجة إتلاف الأجنة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي[2]، ويتضح لنا جليا خصوصية الضرر الناتج عن التلقيح الاصطناعي والذي لا يمكن وصفه بالبساطة فهو يرقى إلى درجة الجسامة في أغلب صوره نظرا للآثار المترتبة عنه.

ثانيا: شروط الضرر

القواعد العامة في الضرر تقتضي أن يكون محققا ومؤكدا وحالا ومباشرا وهي نفس الشروط التي يجب توافرها في الضرر الطبي[3]، وعليه فإن الضرر الناتج عن التلقيح الاصطناعي الذي ينبغي التعويض عنه يجب أن يتضمن هذه الشروط والتي يمكن تحديدها كالتالي:

1- أن يصيب حقا أو مصلحة مالية:

الضرر الواجب التعويض لا بد أن يكون قد مس الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله، أو مس مصلحة مالية له، وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يعتبر قد مس حقا من حقوقه الأساسية في الحياة، والمستفيد من التعويض هنا قد

[1] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 113، أنظر كذلك، بدر الزغيب، مرجع سابق، ص 53.

[2] إسماعيل سليمان الخريسات، نفس المرجع.

[3] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 166.

يكون المريض نفسه، كما قد ينصرف إلى الورثة الذين هم تحت إعالته المباشرة كالزوجة والأبناء والوالدين[1].

2- أن يكون محققا:

ومعنى ذلك أن يكون الضرر حتما محقق الوقوع إما آنيا أم عاجلا أم آجلا، ويجب أن يتم التحقق من أن ما لحق المريض من ضرر كان نتيجة خطأ الطبيب، ما يعني بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز التعويض عن ضرر محتمل الوقوع فمعيار الحتمية هنا هو المحدد للحق في التعويض من عدمه، كما أن مبدأ القضاء هو تعويض المريض عما فاته من كسب ولحقه من خسارة، ففي حالة ما إذا كان الضرر احتماليا وغير موجود حالا ولا يوجد ما يؤكد وجوده في المستقبل سواء القريب أو البعيد فإن مسألة تقديره تبقى غير ممكنة وبالتالي لا ينبغي التعويض عنه[2].

إذا أحدث الطبيب بخطئه ضررا للمريض يقعده عن العمل يحكم عليه بتعويض يشتمل على عنصرين:

- عنصر الحال: وهو ما أصابه من ضرر عاجل
- عنصر المستقبل: وهو العجز عن العمل في المستقبل وكسب لقمة عيشه.

وعلى هذا الأساس إذا كان الضرر المستقبلي قابل للتقدير فإن القاضي يحكم به في نفس الحكم وإذا لم يستطع تقديره يحكم للزوجين بالتعويض عن الضرر الحالي مع الاحتفاظ بحقهما في التعويض عن الضرر المستقبلي[3]، ويجب على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة من أجل تحديد نسبة الضرر وتقدير التعويض، خاصة وأن الخطأ

[1] محمد نصر محمد، نفس المرجع، ص 78.

[2] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 77.

[3] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 77، نقلا عن، حسين عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية، في القانون المدني الجديد، ط 02، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، 1970، ص 112، أنظر كذلك، بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 138.

الطبي الموجب للتعويض هنا، هو في الغالب يكون خطأ مهني مما يصعب كشفه وتقدير الأضرار الناتجة عنه إلا من طرف الفنيين أهل الخبرة[1].

الفرع الثالث

علاقة السببية

علاقة السببية هي الركن الأساس في قيام المسؤولية حيث لا يكفي تحقق الخطأ والضرر فقط من أجل قيام المسؤولية المدنية للطبيب بل لا بد من توافر الركن الثالث وهو علاقة السببية التي تجمع بين الخطأ والضرر فلا مسؤولية عن ضرر لا تربطه بالخطأ علاقة السبب بالنتيجة[2]، وسنتطرق في هذا الفرع إلى قيام علاقة السببية وانتفائها.

أولا: قيام علاقة السببية

علاقة السببية كما ذكرنا هي ركن مستقل بذاته عن ركني الخطأ والضرر، حيث تنتفي المسؤولية بانتفاء هذا الركن لأن وقوع الخطأ وحدوث الضرر لوحدهما لا يعني بالضرورة قيام المسؤولية الطبية إذا لم يكن الضرر الذي أصاب المريض، هو نتيجة خطأ مباشر من طرف الطبيب ويقول في هذا الدكتور محمد نصر نقلا عن الدكتور زكي الإبراشي " ... يجب أن يكون الخطأ مرتبطا بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول"[3]، و مسألة إثبات علاقة السببية ليس بالأمر الهين على القضاء خاصة في المجال الطبي لتعلقها بأخطاء مهنية يصعب تحديدها و إثبات علاقتها بالضرر، إلا عن طريق الاستعانة بالفنيين أهل الخبرة، حيث قضت في هذا المحكمة العليا بالقول " إن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج

[1] محمد نصر محمد، نفس المرجع، ص 78، نقلا عن، إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة – الكويت، س 05، 1981، ص 31.

[2] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 168.

[3] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 80، نقلا عن، حسن زكي الإبراشي، نفس المرجع، ص 188.

عن اختصاص عمل القضاة، و لا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر"[1]، و نشير هنا إلى أن المعيار الفقهي المحدد لعلاقة السببية يقوم على نظريات مختلفة أشهرها نظرية تكافؤ الأسباب و نظرية السبب المنتج، نظرية السبب الأخير، نظرية السبب الأقوى أو الأقرب، و كلها نظريات كان الفقه الألماني سباقا في بنائها[2]، و سنعرض فيما يلي النظريتين الأكثر تطبيقا.

أ- نظرية تكافؤ الأسباب:

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بيري " von buri " حيث تقوم هذه النظرية على أساس الأخذ بجميع الأسباب وتعادلها كون أن أي سبب من الأسباب هو مساو لغيره في إحداث الضرر[3]، وبالتالي إلزام المتسبب بالتعويض على كامل الضرر، كما أنه إذا اشترك في الخطأ المسبب للضرر عدة أطباء فإنهم يسألون جميعا ويعتبر هذا سببا مباشرا ولو تدخلت عوامل خارجية ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة[4]، ولا يجوز تخفيف المسؤولية بحجة تعدد الأسباب إلا في حالة ما إذا كان خطأ المضرور أحد هذه الأسباب[5].

ب- نظرية السبب المنتج:

وتسمى كذلك بنظرية السبب الفعال أو السبب الكافي وقال بها الفقيه الألماني جوهانس فون كريس "Johan Vonkries"، على عكس النظرية السابقة تأخذ هذه النظرية بالأسباب المعقولة التي يمكن أن ينسب إليها الضرر دون

[1] قرار صادر بتاريخ 1983/05/11، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، (قرارات المجلس الأعلى)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة، 1986، ص 53 وما بعدها، نقلا عن، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، مرجع سابق، ص 11-12.

[2] عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 200.

[3] عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 200-201.

[4] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 132.

[5] محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 84.

الأخذ بالأسباب الأخرى التي تعتبر ثانوية حتى لو كان لها نصيب في حدوث الضرر، ويتضح أن هذه النظرية يغلب عليها الطابع القانوني الواقعي أكثر من الطابع الفلسفي النظري[1].

ثانيا: إثبات علاقة السببية وانتفائها

المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي، المصري وكذلك الأردني، أخذ بنظرية السبب المنتج كأساس لتحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر، لكونها الأكثر منطقية و الأكثر واقعية من الناحية العملية، ويتضح موقف المشرع الجزائري من خلال نص المواد، 124،127، 126 و182 من القانون المدني، فيما نجد أن القضاء الجزائري يميل إلى الأخذ بالنظريتين و هذا حسب ظروف كل قضية و نجد أن المحكمة العليا تركت السلطة التقديرية للقضاة بهذا الخصوص حيث قضت في إحدى قراراتها بأن" القتل الخطأ، الإهمال و عدم الاحتياط الطبي، شعور المريضة بالاختناق، عدم إخضاعها للتنفس الاصطناعي، عدم حقنها بالدواء المساعد على إزالة تخدير الدم في الشريان الرئوي، الانسداد الأمبولي بعد العملية الجراحية، بدانة الضحية، أسباب الوفاة بقت مجردة لعدم القيام بتشريح جثة الضحية بعد رفض زوجها ذلك، تقدير الوقائع يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إذ لا يطلب منهم سوى التعليل الكافي لأحكامهم"[2]، على ضوء هذا فإن القضاء سواء كان مدنيا أو جزائيا له كامل السلطة التقديرية في إثبات علاقة السببية و يكون هذا عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء و الفنيين خصوصا إذا كان الخطأ الطبي يتعلق بعمليات تقنية مثل ما هو الحال عليه في مجال التلقيح الاصطناعي.

[1] محمد خضر أحمد السبعاوي، نظرية السببية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية، بمنظور جنائي فلسفي، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014، ص 182-183.

[2] أنظر، قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2005/05/27، ملف رقم 296423، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات في المسؤولية الطبية، ج 02، مرجع سابق، ص 96-98.

قياسا على أخذ المشرع الجزائري بنظرية السبب المنتج فإن مسؤولية الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي، تثبت عن خطأه المباشر إذا سبب ضررا لأحد الزوجين أو كلاهما، مهما كانت طبيعة هذا الخطأ، حيث أن الضرر يعتبر موجبا للمسؤولية في حقه سواء أحدث الضرر بنفسه ومثال ذلك الضرر الناتج عن خلط المواد الإنجابية للزوجين بغيرها، أو كان نتيجة ما يستعمله من الأدوات والآلات الطبية[1]، ويجب إثبات أن ما لحق بالزوجين من ضرر كان بسبب ما آتاه الطبيب من خطأ كون أن الخطأ والضرر يرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالمسبب، بحيث لا يمكن حصول الضرر لو لم يقع الخطأ وبالتالي إذا انعدمت علاقة السبَبية تنفي مسؤولية الطبيب الذي عليه إثبات السبب الأجنبي وأن يدفع المسؤولية عن نفسه وفق ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري، بإثبات أن الضرر سببه خطأ أحد الزوجين، أو قوه قاهرة، أو فعل الغير[2].

المطلب الثاني

آثار المسؤولية المدنية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي

تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي بتوافر أركانها مجتمعة و بالتالي ترتب آثارها القانونية المتمثلة في التعويض عن كافة الأضرار المادية والمعنوية وفق ما هو معمول به قانونا وقضاءا، حيث يتم رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة[3]، أين يقوم القاضي بتقدير هذا التعويض استنادا إلى خبرة قضائية وفق مبدأ التعويض الكامل للضرر، كون أن المسؤولية الطبية لا تخضع لمبدأ التعويض الجزافي والمحدد[4]، و عليه يمكن للزوجين اللجوء إلى القضاء المدني و طلب التعويض إذا

[1] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 139.

[2] لتفاصيل أكثر، أنظر، بن صغير مراد، لخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية مرجع سابق، ص 153-156.

[3] S. Fournier, P. Maistre du Chambon, La responsabilité civile délictuelle 4e édition, Presses universitaires de Grenoble Maison D'edition, PUG Collection, 2015, p 23-24.

[4] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 147.

كان الخطأ يشكل إخلال بالتزام طبي لا يكتسي طابعا جزائيا، أما إذا اكتسى هذا الخطأ طابعا جرميا فإن الفصل في التعويض يعود للقضاء الجزائي على أساس الدعوى المصحوبة بادعاء مدني، أما إذا اكتسى الخطأ طابعا مرفقي فإن الاختصاص يؤول إلى القضاء الإداري، و سنقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاث الأول نتطرق من خلاله إلى طبيعة التعويض الطبي وكيفية تقديره في مجال التلقيح الاصطناعي، أما الفرع الثاني فسنتطرق من خلاله إلى الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية المدنية و الفرع الثالث نتطرق فيه إلى التأمين عن المسؤولية المدنية الطبية.

الفرع الأول

التعويض عن المسؤولية المدنية الطبية

يمكن القول أن التعويض هو ذلك البدل الذي يدفعه الطبيب للمريض جبرا له عن الضرر الذي لحق به، ونصت في هذا المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[1]، وعليه فإن الطبيب المتسبب في ضرر للزوجين نتيجة خطأه في التلقيح الاصطناعي يكون ملزما بالتعويض، فما هي طبيعة هذا التعويض وكيف يتم تقديره؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع.

أولا: طبيعة التعويض الطبي

التعويض في المجال الطبي لا يخرج عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وطبقا لما يمكن استخلاصه من نصوص القانون المدني الجزائري فإن التعويض يكون على نوعين، التعويض عيني والتعويض بمقابل.

[1] أنظر، المادة 124 ق.م.ج، مرجع سابق، ص 26.

أ- التعويض العيني:

التعويض العيني هو الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد أو قبل ارتكاب الطبيب للخطأ المسبب للضرر، وهذا هو أصل التعويض متى كان ذلك ممكنا[1]، وهذا ما يستنتج من نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري[2]، وبالنتيجة يسقط الحق في التعويض بمقابل متى كان التعويض العيني ممكنا، والملاحظ أن الحكم بالتعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية يصعب تطبيقه لذلك عموما ما يتجه القضاء إلى الحكم بالتعويض النقدي[3]، لكن يمكن القول أن التعويض في مجال التلقيح الاصطناعي قد يتمرد عن هذه القاعدة و يمكن أن يكون عينيا بالرغم من اعتباره ضمن الأعمال الطبية، حيث يمكن للقاضي و بعد استناده لخبرة طبية بالحكم على الطبيب بالتعويض العيني نتيجة خطأه في عملية التلقيح الاصطناعي المفضي إلى إجهاض الزوجة، و إلزامه بإجراء عملية تلقيح اصطناعي أخرى على نفقته الخاصة[4].

ب- التعويض بمقابل:

إذا كان التعويض العيني هو الأصل فالتعويض بمقابل هو الاستثناء، لكن من الناحية العملية وخصوصا في مجال التعويض عن المسؤولية المدني للطبيب يبقى التعويض بمقابل هو الغالب، والأصل أن يكون نقدا وهذا ما جاء في الفقرة الثانية للمادة 132 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه" ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 60-61.

[2] " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا لمادتين 180 و181، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا" أنظر، المادة 164 ق.م.ج، مرجع سابق، ص 33.

[3] بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 130-131.

[4] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 161-163.

إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

بناء على ما سبق نقول إن مسألة التعويض في مجال التلقيح الاصطناعي تقتضي إما التعويض العيني أو التعويض بمقابل وتبقى السلطة التقديرية للقاضي هي المعيار المحدد لطبيعة التعويض ويكون هذا حسب ظروف كل قضية مع ضرورة الاستناد إلى خبرة طبية من طرف طبيب مختص في تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، على أن تبقى للمحكمة العليا سلطة الرقابة على مثل هذه الأحكام القضائية.

ثانيا: تقدير التعويض الطبي

يمكننا القول إن مسالة تقدير التعويض الناتج عن مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي، من بين أكثر المسائل صعوبة، نظرا للخصوصية الفنية والتقنية لعمليات التلقيح الاصطناعي وما تتميز به من دقة، ونظرا لامتداد الضرر بحيث يصعب تقديره بشكل نهائي وقت الحكم، والتعويض الطبي عموما يتم تقديره بما أصاب المريض، وعليه لا يزيد مقدار التعويض عن الضرر الحاصل ولا يقل عنه[1] أي أنه يكون بالقدر الذي يجبر به ضرر المريض ولا يزيد عن القدر الذي يظلم فيه الطبيب.

أ- وقت تقدير التعويض:

المستقر عليه فقها وقضاءا أن وقت تقدير التعويض يكون حين صدور الحكم[2]، و هذا بسبب التغييرات التي تحصل من يوم حدوث الضرر و قيام المسؤولية

[1] إسماعيل سليمان الخريسات، مرجع سابق، ص 168.

[2] " الأصل أن الحق في التعويض ينشأ من يوم اكتمال أركان المسؤولية، إلا أن هذا الحق يتحدد وقت صدور الحكم القضائي" أنظر، عشوش كريم، مرجع سابق، ص 213.

المدنية إلى غاية النطق بالحكم، و يأخذ القاضي بعين الاعتبار تفاقم الضرر من عدمه خلال هذه المدة[1]، و كذلك التغيير الحاصل في الأسعار و انخفاض قيمة العملة أو ارتفاعها و التي على أساسها سيتم منح التعويض، و هذا حتى يكون للتعويض قيمة مادية حقيقية يستفيد منها المريض كجبر حقيقي للضرر الذي أصابه، و يجب الاحتفاظ للمريض بحقه في الرفع من قيمة التعويض في حالة تفاقم الضرر، أو تغير الظروف الاقتصادية بالقدر الذي يجعل هذا التعويض بلا قيمة و ذلك في الحالة التي يكون فيها التعويض المحكوم به ايرادا مرتبا[2]، في كل الأحوال يجب أن يترك الباب مفتوحا لضحايا الأخطاء الطبية لطلب الرفع من قيمة التعويض لأي سبب كان، على أن تبقى مسألة القبول أو الرفض تخضع للسلطة التقديرية للقضاء.

ب- كيفية تقدير التعويض:

بالرغم من أن المشرع الجزائري يمنح للقضاء السلطة التقديرية في تحديد قيمة التعويض لكن في المقابل لم يترك المشرع للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله وأهواءه الشخصية، بل حدد له معايير وضوابط يجب أن يتقيد بها، حيث أوجب على القاضي تقدير التعويض بمدى ما أصاب المضرور دون زيادة أو نقصان، فالمعيار المقدر للتعويض يكون على أساس ما لحق المريض من خسارة وما فاته من كسب[3]، وهذا بحسب نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري[4]، وعلى هذا الأساس فإن تعويض الزوجين يتم تقديره نسبة إلى حجم الضرر وليس جسامة الخطأ فيشمل هذا

[1] S. Fournier, P. Maistre du Chambon, ibid, p 25-26.

[2] ذهبت في هذا محكمة النقض الفرنسية " على وجوب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي ي تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الدائم، وذلك بربط التعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري تتغير قيمته بتغير قيمة النقد، حتى يتسنى مسايرة التعويض لتغيير القيمة النقدية" أنظر، حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 211.

[3] علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 218.

[4] " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" انظر المادة 1/182 من ق.م.ج، مرجع سابق، ص 36.

التعويض كل الأضرار الجسدية و الآلام النفسية وكل النفقات و المصاريف المتعلقة بعملية التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني

الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية المدنية

الأصل أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون حق المضرور في التعويض محلا للتعديل بمقتضى اتفاق خاص بينه وبين المسؤول المباشر بعد وقوع الفعل الضار أو بعد الإخلال بالالتزام التعاقدي حسب الأحوال إذ يجوز الاتفاق على ذلك من قبيل الصلح[1]، و على هذا الأساس يمكن أن يكون هناك اتفاق مسبق بين الطبيب والزوجين قبل مباشرة عملية التلقيح الاصطناعي، على تعديل أحكام المسؤولية المدنية، ويقع هذا الاتفاق حصرا على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية[2]، شرط أن يكون الضرر ماليا وليس جسديا، و أن يتعلق بالزوجين دون غيرهما، أما فيما يخص الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية فلا يوجد نص قانوني يمنع هذا، كما أن الأمر لا يتعارض مع النظام العام و على هذا الأساس يجوز الاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، و إن كنا نرى في هذا تعارض مع منطق القانون كون أن المسؤولية التقصيرية تتعلق بالإخلال بالتزام قانوني و بالتالي كما لا يجوز كل اتفاق معدل لأحكامها بالتخفيف أو الإعفاء لا يجوز بالمقابل التشديد في أحكام المسؤولية التقصيرية، و يترك أمر تنظيمها للقانون و القضاء فقط دون الأطراف، على عكس المسؤولية العقدية، أين يكن العقد شريعة المتعاقدين، حيث يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها في حالة الخطأ الذي يقع من

[1] بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، ص 181.

[2] لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها تشكل إخلالا بالتزام قانوني ولتعلقها بالنظام العام، وهذا يفهم من نص المادة 3/178 من، ق.م.ج التي نصت على أنه" ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

الغير الذين يستخدمهم الطبيب تنفيذ التزاماته الطبية[1]، كما أنه لا مانع من الاتفاق على التشديد في المسؤولية العقدية، أين يجوز مثلا الاتفاق على أن يتحمل الطبيب تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو الاتفاق على التزام الطبيب ببذل قدر كبير من العناية يجاوز ما فرضه القانون[2]، و إن كنا نرى بخصوص مسالة الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية المدنية سواء بالإعفاء، التخفيف أو التشديد، في المجال الطبي عموما و في مجال التلقيح الاصطناعي خصوصا و سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية، أن يترك تنظيمها للقانون و إخراجها من دائرة الاتفاق وفق ما تقتضيه القواعد العامة و تجسيد ذلك يكون في قانون خاص بالمسؤولية الطبية.

الفرع الثالث

التأمين عن المسؤولية المدنية للطبيب

التأمين عن المسؤولية المدنية للطبيب يتجسد في العقد المبرم بين الطبيب وشركة التأمين، الذي بمقتضاه تلتزم هذه الأخيرة بضمان الأخطار الناتجة عن ممارسة الطبيب لمهامه ورجوع الغير عليه، وذلك مقابل أقساط محددة يدفعها الطبيب[3]، وجعل المشرع الجزائري التأمين من المسؤولية المدنية أمرا إلزاميا على الطبيب، بموجب الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006[4]، حيث نصت المادة 167 من الأمر 07/95 على

[1] نصت في هذا المادة 178 /2/1، من القانون المدني الجزائري على أنه، " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.، كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشئ عن غشه أو خطأه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه."

[2] عشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 212.

[3] حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 218.

[4] أنظر، ج.ر.ج.ج، ع 15، السنة الثالثة والأربعون، 12 صفر 1427 هـ، الموافق لـ 12 مارس2006م، ص 03-16، نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري أخذ بإلزامية التأمين عن المسؤولية المدنية للطبيب، بموجب الأمر رقم 07/80 الصادر بتاريخ 1980/08/09، المتضمن قانون التأمين، الملغى بموجب الأمر 59-07 المذكور، أنظر، حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 219.

أنه" يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي و الشبه طبي و الصيدلاني الممارسين لحابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير" فيما نصت 56 منه على أنه " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير"، و نصت المادة 57 على أنه " يتحمل المؤمن المصاريف القضائية الناجمة عن اية دعوى تعود مسؤولياتها إلى المؤمن له إثر وقوع حادث مضمون"، و على هذا الأساس يخضع الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي مثل غيره من الأطباء إلى الأحكام العامة المنظمة للتأمين عن مسؤولية المدنية فهو ملزم باكتتاب عقد التأمين عن مسؤوليته المدنية و هذا حفاظا على حقوق الزوجين و حمايتهم و ضمانا لحرية الطبيب عند مباشرة عمليات التلقيح لاصطناعي، و طبقا لنص المادة 184 من الأمر 07/95 يعاقب الطبيب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين عن المسؤولية المدنية بغرامة مالية تتراوح بين 5.000 و 100.000دج، و بهذا نمهد للدخول إلى المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي من خلال الفصل التالي.

و نخلص في هذا الفصل الى أن تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب كانت و لا زالت تتراوح بين المسؤولية العقدية تارة و المسؤولية التقصيرية تارة أخرى و هو نفس موقف كل من المشرع و القضاء الجزائريين ليبقي المبدأ المعمول به أنها مسؤولية عقدية أصلا و تقصيرية استثناءا ، كما خلصنا إلى أنه من أجل قيام هذه المسؤولية لابد من توافر أركانها المتمثلة في الخطأ و الضرر و علاقة السببية وفصلنا في جانب الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي الذي قد يحدث إما قبل إجراء العملية ، أو أثناء و بعد اجراءها كما خلصنا إلى أن تحديد نوع المسؤولية المدنية للطبيب تظهر أهميته البالغة، من حيث الأثار المترتبة على هذه المسؤولية، إلا أن مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي قد تكتسي طابعا جزائيا في الكثير من الحالات و هذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي.

الفصل الثاني

التكييف الجزائي لمسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

لا شك أن موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي له أهمية كبيرة لتعلقه بحياة الانسان وسلامته الجسدية والحفاظ على أسراره[1]، وبالرغم من أن الأعمال الطبية عموما تعتبر من الأعمال المباحة فقها وقانونا، إلا أن هذا لا يمنع قيام مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب إذا توافرت أركانها، فما مدى مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال التلقيح الاصطناعي؟ هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال هذا الفصل الذي ارتئينا تقسيمه إلى مبحثين الأول سنتطرق من خلاله إلى الجرائم المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون العقوبات الجزائري، والثاني نتطرق فيه إلى التكييف الجرمي للتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة 18-11.

[1] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 81.

المبحث الأول

الجرائم المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون العقوبات الجزائري

لا نجد في قانون العقوبات ما يسمى بجريمة التلقيح الاصطناعي لكن هذا لا يعني عدم وجود تكييف قانوني للجرائم المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في ظل هذا القانون، كون أنها تتعلق عموما بجرائم الاعتداء على كرامة و حرمة الجسم البشري و على هذا الأساس فإن الجرائم المتصورة في مجال التلقيح الاصطناعي تدخل في إطار المساس بالفرد والاعتداء على حرمة جسده كما أنها تدخل ضمن الاعتداء على الأخلاق والآداب والإخلال بالثقة العامة، و من أجل حصر الموضوع في إطار المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي ارتئينا عدم التطرق لهذه الجرائم بشكل عام كون أن هناك من الدراسات الأخرى من تطرقت لهذا بتفصيل أكثر، و بهذا سنركز على مسؤولية الطبيب في الجرائم ذات العلاقة المباشرة بالتلقيح الاصطناعي، و عليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول نتطرق فيه إلى مسؤولية الطبيب عن جرائم الاعتداء على حياة الطفل ونسبه، و الثاني نتعرض فيه إلى مدى قيام مسؤولية الطبيب عن جرائم الاعتداء على الأخلاق وحرمة الحياة الشخصية، و هي الجرائم ذات العلاقة بالتلقيح الاصطناعي و التي نجد لها تنظيما جزائيا في ظل نصوص قانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول

جرائم الاعتداء على حياة الطفل ونسبه

مما لا شك فيك فيه أن أصل الاشكال الذي يثار حول التلقيح الاصطناعي مبني أساسا على حياة الطفل ونسبه، لذلك فإن أي اعتداء عليه يشكل جرما موجبا للمسؤولية، ولعل أهم الجرائم بهذا الخصوص التي لها ارتباط مباشر بمجال التلقيح الاصطناعي هي (جريمة الإجهاض، جريمة إخفاء نسب الطفل، جريمة عدم التصريح

بميلاد الطفل)، استنادا على هذا سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مسؤولية الطبيب المترتبة عن هذه الجرائم.

الفرع الأول

مسؤولية الطبيب المترتبة عن جريمة الاجهاض

من الجرائم الأكثر تصورا حدوثها من طرف الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي هي جريمة الإجهاض، وسنتطرق في هذا الفرع إلى مدى قيام مسؤولية الطبيب عن جريمة الإجهاض وذلك م خلال تعريف هذه الجريمة وتحديد أركانها والجزاءات المترتبة عليها.

أولا: مفهوم الإجهاض

يعرف الإجهاض بأنه إنهاء حالة الحمل بموت الجنين قبل خروجه من الرحم أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي للولادة[1]، و في قاموس اليونسكو للأخلاقيات الحيوية جاء تعريف الإجهاض على أنه إنهاء الحمل بطريقة تلقائية متعمدة قبل أن يولد الجنين[2]، وباستثناء إجهاض المرأة لنفسها تتحقق هذه الجريمة بالنسبة للطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب سواء كان بعلم الزوجة و موافقتها أو دون علمها كأن يتم الاتفاق بين الزوج و الطبيب على إجهاض الزوجة بعد القيام بالتلقيح الاصطناعي و نجاح العملية لأي سبب كان، فالقانون لا يعتد بموافقة و علم الزوجة من عدمه، كون أن الأصل في هذه الجريمة أنها تهدد المصلحة الاجتماعية، و أن الضحية في هذه الجريمة هو الطفل[3]، و على هذا الأساس فإن مسؤولية الطبيب الناشئة عن جريمة الإجهاض تكون وفق الحالات التالية:

[1] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2009، ص 193.

[2] إسلام الرفاعي عبد الحليم، مرجع سابق، ص 213.

[3] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 44.

- إجهاض الزوجة من قبل الطبيب بعلمها وموافقتها
- إجهاض الزوجة من قبل الطبيب دون علمها وموافقتها
- المساعدة على الإجهاض

ونشير هنا إلى أن الإجهاض في الحالات العادية يكون وفق صورتين، الأولى هي إخراج الجنين من الرحم ميتا قبل موعد الولادة الطبيعي، والثانية قتل الجنين داخل الرحم[1]، وقد تتحقق الصورتين في التلقيح الاصطناعي إذا كان التلقيح داخليا، أو في حالة التلقيح الخارجي بعد إعادة زرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة، لكن إذا ما تم التخلص من البويضة الملقحة خارجيا بعد التخصيب وقبل إعادة زرعها في رحم الزوجة، هل يعبر هذا اعتداء على حق الجنين في الحياة وبالتالي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب وتطبق أحكام الإجهاض؟ انقسم الفقه في هذا اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن البويضات الملقحة خارج الجسم حتى و إن تم وصفها بالأجنة لا تخرج عن أن تكون مادة بيولوجية فلا يمكن القول بتمتع المادة البيولوجية بالحقوق القانونية، كون أن هناك فرق بين الإنسان الآدمي و الطفل الذي يمثل المرحلة الأولى في تكوين الإنسان والجنين الذي يسبق مرحلة الطفولة، فلا يمكن اعتبار الجنين في حكم الطفل من حيث الحماية القانونية، و عليه فالنطفة المخلقة نتيجة التلقيح الاصطناعي ليس لها وضع أدبي مميز، فالجنين في المراحل الأولى سواء كان داخل رحم الأم أم خارج الجسم لا يلقى حماية تشريعية في ذاته[2]، و عليه إذا كان الجنين قد تكون خارج الرحم، فإن الإجهاض و إنهاء الحمل يكون بعد زرعه داخل رحم الأم[3]، و على هذا الأساس فإن التخلص من البويضة التي

[1] نبيل صقر، نفس المرجع، ص 193.

[2] إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص 224-225.

[3] إسلام الرفاعي عبد الحليم، مرجع سابق، ص 213.

تم تخصيبها خارجيا قبل الزرع لا يرتب أي آثار قانونية و لا يمكن أن يأخذ وصف الإجهاض و بالنتيجة لا مسؤولية على الطبيب،

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن البويضة الملقحة خارج الجسم تأخذ حكم الجنين بعد تخصيبها، وبالتالي يجب أن يلقى الحماية القانونية باعتباره مادة بيولوجية إنسانية تحمل الخصائص الأساسية لتكوين الجنين سواء كان في بطن أمه أو خارجها، كون أن عملية تلقيح البويضة تعد بداية لمراحل تطور الحياة الإنسانية، ومما يتعارض مع كرامة الإنسان والقيم الدينية والاجتماعية وصفه اثناء تلك المرحلة أو أي مرحلة أخرى تليها بأنه من الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل ويجوز التصرف فيها[1]، و على هذا الأساس فإن الاعتداء على البويضة المخصبة خارج الجسم له نفس حكم الاعتداء عليها داخل الجسم و عليه تطبق أحكام الإجهاض و بالنتيجة تقوم المسؤولية الطبية.

و نؤيد في هذا ما جاء به أصحاب الاتجاه الثاني كون أن العبرة من تجريم الإجهاض هو حماية الطفل بالدرجة الأولى، و بالتالي لا يعتبر جسم المرأة محل اعتبار فسواء تم التلقيح داخل الجسم أو خارجه فهي المرحلة ذاتها بالنسبة للجنين الذي يبدأ تخلقه بمجرد التخصيب، و بالتالي سواء تم إعادة البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة أم لا فإن الجريمة تبقى قائمة إذا ما تم الاعتداء على هذه البويضة بأي طريقة كانت و تحت أي ظرف كان، إلا إذا ثبت أن هناك خطر يهدد حياة الأم و عدم قدرتها على الحمل و الإنجاب في حالة إعادة زرع هذه البويضة داخل رحمها فيكون هذا من قبيل حالات امتناع المسؤولية.

[1] إيهاب يسر أنور علي، نفس المرجع، ص 226-227.

ثانيا: أركان جريمة الإجهاض

1- الركن المفترض:

تقوم بالأساس جريمة الإجهاض على وجود ركن مفترض وهو وجود الحمل والذي عرفه الفقهاء بأنه البويضة الملقحة، واسقاط نفس التعريف على التلقيح الاصطناعي يفيد المعنى ذاته سواء تم تلقيح البويضة داخليا أو خارجيا، والحمل يبدأ من يوم تلقيح البويضة حتى تتم الولادة[1]، و نصت المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري على قيام الجريمة في حق كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها[2]، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري يعاقب على الجريمة المستحيلة في حالة الإجهاض من قبل الغير[3]، و هذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قضت في هذا بأنه" يعاقب القانون على الإجهاض أو الشروع فيه بغض النظر عن نتيجة الفعل، مهما كانت الحالة الحقيقية للمرأة من حيث الحمل أو افتراض الحمل"[4].

2- الركن المادي: يتجسد الركن المادي لجريمة الإجهاض في الوسائل المستعملة التي تجسد لنا السلوك الإجرامي والنتيجة المحققة مع وجود علاقة السببية، وعليه يتكون الركن المادي من عناصر ثلاث وهي:

أ- السلوك:

هو فعل الاعتداء المؤدي إلى الإسقاط بوصفه سلوكا إجراميا يقوم به الجاني من شأنه إنهاء حالة الحمل قبل وقتها المحدد طبيعيا، وهذا بغض النظر عن الطريقة أو الوسيلة المستعملة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى للمادة 304 من قانون

[1] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 201.

[2] أنظر، نص المادة 304، ق.ع.ج.، مرجع سابق، ص 113.

[3] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 45.

[4] قرار صادر بتاريخ 2010/02/18 عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع 02، 2010، ص 302-304.

العقوبات الجزائري بأنه يعاقب كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك ام لم توافق، أو شرع في ذلك، ما يعني أن الجريمة تقوم في حق الطبيب نتيجة سلوكه الإجرامي حتى و لو لم تتحقق النتيجة فبمجرد الشروع تقوم في حقه المسؤولية.

ب- النتيجة:

تتحقق النتيجة الاجرامية في الاجهاض بإنهاء الحمل قبل موعده الطبيعي، وتتخذ النتيجة الاجرامية لفعل الاعتداء المؤدي إلى الاسقاط صورتين:

- هلاك الجنين داخل الرحم.
- إخراج الجنين من الرحم قبل الموعد المحدد للولادة[1].

وما نلاحظه من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالإجهاض هو أن المشرع الجزائري لم يجعل من موت الجنين شرطا لقيام الجريمة وتحقق المسؤولية كون أن مجرد الشروع في الجريمة يكفي لقيامها كما سبق وأن ذكرنا، لكن في المقابل نجد أن المشرع الجزائري جعل من موت الجنين ظرفا مشددا يستلزم إعادة تكييف الجريمة من وصفها جنحة إلى جناية[2]، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 304 السالفة الذكر على أنه" وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"[3]، و ذهبت في هذا المحكمة العليا إلى القول بأن الإجهاض

[1] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 203.

[2] النحوي سليمان، مرجع سابق، ص 303.

[3] أنظر، نص المادة 304 ق.ع.ج، مرجع سابق، 113.

هو قتل الجنين في بطن أمه ووضعه ميتا قبل الأجل القانوني لميلاده و يجب أن يتم تأكيد هذا عن طريق الخبرة أو بواسطة شهادة طبية[1].

ت- العلاقة السببية

مهما كانت الطريقة أو الوسيلة المستعملة للإجهاض، يجب إقامة الدليل على أن الوسيلة المستعملة كانت هي السبب في إسقاط الحمل[2]، وبالتالي لا يسأل الطبيب إذا انعدمت علاقة السببية بين السلوك والنتيجة[3]، وبما أن نص المشرع الجزائري في المادة 1/304 السابقة الذكر جاء واضحا بأن العقوبة تتقرر حتى في حالة الشروع في جريمة الإجهاض دون تحقق النتيجة، ما يثير نوع من اللبس القانوني بخصوص قيام علاقة السببية من عدمها، على أن تبقى مسألة إثباتها أو نفيها تخضع للسلطة التقديرية للقضاء مع وجوب الاستعانة بخبرة طبية.

3- الركن المعنوي:

لا تقوم جريمة الإجهاض بدون توافر القصد الجنائي وهو الركن المعنوي لهذه الجريمة باعتبارها من الجرائم العمدية، كون أن الخطأ الغير عمدي مهما كانت جسامته لا يدخل ضمن المسؤولية الجزائية المترتبة عن جريمة الإجهاض[4]، ما يعني أنه لا يوجد قانونا ما يسمى بجريمة الإجهاض الغير عمدية إلا أن هذا لا يمنع قيام المسؤولية الجزائية للجاني حيث يمكن أن نجد لفعله توصيفا جزائيا آخر ضمن نصوص قانون العقوبات كالجروح الخطأ، أو القتل الخطأ إذا ما ترتب مثلا عن تصرفه وفاة المرأة الحامل[5]، كما

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثاني، ملف رقم، 252408، بتاريخ 2002/02/12، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، مرجع سابق، ص 16-17.

[2] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 46.

[3] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 203.

[4] نبيل صقر، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[5] أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

أنه لا تقوم المسؤولية الجزائية في حق الطبيب إذا ما أعطى دواء للمرأة بغرض علاجها وترتب على هذا وفاة الجنين، كون أن القصد الجنائي غير متوفر[1]، و قضت في هذا المحكمة العليا بأن حقنة دواء "سباسفون" المعطاة بغرض تسكين الألم لا يمكن أن تؤدي للإجهاض في الشهر السادس من الحمل[2].

و يقوم القصد الجنائي على عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة ونعني بهما، انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة وعلمه بوجود الحمل أو افتراضه، وأن يكون ارتكاب هذا الفعل ناتج عن إرادة بهدف تحقيق النتيجة المتمثلة في الإجهاض، أما إذا كان لا يعلم بحقيقة الحمل أو افتراضه، ولم تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة الجرمية فلا مسؤولية عليه فيما يخص الإجهاض[3]، و تنتفي أيضا مسؤولية الطبيب في حالة الإجهاض للضرورة الطبية و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات بالقول أنه " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية"، و بناءا على ما سبق فإن المسؤولية الطبية عن جريمة الإجهاض في مجال التلقيح الاصطناعي تقوم نتيجة السلوك الإجرامي المؤدي إلى إجهاض الزوجة، مهما كانت الطريقة أو الوسيلة المستعملة، كما أن الاعتداء على البويضة المخصبة خارج الرحم يشكل فعلا جرميا يأخذ وصف الإجهاض، تقوم على أساسه المسؤولية الجزائية للطبيب.

ثالثا: الجزاءات المترتبة عن جريمة الإجهاض

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض تختلف باختلاف صورها وهي كالتالي:

[1] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 163.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، ملف رقم، 283370، بتاريخ 2003/04/09، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 02، مرجع سابق، ص 32-36.

[3] علي أحمد لطف الزبيري، نفس المرجع، ص 164.

- **الصـــورة الأولى:** وهـــي الصـــورة الـــتي تجهـــض فيهـــا المـــرأة نفســـها حيـــث نصـت المـادة 309 مـن قـانون العقـوبات الجزائـري علـى أنـه" تعاقـب بالحـبس مـن سـتة أشـــهر إلى ســـنتين وبغرامـــة مـــن 250 إلى 1.000 دج، المـــرأة الـــتي أجهضـــت نفســـها عمـدا أو حاولـت ذلـك أو وافقـت علـى اسـتعمال الطـرق الـتي أرشـدت إليهـا أو أعطيـت لهـا لهـذا الغـرض"، والملاحـظ أن المشـرع الجزائـري قـرر نفـس العقوبـة سـواء تحققـت نتيجـة الإجهـاض أو لم تتحقـق، فمجـرد شـروع المـرأة في ارتكـاب فعـل الإجهـاض بأي وسـيلة كانت يعتبر جريمة تعاقب عليها.

- **الصـــورة الثانيـــة:** إجهـــاض المـــرأة مـــن قبـــل الغـــير، وهـــي ربمـــا الصـــورة النموذجيـــة لجريمـــة الإجهـــاض، حيـــث يعاقـــب طبقـــا لـــنص المـــادة 1/304 مـــن قـــانون العقـــوبات الجزائـــري، بالحـــبس مـــن ســـنة إلى خمـــس ســـنوات وبغرامـــة مـــن 500 إلى 10.000 دج، كـل مـن أجهـض امـرأة حـاملا أو مفـترض حملهـا أو شـرع في ذلـك بأي طريقـــة أو وســـيلة كانـــت، وأضـــاقت الفقـــرة الثانيـــة مـــن نفـــس المـــادة أنـــه إذا أفضـــى الإجهـــاض إلى المـــوت فتكـــون العقوبـــة الســـجن المؤقـــت مـــن عشـــر ســـنوات إلى عشـــرون سـنة، فيمـا أضـافت الفقـرة الثالثـة مـن نفـس المـادة عقـوبات تكميليـة بنصـها علـى أنـه" و في جميـع الحـالات يجـوز الحكـم عـلاوة علـى ذلـك بالمنـع مـن الإقامـة" و هـي عقوبـة جوازيـه للقضـاء كامـل السـلطة التقديريـة في الحكـم بهـا مـن عدمـه، و نصـت المـادة 12 مـن قـانون العقـوبات الجزائـري، علـى أن" المنـع مـن الإقامـة هـو حظـر تواجـد المحكـوم عليـه في بعـض الأمـاكن، و لا يجـوز أن تفـوق مدتـه خمـس(5) سـنوات في مـواد الجـنح و عشـر(10) سـنوات في مـواد الجنـايات، مـا لم ينـص القـانون علـى خـلاق ذلـك" و يطبـق المنـع مـن يـوم انقضاء العقوبة الأصلية أو من يوم الإفراج عن المحكوم عنه[1].

- **الصـــورة الثانيـــة:** الاعتيـــاد علـــى ممارســـة الإجهـــاض، و هـــي الصـــورة الـــتي جـاءت بهـا المـادة 305 مـن قـانون العقـوبات الجزائـري حيـث نصـت علـى أنـه" إذا ثبـت أن الجـاني يمـارس عـادة الأفعـال المشـار إليهـا في المـادة 304 فتضـاعف عقوبـة الحـبس في

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 49.

الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى" ما يعني أنه إذا ثبت أن الجاني مهما كانت صفته معتاد على ممارسة فعل الإجهاض، فإن العقوبة المقررة في حقه هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت تقوم العقوبة في حقه بحدها الأقصى وهو عشرين سنة، و يتحقق الاعتياد بارتكاب الجريمة للمرة الثانية[1].

- **الصورة الثالثة:** إجهاض المرأة من طرف الطبيب أو من في حكمه[2]، و هي الصورة التي جاءت بها المادة 1/306 من نفس القانون، حيث نصت على أنه" الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة، و كذلك طلبة الطب أو طب الأسنان و طلبة الصيدلة، و مستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير و صانعو الأربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية، و الممرضون و الممرضات و المدلكون و المدلكات، الذين يرشدون عن طرق العقوبات المنصوص ع ليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال" الملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على معاقبة الأطباء و من في حكمهم طبقا للمواد 304 و 305، بمجرد ارشادهم عن طرق الإجهاض و اعتبارهم فاعليين أصليين في الجريمة و هذا بحكم تخصصهم، و هو نوع من التشديد كعقوبة أصلية و أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة عقوبات تكميلية و هذا بقوله" و يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة"، و نشير هنا إلى أن المادة 23 المذكورة تم إلغائها بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، حيث كان يفترض معه تعديل هذه المادة التي أصبحت تثير نوع من اللبس القانوني في كيفية تطبيقها ليترك هذا للسلطة التقديرية للقضاء[3] كون أن

[1] اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار أنه يكفي ارتكاب فعلين من أعمال الإجهاض لتحقيق الاعتياد عليه، على أن تتم متابعتهما معا أو حسب الترتيب الذي ارتكب فيه الإجهاض، أنظر، أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 48.

[2] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 206.

[3] المحكمة العليا قضت عموما بأن عناصر الوقائع متروكة للتقدير السيد لقضاة الموضوع الذين يمكنهم الحكم بناء على اقتناعهم الشخصي، قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، ملف رقم 251815، بتاريخ 2003/3/11، أنظر، عبد القادر الخضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 02، مرجع سابق، ص 29-31.

العقوبة جوازية و ليست أصلية[1]، كما نجد في المقابل أن المادة 311 من قانون العقوبات نصت على أنه"كل من حكم عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون، الحكم بالمنع من ممارسة أي مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أي مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر".

- **الصورة الرابعة**: التحريض على الإجهاض، وهي الصورة التي جاء بها المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت على أنه" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية.
- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو غير علانية أو عرض أو وزع في المنازل كتبا أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصوقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.
- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة."

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري جرم التحريض على الإجهاض تحت أي صورة كانت سواء تحققت النتيجة الإجرامية أم لم تتحقق، فبمجرد ثبوت فعل التحريض تحت الصور المذكورة تقوم المسؤولية الجزائية.

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 50-51.

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية المترتبة عن إخفاء نسب الطفل

النسب كما ذكرنا سابقا يعتبر من أهم الآثار الناتجة عن التلقيح الاصطناعي و عن الإنجاب بشكل عام، و المستقر عليها شرعا و قانونا هو إثبات النسب بالفراش من جهة الأب و بالولادة من جهة الأم، و النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بالرغم من عدم خروجه عن القواعد العامة لإثبات النسب إلا أن له خصوصياته التي تميزه باعتبار أن العملية تقنية تخرج عن الإطار الطبيعي للإنجاب حيث تكون بتدخل طرف ثالث و هو الطبيب[1]، الذي قد تقوم في حقه المسؤولية الجزائية عن جريمة إخفاء نسب الطفل، الأمر الذي عالجه المشرع الجزائري في قانون العقوبات من خلال القسم الثالث للفصل الثاني المتعلق بالجنايات و الجنح ضد الأسرة و الآداب العامة، تحت عنوان الجنايات و الجنح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل، ما يعني أنه إذا قام الطبيب القائم بعملية التقيح الاصطناعي بإخفاء نسب الطفل الناتج عن هذه العملية لأي سبب كان وتحت أي ظرف فإن المسؤولية الجزائية تقوم في حقه متى توافرت أركانها.

أولا: أركان جريمة إخفاء نسب الطفل

إخفاء نسب الطفل هو الفعل المنصوص عليه بموجب المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري ومن أجل أن تقوم هذه الجريمة لا بد من توافر أركانها وهي كالتالي:

1- الركن المفترض:

الركن المفترض لهذه الجريمة هو وجود الطفل، الذي يقصد به عموما القاصر غير المميز الذي لم يبلغ 16 سنة من عمره استنادا إلى نص المادة 2/42 من القانون

[1] لتفاصيل أكثر، أنظر، ص 128-138 من هذه الأطروحة.

المدني الجزائري[1]، لكن تصور الجريمة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب يفترض وجود طفل مولود حديثا، ويتم تحديد العقوبة ودرجة المسؤولية على أساس ميلاد الطفل إذا كان حيا أو ميتا[2]، لذلك يجب أن يكون الطفل قد ولد حيا كون أن هذه الجريمة ينصرف أثرها إلى المساس بنسب الطفل والآثار القانونية المترتبة عته، ويقع هنا عبء إثبات ميلاد الطفل حيا من عدمه على النيابة العامة[3].

2- الركن المادي: يتحقق الركن المادي لجريمة إخفاء نسب الطفل في وجود السلوك أو الفعل الجرمي والنتيجة مع وجود علاقة السببية بينهما، وعليه يتكون الركن المادي من عناصر ثلاث وهي كالتالي:

أ- **السلوك**: وهو العمل المادي الذي يشكل فعلا جرميا حيث يتخذ أربعة صور على النحو التالي

- النقل: يتحقق نقل الطفل بإبعاده أو تحويله عن مكانه الأصلي الموجود فيه إلى مكان آخر[4]، و قد يحدث في مراكز الولادة عموما كأن يتم نقل الطفل من جناح إلى آخر، الأمر الذي سوف يكون له أثرا مباشر على نسب الطفل إلى غير أبويه، و هناك فرق بين النقل المنصوص عليه في المادة 321 و الإبعاد المنصوص عليه في المادة 326 من قانون العقوبات، فالنقل المنصوص عليه في المادة 321 يخص الطفل الحديث العهد بالولادة بالرغم من عدم النص عليه صراحة إلا أن هذا ما يمكن أن يفهم ضمنيا من خلال الفقرة الأولى و الثانية من هذه المادة التي تؤكد على إثبات ولادة الطفل حيا و هذا الأمر يثبت أثناء الولادة، أما الإبعاد الذي جاءت به المادة 326 يتعلق بالطفل الثابت نسبه و المعروف شخصيته الحقيقية ووالديه الحقيقيين.

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 191.

[2] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 232.

[3] أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 192.

[4] أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 191.

- الإخفاء: إخفاء الطفل يقصد به إبعاده عن الأنظار[1]، سواء كان هذا الإخفاء دائما أو مؤقتا، فالإخفاء الدائم هو أخذ الطفل مباشرة وتربيته بشكل سري بعيدا عن الأنظار حتى يضيع نسبه ولا يعرف من هو، أما الإخفاء المؤقت فهو أخذ الطفل الحديث العهد بالولادة وإبعاده عن الأنظار لفترة مؤقتة ثم إظهاره بعد ذلك ونسبه زورا لغير والديه الحقيقين لأي سبب كان.

- الاستبدال: وهو استبدال طفل مكان طفل آخر لأي سبب كان، وقد يحدث ذلك باستبدال مولود أنثى بمولود ذكر، والأكيد أن الاستبدال يكون بين الأطفال المولودين حديثا داخل العيادات، وقد يتصور هذا في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب حتى قبل الولادة باستبدال البويضات الملقحة، لزوجين مع زوجين آخرين أو استبدال الأنابيب التي بها المواد الإنجابية للزوجين بأنابيب أخرى.

- التقديم: وهو تقديم طفل لامرأة لم تحمل ولم تلد أصلا، وقد يكون تصورها في مجال التلقيح الاصطناعي هو صورة الحمل لمصلحة الغير بأي طريقة كانت، كون أن العقوبة المقررة حسب المادة 321 تقوم في حق كل من قدم طفلا على أنه ولد لامرأة لم تضع.

ب- **النتيجة:** النتيجة الإجرامية تتحقق بإثبات وضع الأم لحملها وولادة الطفل حيا وعدم تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به، وبالتالي تعريض نسب الطفل للخطر وهو الحيلولة دون التحقق من شخصيته[2]، ما ينتج عنه طمس وإخفاء نسب الطفل الحقيقي أو إلحاق نسبه لغير أبويه الحقيقين.

ت- **العلاقة السببية:** وتتحقق بإثبات وجود علاقة مباشرة تربط بين الأفعال المادية المتمثلة في نقل الطفل، إخفائه، استبداله، أو تقديمه لامرأة أخرى، وتحقق نتيجة طمس وإخفاء نسبه أو إلحاقه بنسب آخر غير أبويه الحقيقين.

[1] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 233.

[2] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 192.

3- الـركن المعنـوي: الـركن المعنـوي لهـذه الجريمـة يتحقـق بتـوافر القصـد الجنـائي المتمثـل في الحيلولـة دون التحقـق مـن شخصـية الطفـل، وهـو القصـد العـام للجـرائم المتعلقـة بالحالـة المدنيـة للطفـل[1]، الـتي تـدخل في إطـار الجـرائم العمديـة بحسـب نـص المـادة 321 المـذكورة بشـرط تـوافر العلـم والإرادة ومعـنى ذلـك انصـراف إرادة الجـاني عمدا عن علم وإرادة إلى إخفاء نسب الطفل الحقيقي تحت أي صورة كانت.

ثانيا: الجزاءات المترتبة عن جريمة إخفاء نسب الطفل

بالرجـوع إلى المـادة 321 مـن قـانون العقـوبات الجزائـري نجـد أن الجـزاءات المقـررة لجريمة إخفاء نسب الطفل تختلف باختلاف صورها وهي كالتالي:

- **الصـورة الأولى:** إخفـاء نسـب طفـل حـي، وهـي الصـورة الـتي جـاء بهـا المـادة 1/321 بوصـفها جنايـة وعقوبتهـا السـجن مـن خمـس سـنوات علـى عشـر سنوات، وغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000دج.
- **الصـورة الثانيـة:** عـدم تسـليم جثـة طفـل إذا ثبـت أنـه ولـد حيـا، وهـي الصـورة الـتي جـاءت بهـا الفقـرة الثانيـة مـن المـادة 321 بوصـفها جنحـة وعقوبتهـا الحـبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج.
- **الصـورة الثالثـة:** إذا ثبـت أن الطفـل لم يولـد حيـا، وهـي الصـورة الـتي جـاء بهـا الفقـرة الثانيـة مـن المـادة 321 بوصـفها مخالفـة، وعقوبتهـا الحـبس مـن شـهر علـى شهرين وغرامة من 10.000دج إلى 20.000دج.
- **الصـورة الرابعـة:** تقـديم طفـل علـى أنـه ولـد لامـرأة لم تضـح حمـلا، وهـي الصـورة الـتي جـاءت بهـا المـادة 4/321 حيـث نصـت علـى أنـه" غـير أنـه إذا قـدم فعـلا الولـد علـى أنـه ولـد لامـرأة لم تضـع حمـلا، بعـد تسـليم اختيـاري أو إهمـال مـن والديـه،

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع سابق، ص 193.

فيعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 1000.000دج إلى 500.00دج".

الفرع الثالث

المسؤولية الجزائية المترتبة عن عدم التصريح بميلاد الطفل

جريمة عدم التصريح بميلاد طفل هي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة 3/442 من قانون العقوبات الجزائري، و تقوم المسؤولية الجزائية في حق الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي كون أنه غالبا ما يكون هو المتابع لهذه العملية منذ بدايتها إلى غاية ميلاد الطفل باعتباره مسؤولا عن عملية التوليد أو قد يكون حاضرا أثناء العملية، و بالرجوع إلى المادة 62 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، فإن الأشخاص الملزمون بالتصريح عن ميلاد الطفل هم (الأب والأم، الأطباء والقابلات، الشخص الذي ولدت الام عنده مهما كانت صفته، وكل من حضر الولادة)، و عليه يعتبر الطبيب ممن تشملهم العقوبة المقررة في المادة 3/442 في حالة عدم التصريح بميلاد الطفل وفق ما هو معمول به قانونا تقوم في حقه المسؤولية الجزائية متى توافرت أركانها، و إذا ما قام أحد الملزمين بالتصريح عن ميلاد الطفل يسقط هذا الواجب عن الطبيب و لا مسؤولية عليه[1].

أولا: أركان جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل

جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل هي الجريمة المنصوص عليها بموجب الفقرة الثالثة للمادة 442 بوصفها مخالفة، لا يشترط لقيامها وجود الركن المعنوي المقصود به القصد الجنائي فسواء كان عدم التصريح عن قصد أو عن غير قصد تقوم هذه المخالفة، و التي يشترط لقيامها وجود ركن مفترض و هو حضور عملية الولادة وهو شرط أولي بغض النظر عن ميلاد الطفل حيا أو ميتا، إضافة الركن المادي و هو امتناع

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 189-190.

أو إغفال يتمثل في عدم التصريح بميلاد الطفل خلال مدة خمسة أيام من تاريخ الولادة، و هذا حسب المادة 67 من القانون رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية[1].

ثانيا: الجزاءات المترتبة عن جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل

الجزاء المترتب عن جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل بنص المادة 1/442 هو أنه يعاقب بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين (2) على الأكثر وبغرامة من 8.000دج إلى 16.000، كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة[2].

المطلب الثاني

مسؤولية الطبيب عن جرائم الاعتداء على الأخلاق وحرمة الحياة الشخصية

من ضمن الجرائم التي نجد لها تكييفا قانونيا في مجال التلقيح الاصطناعي، هي جرائم الاعتداء على الأخلاق وحرمة الحياة الشخصية، وأكثر هذه الجرائم تصورا هي (جريمة الاغتصاب، جريم هتك عرض، وجريمة إفشاء السر)، وسنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لمسؤولية الطبيب الناشئة عن هذه الجرائم.

الفرع الأول

مسؤولية الطبيب الناشئة عن جرائم العرض

نظم المشرع الجزائري الجرائم المتعلقة بالعرض عموما في المواد 333 إلى 349 من قانون العقوبات، إلا أننا من أجل حصر الموضوع سنتطرق إلى الجرائم ذات العلاقة بالتلقيح الاصطناعي والتي تثير قيام المسؤولية الجزائية للطبيب ونخص بالذكر الجرائم المصنفة في خانة الأفعال المخلة بالحياء، والمتمثلة في جريمتي الاغتصاب وهتك

[1] حسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 190،

[2] أنظر المادة 3/1/442، من قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 166-167.

العرض، أما فيما يخص جريمة الزنا و بالرغم من تطرق بعض الدراسات السابقة لها و تصنيفها من ضمن الجرائم المتصورة في مجال التلقيح الاصطناعي إلا أننا نرى عدم التطرق لها في بحثنا هذا من باب أن التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجين نجد له تكييفا قانونيا خاصا من خلال قانون الصحة الجديد رقم 18-11 و هو الأمر الذي سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل، و لهذا لم يصبح لجريمة الزنا اعتبار في مجال الجرائم ذات التلقيح الاصطناعي باعتبارها جريمة مستقلة لها أركانها الخاصة التي تقوم عليها، لتبقى جرائم العرض الأخرى تثير نوع من اللبس القانوني في مدى قيامها في مجال التلقيح الاصطناعي و هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أولا: جريمة الاغتصاب

دأب المشرع الجزائري على استعمال مصطلح هتك العرض بشكل عام دون الاغتصاب و لم يتطرق باللفظ الصريح للاغتصاب إلا بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 14 فبراير 2014[1]، من خلال المادة 336، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا الاغتصاب على عكس المشرع الفرنسي الذي عرفه من خلال المادة 23/222 بأنه" كل فعل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغتة"[2]، و بذلك يمكن تعريف الاغتصاب بأنه اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاها[3]، و بالرغم من عدم تعريف المشرع الجزائري للاغتصاب إلا أن القضاء دأب على تعريفه بأنه مواقعة رجل لأنثى بدون رضاها[4].

[1] أنظر، المادة 336 من القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، رقم 07، ص 07.

[2] أنظر، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 103.

[3] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص)، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، مصر، ب.د.س، ص 215.

[4] أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

1- أركان جريمة الاغتصاب:

المستقر عليه قضاءا هو قيام جريمة الاغتصاب بتوافر أركانها المتمثلة فعل الوقاع وانعدام الرضا[1]، إضافة إلى توافر القصد الجنائي الذي نعني به انصراف إرادة الجاني إلى هذا الفعل مع علمه بعدم مشروعيته وعدم الرضا من طرف الضحية.

أ- فعل الوقاع:

الركن الأساسي لجريمة الاغتصاب هو فعل الوقاع والمقصود به الاتصال الجنسي الطبيعي والتام بين الذكر والأنثى عن طريق إيلاج الجاني لعضوه الذكري في فرج الأنثى غصبا[2]، وهذا الركن هو الذي يميز جريمتي الاغتصاب و هتك العرض عن بعضهما ،حيث تقوم جريمة الاغتصاب على أساس وجود المواقعة فعلا وليس حكما وتتحقق بفعل الإيلاج الطبيعي المتعارف عليه دون غيره من الأفعال الجنسية الأخرى، وعليه فإن كل فعل جنسي غير مشروع لا تتوافر فيه الشروط المذكورة يخرج عن دائرة الاغتصاب، وقد يجرم تحت أوصاف قانونية أخرى كهتك العرض أو التحرش الجنسي أو الفعل المخل بالحياء، كما أنه لا يمكن تصور جريمة الاغتصاب بين الزوجين حتى و لو حصل فعل الوقاع غصبا دون رضا الزوجة، حيث يشترط لاعتبار المواقعة اغتصابا أن تكون أساسا غير مشروعة[3]، و هذا ما ذهب إليه التشريع و القضاء الجزائري على عكس ما ذهب إليه التشريع الفرنسي الذي يرى في فعل الاغتصاب بأنه كل إيلاج مهما كانت طبيعته و سواء وقع على الذكر أو الأنثى و سواء تم بين زوجين أو بين غير الزوجين، و على هذا الأساس نرى أن المشرع الفرنسي يعتبر كل فعل جنسي مهما كانت طبيعته يدخل في دائرة الاغتصاب إذا تم غصبا عن المجني عليه و دون

[1] أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 104.

[2] ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 02، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، العراق – بغداد، 1988، ص 105.

[3] ماهر عبد شويش الدرة، مرجع سابق، ص 106.

رضاه، هذا ما يثير التساؤل حول مدى قيام مسؤولية الطبيب الجزائية عن جريمة الاغتصاب في حالة ما تم تلقيح المرأة غصبا عنها و دون رضاها، إلا أن هذا الطرح لا نجد له أساسا بمفهوم القانون الجزائري الذي اشترط تحقق اتصال جنسي طبيعي و ما دون ذلك لا يمكن تكييفه قانونا بأنه اغتصاب[1].

ب- عدم الرضا:

يتجسد عدم الرضا في إرغام المجني عليها على ممارسة الجنس باستعمال العنف الذي يعتبر أساس هذه الجريمة ويتجسد في مواقعة الأنثى بدون رضاها، وينعدم الرضا إذا أكرهت المجني عليها إكراها ماديا أو معنويا على الممارسة الجنسية[2].

- **الإكراه المادي:** وهو إرغام المجني عليها على الاتصال الجنسي باستعمال كل عنف جسدي، ويتخذ العنف صورة الضرب والجرح كما يتخذ كل فعل يمنع المقاومة الجسدية[3]، ولا تقوم الجريمة إلا إذا ثبت أن المجني عليها تصدت للجاني وقاومته بشكل مستمر طوال مدة الفعل الإجرامي أما إذا ثبت أنها سلمت له نفسها طواعية فلا تقوم المسؤولية الجزائية في حقه[4].
- **الإكراه المعنوي:** يتخذ الإكراه المعنوي غالبا صورة التهديد وقد يكون هذا التهديد مباشرا كحمل السلاح والتهديد بالقتل وإلحاق الأذى بالضحية أو شخص عزيز عليها، كما قد يتخذ التهديد صورة الفضيحة وهو أن يكون لدى الجاني صور أو فيديوهات تخص الضحية بحيث يطلب منها الرضوخ لنزواته الجنسية أو فضحها[5].

[1] أنظر، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 293.

[2] أنظر، نبيل صقر، نفس المرجع، ص 295.

[3] أنظر، محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 222.

[4] اتجه الفقه الفرنسي على وضع ثلاث معايير لإثبات المقاومة من عدمها، وهي وجود مقاومة قارة، وجود اختلال في القوى البدنية، وجود آثار واضحة للعنف، أنظر، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 107.

[5] أنظر، محمود نجيب حسني، مرج سابق، ص 223، أنظر كذلك، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 108.

ج- القصد الجنائي:

جريمة الاغتصاب يفترض فيها العمد كون أنها من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، فمن غير المعقول تصور وقوع جريمة اغتصاب غير عمدية[1]، كون أن انصراف إرادة الجاني إلى مواقعة أنثى بغير رضاها هو فعل عمدي صادر عن ارادته وعلمه بالوقائع التي تقوم عليها الجريمة[2]، ولا يعتد بالقصد الجنائي إذا كان الجاني يعتقد عن جهل مشروعية فعله كعدم علم الزوج ببطلان عقد الزواج الذي يربطه بالمجني عليها، أو اعتقاد الجاني رضا المجني عليها كأن يواقع الجاني أنثى اعتاد على ممارسة العلاقة الجنسية معها لوجود علاقة بينهما[3].

2- الجزاء المترتب عن جريمة الاغتصاب:

نصت الفقرة الأولى من المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري على أنه" كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات" فيما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه" إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة"، كما نجد أن المشرع الجزائري شدد في العقوبة من خلال نص المادة 337 من قانون العقوبات التي نصت على أنه" إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبينين أعلاه أو كان موظفا أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة

[1] أنظر، النحوي سليمان، مرجع سابق، ص 323.

[2] محمود نجيب حسني، نفس المرجع، ص 227-228.

[3] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 296.

الأولى من المادة 334 و السجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و 336"، و يتضح من خلال هذا المادة أنه إذا كان مرتكب الفعل طبيبا سواء باعتباره موظفا مكلفا بخدمة عامة أو من الفئة التي لها سلطة على المجني عليها، تطبق عليه أحكام المادة 337 و بالتالي نكون أمام قيام المسؤولية الجزائية الطبية في أقسى صورها و هي السجن المؤبد، و تصور هذه الجريمة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب لا علاقة لها بالتلقيح الاصطناعي كعملية تقنية بل بحكم أن الطبيب في هذا المجال و بحكم تعامله المباشر مع جسد المرأة و بالخصوص المناطق الحساسة تجعله في وضع قد يدفعه إلى ارتكاب هذا الجرم، إذا لم يتقيد بالأخلاقيات و الضوابط الشرعية و القانونية لممارسة مهنة الطب، الأمر الذي يقتضي تشديد العقوبة في حقه.

ثانيا: جريمة هتك العرض

أكثر الجرائم التي قد تثير موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي هي جريمة هتك العرض، وبالرغم من عدم تطرق أغلب التشريعات إلى تعريف جريمة هتك العرض بما فيها التشريع الجزائري، إلا أننا نجد بعض التشريعات التي عرفت لنا هذا الفعل ومنها المشرع اليمني من خلال المادة 270 من قانون العقوبات التي عرفته بأنه"كل فعل يطال جسم الإنسان ويخدش الحياء، يقع على شخص آخر دون الزنا واللواط والسحاق يعتبر هتكا للعرض"[1]، و يعرف هتك العرض بأنه الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه و يمس في الغالب عورة فيه[2]، و ما يستنتج من هذا أن هتك العرض هو فعل لاأخلاقي خادش للحياء يمس جسم المجني عليه من طرف الجاني.

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري دأب على استعمال مصطلح هتك العرض في قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-47 المؤرخ في 17 جوان

[1] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 178.

[2] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 233.

1975، حيث نصت المادة 336 منه على أنه "كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات"، إلا أن هذه المادة تم تعديلها بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014 و تم تعديل مصطلح " هتك عرض" بمصطلح " الاغتصاب" كما تطرقنا لهذا سابقا، و على هذا الأساس فإن التكييف الجزائي لجريمة هتك العرض نجد له أساسا قانونيا في المادة 335 تحت مسمى الفعل المخل بالحياء التي نصت على أنه" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك"، و يختلف الفعل المخل بالحياء المقصود به في التشريع الجزائري هتك العرض، عن الفعل العلني المخل بالحياء الذي يفترض فيه العلنية و خدش حياء الغير الذي شاهد الفعل و هي أمور لا يفترض وجودها في الفعل المخل بالحياء باعتبارها جريمة مستقلة لا تستلزم العلنية و تقع مباشرة على جسم المجني عليه[1]، كما أن هتك العرض جريمة تبلغ درجة من الفحش لا يبلغها الفعل العلني المخل بالحياء[2]، و قد تتخذ جريمة هتك العرض صورة استعمال العنف و صورة هتك العرض بدون استعمال العنف و ما هو الأمر الذي يكون له أثر مباشر على تحديد العقوبة المقررة لهذه الجريمة، و من أجل توضيح كل هذا، سنتطرق إلى أركان جريمة هتك العرض و الجزاءات المترتبة عليها فيما يلي.

1- أركان جريمة هتك العرض

تقوم جريمة هتك العرض بوصفها فعلا مخلا بالحياء سواء تم هذا باستعمال العنف أو بغير عنف بتوافر أركانها وهي كالتالي:

أ- الركن المادي: يتحقق الركن لجريمة هتك العرض بوقوع فعل مادي مناف للحياء، ويشترط في هذا الفعل:

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 112.

[2] ماهر عبد شويش الدرة، مرجع سابق، ص 115.

- أن يمس بشكل مباشر بجسم المجني عليه ذكرا كان أو أنثى، ويتجسد هذا الفعل في تصرفات مادية ملموسة تبلغ درجة جسيمة من الفحش، وبالتالي يشكل هذا الفعل مساس بحصانة الجسم، وعليه إذا لم ينصرف فعل الجاني إلى مس جسم المجني عليه كأن يعرض عليه صورا أو مقاطع فيديو خليعة، أو يقوم بإيحاءات جنسية، فالجريمة تخرج هنا عن نطاق هتك العرض[1].

- أن يشكل هذا الفعل إخلالا بحياء المجني عليه، واستقر الفقه والقضاء على اعتبار العورة معيارا لتحديد جسامة خدش الحياء، لتبقى السلطة التقديرية للقضاء في تحديد مدى جسامة هذه الأفعال ويكون هذا استنادا إلى درجة الفحش التي تحكمها الأخلاق والأعراف والتقاليد والتي يمكن أن تختلف من بيئة اجتماعية إلى أخرى[2]، لكن المتفق عليه هو أن تتجسد هذه الأفعال في ملامسة أو مداعبة المناطق الحساسة للمجني عليه بشكل مباشر أو الكشف عنها.

ب- **الركن المعنوي**: يتجسد الركن المعنوي لجريمة هتك العرض في القصد الجنائي وهو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب هذا الفعل بالرغم من علمه بعدم مشروعيته ومدى جسامته، وبأنه يخدش حياء المجني عليه، و سواء تم هذا الفعل باستعمال العنف أو بدونه، فكلا الصورتين يفترض فيهما العمد ويبقى هذا الافتراض قابل لإثبات العكس[3]، حيث ينتفي القصد الجنائي لجريمة هتك العرض إذا اعتقد الجاني مشروعية فعله نتيجة جهله مثل ما هو الحال في جريمة الاغتصاب، أو إذا حدث هذا الفعل بشكل عرضي كأن يلامس شخص شخصا آخر أو يكشف عورته من دون قصد منه.

[1] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 235.

[2] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 113.

[3] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 246-247، وص 257-258.

2- الجزاءات المترتبة عن جريمة هتك العرض:

نذكر هنا أن موقف المشرع الجزائري غير ثابت بخصوص جريمة هتك، ونلمس هذا من خلال التعديلات الواردة على قانون العقوبات فنجده يستعمل مصطلح هتك العرض تارة ثم مصطلح الفعل المخل بالحياء تارة أخرى وهو ما سار عليه القضاء، الأمر الذي يجعلنا نقف أمام حالة من اللبس القانوني التي ينبغي فيها إعادة صياغة فقرات المادتين 334 و 335 من قانون العقوبات بشكل أوضح ليتماشى مع طبيعة هذه الجريمة، مع ضبط المصطلحات بشكل أكثر دقة، والنص على العقوبات الناتجة عن هذه الجريمة باللفظ الصريح و هو هتك العرض، مع تحديد الحالات التي يتم فيها استعمال العنف و الحالات التي تكون بدون عنف، و هو الأمر الذي تصدى له الفقه و القضاء وفق الصور التالية.

- **الصورة الأولى: هتك العرض بدون استعمال العنف**

نصت المادة 1/335 على أنه" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك"، و يتضح من خلال القانون الجزائري أن هتك العرض بدون استعمال العنف هو الفعل الذي جرمه المشرع الجزائري بالنص تاركا مسألة تحديده إلى القضاء، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه " لقضاة الموضوع توليد قناعاتهم بأي وسيلة من وسائل الإثبات شريطة أن يعللوا ما انتهوا إليه"[1]، كما نجد أنه من الناحية العملية يلجأ القضاة إلى الاستناد للخبرة الطبية من أجل إثبات وقوع اعتداء جنسي من عدمه و قضت في هذا المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا بخصوص قرار تأييد حكم يقضي ببراءة متهم من ارتكاب جنحة الفعل المخل بالحياء ضد قاصر، استنادا إلى أن الشهادة الطبية المنجزة لا تثبت وقوع الاعتداء الجنسي على

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 316498، بتاريخ، 2006/07/26، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات في المسؤولية الطبية، ج 02، نفس المرجع، ص 46-48.

الضحية[1]، إلا أنه إذا ثبت و قوع فعل هتك العرض على قاصر لم يبلغ السادسة عشرة و لو تجرد هذا الفعل من استعمال العنف تقوم الجريمة، و تحدد العقوبة من خمس إلى عشر سنوات و هذا طبقا إلى نص المادة 1/334 التي نصت على أنه " يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشرة ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك"، و إذا كان مرتكب الفعل أحد الأصول تطبق نفس العقوبة إذا تجاوز سن القاصر السادسة عشر سنة و لم يكمل تسعة عشرة سنة حسب الفقرة الثانية للمادة 334 التي نصت على أنه" ويعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات أحد الأصول الذي يرتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر ولو تجاوز السادسة عشرة من عمره ولم يصبح بعد راشدا بالزواج"[2]، أما إذا وقع الفعل على قاصر لم يكمل سن السادسة عشرة و تم بدون عنف تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، طبقا لنص المادة 337 من قانون العقوبات.

- **الصورة الثانية: هتك العرض باستعمال العنف**

يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب هذه الجريمة باستعمال العنف ويكون هذا العنف ماديا أو معنويا عن طريق استخدام القوة والتهديد، الأمر الذي ينتج عنه استجابة المجني عليه لنزوات الجاني الجنسية، ويدخل تحت هذا المفهوم استغلال الحالة النفسية أو المرضية للمجني عليه، أو ممارسة الجاني لجرمه أثناء نوم الضحية أو إغماءها أو تخديرها[3]، ونجد أن المحكمة العليا قضت بخصوص جناية هتك عرض مريضة أصيبت بنوبة صرع أفقدتها وعيها، بأن غرفة

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 251746، بتاريخ، 2003/04/09، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات في المسؤولية الطبية، ج 02، مرجع سابق، ص 17-18.

[2] سن الزواج الحالي المسموح به قانونا هو بلوغ سن الرشد المحدد بـ 19 سنة لكلا الجنسين وهذا طبقا لنص المادة 7 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، التي نصت 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" https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf

[3] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 287.

الاتهام غير ملزمة بالدليل القاطع و بأنه يكفي وجود أعباء، أو قرائن كافية للإحالة على محكمة الجنايات، والتي تبقى سيدة قبولها أو رفضها[1]، و نجد أن المشرع الجزائري أخذ بظروف التشديد في هذه الجريمة وفق حالتين:

- الحالة الأولى: إذا كان المجني عليه قاصرا لم يكمل السادسة عشر من عمره، تضاعف العقوبة حسب الفقرة الثانية للمادة 335 من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه" وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشرة يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".
- الحالة الثانية: إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو كان من فئة من لهم سلطة عليه، أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر، أو كان موظفا أو من رجال الدين أو استعان في ارتكاب جرمه بشخص آخر، ترفع العقوبة إلى السجن المؤبد وهذا حسب المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري، وما يستنتج من هذه المادة انها تشمل تشديد العقوبة في الجرائم المتعلقة بالعرض عموما، إذا تم ارتكابها من طرف الفئات المذكورة.

استنادا إلى ما سبق ومثلما هو الحال عليه في جريمة الاغتصاب إذا تم ارتكاب جريمة هتك العرض من طرف الطبيب تطبق عليه أحكام المادة 337، وتصور الجريمة في مجال التلقيح الاصطناعي يكون بحكم أن الطبيب يتعامل بشكل مباشر مع جسد المرأة بشكل يسمح له بالاطلاع على عورتها للضرورة الطبية الأمر الذي يجعله في وضع قد يدفعه إلى ارتكاب هذا الجرم إذا لم يلتزم بأخلاقيات مهنة الطب، ما يقتضي تشديد العقوبة في حقه مثلما هو عليه الحال في جريمة الاغتصاب.

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 304663، بتاريخ، 2003/01/28، أنظر، عبد القادر خضير، قرارات في المسؤولية الطبية، ج 02، مرجع سابق، ص 43-45.

الفرع الثاني

مسؤولية الطبيب عن إفشاء السر الطبي

يشكل الالتزام بالمحافظة على السر الطبي واجبا أدبيا ومهنيا قبل أن يكون واجبا قانونيا، لذلك نجد أن أغلب التشريعات اتجهت إلى تجريم كل فعل يتعلق بالإفشاء بالأسرار الطبية[1]، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 301 من قانون العقوبات، و علة تجريم هذا الفعل في مجال التلقيح الاصطناعي خصوصا هو أن العملية بالأساس تقتضي إطلاع الطبيب على أسرار الزوجين خاصة ما تعلق منها بالمعلومات الجينية وطبيعة العلاقة الجنسية وهي أمور خاصة بين الزوجين لا يمكن الإفصاح عنها حتى لأقرب الناس إليهما[2]، والكشف عن هذه الأسرار يعتبر اعتداء على حرمة الحياة الشخصية للزوجين، و المتفق عليه فقها و قانونا أنه إذا أفشى الطبيب سرا تنعقد مسؤوليته الجزائية فضلا عن مسؤوليته المدنية[3]، و سنتطرق في هذا الفرع إلى أركان قيام هذه الجريمة و الجزاءات المترتبة عنها.

أولا: أركان جريمة إفشاء السر الطبي

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان وهي الركن المفترض، الركن المادي والركن المعنوي.

[1] إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص 223.

[2] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 99.

[3] عبد الله الحربي، الأحكام الناظمة لحدود مسؤولية الطبيب الجزائية في نطاق إفشاء السر الطبي، جامعة مؤتة، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2012، ص 6، نقلا عن، مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر – القاهرة، 1986، ص 75.

1- الركن المفترض

جريمة إفشاء السر الطبي من الجرائم التي تستلزم من أجل قيامها صفة خاصة من الجاني وعليه يتجسد الركن المفترض لهذه الجريمة في صفة من أؤتمن على السر[1]، حيث أنه لا يسري تطبيق نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري إلا على فئة محددة ممن تتوفر فيهم هذه الصفة بحكم طبيعة عملهم الذي يخول لهم الاطلاع على بعض الأسرار و لا يكون هذا الاطلاع إلا بقدر الضرورة الطبية، و حددت المادة 301 الفئات التي تشملهم هذه الصفة و هم " الأطباء والجراحون، والصيادلة والقابلات، وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك"[2]، و الملاحظ أن هذا التحديد الذي جاء به المشرع الجزائري يأتي على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، تاركا بهذا السلطة التقديرية للقضاء في تحديد الفئات الأخرى التي تشملهم هذه الصفة بحكم طبيعة عملهم التي تقتضي جانبا من السرية[3]، و عليه تقوم في حق الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي المسؤولية الجزائية إذا قام بإفشاء الأسرار التي يطلع عليها أثناء إجراءه للعملية أو بمناسبتها.

2- الركن المادي: يتجسد الركن المادي لهذه الجريمة في وجود السر وفعل إفشاء هذا السر[4].

أ- وجود السر: بالرغم من عدم تعريف المشرع الجزائري للسر الطبي إلا أنه يمكننا تعريفه بأنه كل أمر أو واقعة تخص المريض وتصل إلى علم الطبيب بأي

[1] علي أحمد لطف الزبيري، نفس المرجع، ص 105-106.

[2] أنظر، نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 112، https://www.joradp.dz/trv/apenal.pdf

[3] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 277-278.

[4] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 103.

طريقة كانت وهذا أثناء مزاولته لمهنته أو بمناسبتها، ويكون للمريض أو عائلته مصلحة في كتمان هذا الأمر[1].

ب- إفشاء السر: يتجسد فعل الإفشاء في إخبار الغير و اطلاعه على السر المؤتمن عليه بأي طريقة كانت حتى و لو كان بالتلميح، و تتحقق المسؤولية سواء كان هذا الإفشاء جزئيا أو كليا[2]، و من دون شك أن الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب عموما يطلع بحكم مهنته على معلومات خاصة بالزوجين تدخل ضمن فئة الأسرار الزوجية التي لا يمكن الإفصاح عنها لشخص آخر غير الطبيب و لا شك أن السر الطبي في هذا المجال يمتاز بنوع من الخصوصية خاصة في المجتمعات المحافظة، كون أن كل ما تعلق بالأمور الجنسية بين الزوجين يشكل خطا أحمرا لا يسمح بتجاوزه أو الكشف عنه من طرف الطبيب تحت أي ظرف كان، و على هذا الأساس تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال التلقيح الاصطناعي عن إفشاء السر الطبي، ونظرا لخصوصية الأسرار في هذا المجال ينبغي على الطبيب عدم الإفشاء عنها بأي صورة كانت حتى و لو تلميحا[3].

3- الركن المعنوي: تعتبر جريمة إفشاء السر جريمة عمدية متى انصرفت إرادة الجاني إلى ارتكاب هذه الجريمة بجميع أركانها[4]، ومعنى ذلك أن المسؤولية الجزائية في حق الطبيب هنا لا تقوم إلا إذا تعمد إفشاء السر الطبي المؤتمن عليه، أما إذا حدث وأن أفشي هذا السر نتيجة إهماله وعدم احتياطه فلا مجال للحديث عن المسؤولية الجزائية حيث يمكن أن يسأل مدنيا، ومثال ذلك أن يترك الطبيب في مكان عمله وثائق بها معلومات سرية خاصة بالزوجين بحيث قد يطلع عليها في غيابه أحد

[1] علي أحمد لطف الزبيري، نفس المرجع، ص 100.

[2] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 157-159.

[3] " لا يشترط في الإفشاء أن يكون علنيا حيث تتحقق هذه الجريمة حتى لو كان الإفشاء لشخص واحد فقط، فالطبيب الذي يفشي سرا مهنيا لزوجته تقوم في حقه المسؤولية الجزائية حتى ولو طلب منها كتمان هذا السر وعدم إفشاءه"، أنظر، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 280.

[4] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 165.

معاونيه أو شركائه في العمل بشكل عرضي و دون قصد، كما لا تقوم مسؤولية الطبيب في حالات إباحة الإفشاء المنصوص عليها قانونا[1].

ثانيا: الجزاء المترتب عن جريمة إفشاء السر الطبي

المشرع الجزائري لم يخص جريمة إفشاء السر الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي بنصوص خاصة في قانون العقوبات على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على هذا من خلال المادة 10/511 من قانون العقوبات الفرنسي التي جرمت إفشاء المعلومات المتعلقة بهوية الأشخاص المشاركون في عملية التلقيح الاصطناعي تحت أي صورة كانت ويفهم من نص هذه المادة أنه يجرم الإفشاء بالمعلومات الخاصة بـ

- هوية الأشخاص المتبرعون بموادهم الإنجابية.
- هوية الأزواج الذين يتبرعون بالبويضات الملقحة.
- هوية المستفيدون من المواد الإنجابية أو البويضات الملقحة.

وحدد المشرع الفرنسي العقوبة المترتبة عن هذه الجريمة بالسجن لمدة عامين وغرامة قدرها 30.000 يورو[2]، و فيما يخص الأساس التشريعي لهذه الجريمة في القانون الجزائري نجده في المادة 301 من قانون العقوبات[3] التي نصت على أنه" يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات، وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 282-287.

[2] "Sauf dans le cas prévu à l'article 16-8-1 du code civil, le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple ou la femme non mariée qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende", Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, Dernière mise à jour des données de ce texte : 04 août 2021, JORF n°0178 du 3 août 2021, Code pénal, p 238, https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf

[3] كذلك يحيلنا المشرع الجزائري بشكل مباشر إلى هذه المادة بموجب قانون الصحة 18-11 من خلال المادة 417 التي نصت على أنه" عدم التقيد بالتزام السر الطبي والمهني، يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات".

الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك، ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني"، فيما نجد أن المادة 1/302 نصت على أنه"كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجانب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولا له ذلك يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000دينار"، و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه" وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 1.500 دينار".

فضلا عن هذا يمكن الحكم على الطبيب بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري[1].

المبحث الثاني

التكييف الجرمي للتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة 18-11

تطرق المشرع الجزائري إلى مسؤولية الطبيب الجزائية الناشئة عن التلقيح الاصطناعي بموجب قانون الصحة 18-11، وسنحاول من خلال هذا المبحث تحديد هذه المسؤولية والجزاءات المترتبة عليها، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين الأول نعالج من خلاله مسؤولية الطبيب عن مخالفة الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي، والثاني

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 288.

نتعرض فيه إلى مسؤولية الطبيب عن الممارسات الغير مشروعة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

المطلب الأول

المسؤولية الجزائية للطبيب عن مخالفة الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي

مما لا شك فيه أن ممارسة تقنية التلقيح الاصطناعي يجب أن تتم وفق الضوابط والشروط القانونية المنصوص عليها وألا تتم إلا من قبل أطباء مرخص لهم قانونا مزاولة الطب الإنجابي المساعد وهذا طبقا لما نصت عليه كل من المادة 371 و372 من قانون الصحة 18-11، وعلى هذا الأساس إذا مارس الطبيب أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب دون التقيد بالشروط المحددة أو دون أن يكون مرخصا له بذلك يسأل جنائيا عن فعله[1].

الفرع الأول

جريمة التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالشروط المنصوص عليها

يمكننا القول أن الجريمة الناشئة عن التلقيح الاصطناعي تعتبر من الجرائم المستحدثة التي جاء به المشرع الجزائري من خلال المادة 434 من قانون الصحة الجديد 11/18، وعلى هذا الأساس تقوم جريمة التلقيح الاصطناعي إذا توافرت أركانها وبالنتيجة تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة القيام بعملية التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة 18-11، فما هي أركان هذه الجريمة وما هي العقوبات المترتبة عنها؟ هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

[1] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 207-208.

أولا: أركان الجريمة

جريمة التلقيح الاصطناعي هو الفعل المنصوص عليه بموجب المادة 434 من قانون الصحة الجزائري التي تحيلنا إلى نص المادة 371 بقولها "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب..." وعلى هذا الأساس تقوم الجريمة في حالة مخالفة الضوابط القانونية المنصوص عليها في المادة 371 التي سبق التطرق إليها، وهذه الجريمة كغيرها من الجرائم لابد من أجل قيامها توافر كل من الركن المادي والركن المعنوي وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1- الركن المادي: الركن المادي لجريمة التلقيح الاصطناعي يتجسد في كل من السلوك الإجرامي والنتيجة.

أ- السلوك الإجرامي: يتجسد السلوك الإجرامي لهذه الجريمة في مخالفة أحكام المادة 371 من قانون الصحة 18-11، و يتحقق عن طريق أخذ المواد الإنجابية الذكرية وحقنها في الموضع المناسب من مهبل الأنثى لتتم عملية التلقيح [1]، و بالرجوع إلى نص المادة 434 من قانون الصحة الجزائري نجد أنها جاءت شاملة بحيث أن التلقيح الاصطناعي و بالرغم من أنه لا يمكن وصفه فعلا إجراميا إلا إذا تم باستعمال المواد الإنجابية لغير الزوجين أو إذا تم بدون موافقة أو علم أحد الزوجين، إلا أن نص هذه المادة يجرم كذلك عدم التقيد بالشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 371 بالرغم من أنها لا ترقى إلى درجة جسامة مخالفة الشروط الموضوعية للتلقيح الاصطناعي إلا أن المشرع الجزائري يعتبرها سلوكا إجراميا بنفس درجة الجسامة، و سواء تم التقيح بالشكل الداخلي أو الخارجي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عن جريمة التلقيح الاصطناعي، عند مخالفة الشروط الشكلية و الموضوعية للمساعدة الطبية على الإنجاب المنصوص عليها في المادة 371.

[1] إدوار غالي الدهبي، جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق، ص 171.

ب- النتيجة: النتيجة الإجرامية تتحقق في حدوث الحمل فعلا لدى الأنثى الملقحة[1]، حيث يمكن أن تتحقق النتيجة الاجرامية لفعل الاعتداء المؤدي إلى إحبال الأنثى بطريقة اصطناعية في الصور التالية:

- حقن الزوجة بالمواد الإنجابية الذكرية لغير الزوج.
- زرع بويضة ملقحة خارجيا بمواد انجابية لغير الزوجين في رحم الزوجة.
- زرع بويضة ملقحة خارجيا بمواد إنجابية للزوجين في رحم امرأة أخرى.
- إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دوم الحصول على موافقة الزوجين معا[2].

وما نلاحظه من خلال نص المادة 434 من قانون الصحة الجزائري المتعلقة بتجريم التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالشروط القانونية المنصوص عليها، هو أن المشرع لم يجعل من حدوث الحمل شرطا لقيام الجريمة وتحقق المسؤولية، بل مجرد القيام بهذه العملية دون التقيد بالشروط المنصوص عليها يكفي لقيام الجريمة حتى ولو لم يتحقق الحمل، وعليه تقوم المسؤولية الجزائية في حق الطبيب نتيجة سلوكه الإجرامي حتى ولو لم تتحقق النتيجة.

الركن المعنوي: لا تقوم جريمة التلقيح الاصطناعي دون توافر القصد الجنائي وهو الركن المعنوي للجريمة باعتبارها من الجرائم العمدية، و يقوم القصد الجنائي على عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة اللذان نعني بهما، انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل من شأنه إحداث الحمل[3]، و

---

[1] محمد نور الدين سيد، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنجاب، دراسة في المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م، والتشريعات المقارنة، دورية الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، 2018، ص 154.

[2] تتحقق هذه الصورة عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالشرط المنصوص عليه في المادة 371 وهو موافقة الزوجين معا وفق الإجراءات المنصوص عليها، فإذا تم تلقيح الزوجة دون موافقتها، أو تمت عملية التلقيح بتواطؤ من الزوجة والطبيب دون موافقة الزوج أو دون علمه تقوم في حق الطبيب المسؤولية الجزائية، أنظر، إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسة مقارنة، مجلة دارسات، علوم الشريعة والقانون، صادة عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، المجلد 42، ع 02، 2015، ص 515.

[3] إدوار غالي الدهبي، مرجع سابق، ص 172-173.

متى توافر القصد الجنائي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب دون الأخذ بالدوافع سواء كان هذا الدافع له جانب إنساني و هو ارتكاب الطبيب لهذه الجريمة بغرض مساعدة الزوجين في تحقيق رغبتهما في الإنجاب أو كان الدافع له طابع انتقامي كإلحاق العار بالمرأة[1]، أو قد يكون غرض الطبيب هو تحقيق أرباح مالية أو شهرة في مجال الطب الإنجابي المساعد[2].

ثانيا: العقوبة

يعاقب الطبيب المرتكب لجريمة التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالضوابط القانونية المنصوص عليها بالحبس من 5 سنوات على 10 سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، وهذا وفقا لنص المادة 434 من قانون الصحة 18-11[3]، كما أنه بالرجوع إلى نص المادة 441 من نفس القانون نجد أنه يعاقب الشخص المعنوي المرتكب لهذه الجريمة إضافة إلى العقوبة الأصلية المحددة في المادة 434 بغرامة لا تقل عن خمسة أضعاف الغرامة المنصوص عليها للشخص الطبيعي، مع عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها بموجب هذا القانون وهي:

- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب هذه الجريمة[4].
- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

[1] إدوار غالي الدهبي، نفس المرجع، ص 173.

[2] محمد نور الدين سيد، مرجع سابق، ص 155.

[3] نصت المادة 443 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة على أنه" يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج".

[4] استعمل المشرع الجزائري من خلال المادة 441 مصطلح المخالفة بدلا من الجريمة وإن كان قصد المشرع هو المخالفة بمعناها اللغوي أي مخالفة الأحكام المنصوص عليها وليس المخالفة بمعناها القانوني، إلا أننا نرى أن استعمال مصطلح الجريمة يكون أكثر دقة من الناحية القانونية لأنه يشمل المخالفات والجنح والجنايات، وهو المقصود من نص المادة.

- حل الشخص المعنوي.

و الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري شدد في العقوبة و هذا لخطورة و جسامة هذه الجريمة، و لما أحال المشرع الجزائري العقوبة لمخالفة أحكام المادة 371 بشكل عام لم يفرق بين مخالفة الشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية التي تضمنتها هذه المادة، و بذلك أقر المشرع الجزائري وصف الجناية على جريمة التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالشروط المنصوص عليها، و إن كنا نرى في هذا أن مخالفة الشروط الشكلية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ترقى إلى درجة جسامة مخالفة الشروط الموضوعية، و هذا التشديد نجده كذلك عند المشرع الفرنسي حيث نصت المادة 6/511 من قانون العقوبات على أنه" يعاقب كل من يقوم بجمع الأمشاج أو أخذها من شخص حي دون موافقته الكتابية، بالسجن خمس سنوات وغرامة قدرها 75.000 يورو" فيما نصت المادة 16/511 على أن " فعل الحصول على أجنة بشرية دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 2141 فقرة 5 و فقرة 6 من قانون الصحة العامة، يعاقب عليه بالسجن سبع سنوات و غرامة قدرها 100.000 يورو"، و الملاحظ من خلال هذا أن المشرع الجزائري سار على نفس نهج المشرع الفرنسي و هو التشديد في العقوبة سواء تعلق الأمر بمخالفة الشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية، و نضيف هنا أن المشرع الفرنسي يعاقب على جريمة الشروع في جريمة التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالضوابط القانونية المنصوص عليها، و هذا بنص صريح من خلال المادة 26/511 من قانون العقوبات التي نصت على أن" الشروع في الجرائم المنصوص عليها في المواد، 511-2، 511-3، 511-4، 511-5، 511-5-1، 511-5-2، 511-6، 511-9، 511-15، 511-16، و 511-19، يعاقب عليها بنفس العقوبات".

والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا هو هل يعاقب المشرع الجزائري على الشروع في هذه الجريمة؟ بالرغم من عدم تطرق المشرع الجزائري إلى تجريم الشروع في

هـذه الجريمـة بـنص صـريح مثلمـا هـو الحـال عليـه في التشـريع الفرنسـي إلا أن المشـرع الجزائـري بشـكل عـام يعاقـب علـى الشـروع في كـل جريمـة تأخـذ وصـفا جنائيـا وهـذا طبقـا لـنص المـادة 30 مـن قـانون العقـوبات، وبـذلك إذا سـلمنا بالقـول أن هـذه الجريمـة تتخـذ وصـف الجنايـة فـإن مسـؤولية الطبيـب الجزائيـة تقـوم في حالـة الشـروع في جريمـة التلقـيح الاصـطناعي دون التقيـد بالضـوابط القانونيـة بوصـفها جنايـة حـتى ولـو لم تتحقـق النتيجـة الإجرامية.

الفرع الثاني

جريمة ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب بدون ترخيص

يجـب أن يـتم إجـراء التقنيـات المتعلقـة بالتلقـيح الاصـطناعي مـن قبـل أطبـاء مختصـين في الطـب الإنجـابي المسـاعد وفي مراكـز مرخصـة لهـذا الغـرض وهـذا بموجـب الفقـرة الأولى للمـادة 372 مـن قـانون الصـحة الجزائـري 18-11 الـتي نصـت علـى أنـه" تـتم الأعمـال العياديـة والبيولوجيـة العلاجيـة المتصـلة بالمسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب مـن قبـل ممارسـين معتمـدين لهـذا الغـرض، في مؤسسـات أو مراكـز أو مخـابر يـرخص لهـا الـوزير المكلـف بالصـحة بممارسـة ذلـك"، فيمـا نصـت الفقـرة الثانيـة مـن نفـس المـادة علـى أنـه" تحـدد الأعمـال العياديـة و البيولوجيـة العلاجيـة المتصـلة بالمسـاعدة الطبيـة علـى الإنجـاب، و كـذا كيفيـات الترخـيص لهـذه المؤسسـات و المراكـز و المخـابر عـن طريـق التنظـيم"، و نشـير هنـا إلى أن المشـرع الجزائـري تأخـر في إصـدار النصـوص التنظيميـة المشـار إليهـا في هـذا القـانون و نـص علـى سـريان النصـوص التنظيميـة المعمـول بهـا في ظـل القـانون رقـم 85-05 المتعلـق بحمايـة الصـحة و ترقيتهـا، و هـذا بموجـب نـص المـادة 449 مـن قـانون الصـحة الجديـد 18-11[1]، و نخـص بالـذكر هنـا المرسـوم التنفيـذي 92-276 المتضـمن مدونـة أخلاقيـات الطـب المـؤرخ بـ 1992/07/06، و الـتي لا نجـد فيهـا أثـرا

[1] نصـت المـادة 449 مـن قـانون الصـحة 18-11 علـى أنـه" تلغـى أحكـام القـانون رقـم 85-05 المـؤرخ في 26 جمـادى الأولى عـام 1405 الموافـق لـ 16 فبرايـر سـنة 1985 والمتعلـق بحمايـة الصـحة وترقيتهـا المعـدل والمـتمم، غـير أن النصـوص المتخـذة لتطبيقـه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون".

لتحديد الأعمال الطبية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، أو كيفية الترخيص للمراكز المسموح لها القيام بعمليات التلقيح الاصطناعي، و على هذا الأساس و في انتظار صدور النصوص التنظيمية الخاصة بهذا القانون تبقى مسألة الترخيص القانوني لممارسة عمليات التلقيح الاصطناعي تخضع للنصوص القانونية المتعلقة بالترخيص الطبي بشكل عام و هو الأمر المنصوص عليه بموجب المادة 273 من القانون 18-11 التي نصت على أنه" يخضع إنجاز و إنشاء و فتح و استغلال أي هيكل أو مؤسسة صحية أو ذات طابع صحي، و توسيعها و تحويلها و تغيير تخصيصها و غلقها المؤقت أو النهائي، لترخيص من الوزير المكلف بالصحة" و كذلك المادة 307 التي نصت فقرتها الأولى على أنه" يخضع إنجاز و فتح و استغلال و توسيع و نقل و غلق و تحويل كلي أو جزئي لكل هيكل أو مؤسسة خاصة للصحة و كذا تجمعها إلى ترخيص من الوزير المكلف بالصحة"، كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه" كما يخضع إلى الترخيص من الوزير المكلف بالصحة اقتناء كل تجهيز صحي يخضع تنصيبه و استغلاله لمراقبة مسبقة تخص احترام المقاييس التقنية و الممارسة، و كذا النشاطات الخاضعة لمقاييس أو أحكام خاصة"، و فيما يخص التكييف القانوني لتجريم ممارسة الطب الإنجابي بدون ترخيص نجد له أساسا في المادة 414 من نفس القانون التي نصت على معاقبة كل من ينشئ أو ينجز أو يفتح أو يستغل مؤسسة صحية دون الترخيص المنصوص عليه في المادة 307 و على هذا الأساس تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية في حالة ممارسته للتلقيح الاصطناعي دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه و سنتطرق فيما يلي إلى أركان جريمة ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب بدون ترخيص و الجزاءات المترتبة عليها.

أولا: أركان الجريمة

تتحقق جريمة ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب بدون ترخيص بقيام ركنيها المادي والمعنوي وهو الأمر الذي سنتطرق إليه على النحو التالي:

1- الـركن المـادي: يتجسـد الـركن المـادي لجريمـة ممارسـة الطـب بشـكل عـام بـدون تـرخيص في القيـام بأحـد الأعمـال الطبيـة كـالفحص، التشـخيص، والعـلاج علـى وجـه الاعتيـاد والاسـتمرار و لا شـك أن معـنى الاعتيـاد الموجـب لقيـام المسـؤولية الجزائيـة يتجسـد عمومـا في ممارسـة الفعـل الإجرامـي لأكثـر مـن مـرة، إلا أن مـا ذهـب إليـه المشـرع الفرنسـي هـو قيـام الجريمـة بمجـرد إثبـات الفعـل الاجرامـي و لـو لمـرة واحـدة[1]، و نظـرا لأن ممارسـة هـذا النـوع مـن التقنيـات يتطلـب نوعـا مـن التخصـص الـدقيق الـذي علـى أساسـه يـتم مـنح الترخـيص القـانوني لمزاولتهـا فإنـه يكفـي القيـام بفعـل واحـد مـن أجـل أن تقـوم مسـؤولية الطبيـب الجزائيـة عـن ممارسـة التلقـيح الاصـطناعي بـدون تـرخيص و هـذا بغـض النظر عن نجاح العملية من عدمها.

2- الـركن المعنـوي: تقـوم مسـؤولية الطبيـب عـن ممارسـة تقنيـات المسـاعدة الطبية على الإنجاب بتوافر القصـد الجنـائي وهـو الـركن المعنـوي لهـذه الجريمـة الـتي تعتـبر مـن الجـرائم العمديـة الـتي تنصـرف فيهـا إرادة الجـاني إلى ارتكـاب فعلـه بالـرغم مـن علمـه بأنـه لـيس مرخصـا لـه القيـام بهـذا النـوع مـن العمليـات[2]، وبهـذا لا يمكـن تصـور الخطـأ الغـير العمـدي لقيـام هـذه الجريمـة، كمـا أنـه لا يمكـن دفـع المسـؤولية مـن طـرف الطبيـب بحجـة الضـرورة الطبيـة كـون أن التلقـيح الاصـطناعي لا يـدخل ضـمن العمليـات المسـتعجلة الـتي تستدعي تدخل الطبيب بدون ترخيص مسبق.

ثانيا: الجزاء المترتب عن ممارسة الطب الإنجابي بدون ترخيص

نصـت المـادة 414 مـن قـانون الصـحة 18-11 علـى أنـه" يعاقـب كـل مـن ينشـئ أو ينجـز أو يفـتح أو يسـتغل مؤسسـة صـحية دون الترخـيص المنصـوص عليـه في المـادتين 273 و307 مـن هـذا القـانون بالحـبس مـن سـنتين (2) إلى خمـس (5) سـنوات وبغرامـة مـن 1.000.000 إلى 2.000.000" بالـرغم مـن أن المشـرع

[1] علي أحمد لطف الزبيري، مرجع سابق، ص 211.

[2] علي أحمد لطف الزبيري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

الجزائري لم يقنن لجريمة ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب بدون ترخيص بنص خاص، إلا أن تطبيق النصوص السابقة يؤكد وجوب الترخيص من الوزير المكلف بالصحة عن جميع الممارسات الطبية، وبالتالي فإن ممارسة أي عمل طبي يجب أن يخضع للترخيص المنصوص عليه بموجب هذا القانون، كما أنه بالرجوع إلى نص المادة 440 من قانون الصحة 18-11 يمكن أن يعاقب الطبيب بأحد العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات، كما أنه بموجب المادة 441 يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب هذه الجريمة إضافة إلى العقوبة الأصلية المحددة في المادة 414 بغرامة لا تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة المنصوص عليها للشخص الطبيعي، مع عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها بموجب هذا القانون.

المطلب الثاني

مسؤولية الطبيب عن الممارسات الغير مشروعة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي

المشرع الجزائري تطرق بشكل عام إلى الممارسة غير الشرعية المتعلقة بمهنة الطب في المواد من 185 إلى 188 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، و طبقا لنص المادة 416 من نفس القانون يعاقب كل شخص على الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات، و على هذا الأساس يسأل الطبيب بشكل عام في حالة ممارسته لمهنة الطب بطريقة غير مشروعة في الهياكل و المؤسسات الصحية، إلا أنه بموجب قانون الصحة 18-11 نجد أن المشرع الجزائري جعل من الممارسة الغير مشروعة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب تخضع لنصوص تجريميه خاصة، حيث تتجسد الممارسات الغير مشروعة للتلقيح الاصطناعي في مخالفة الموانع المنصوص عليها بموجب أحكام المواد التي جاء بها قانون الصحة 18-11، و هو ما سنتطرق إليه فيما يلي و هذا دون التطرق إلى تفاصيل كل جريمة كون أن الممارسات الغير مشروعة في عمليات التلقيح الاصطناعي هي من

الجرائم العمدية التي يفترض فيها القصد الجنائي باعتبارها جرائم تقنية تقوم بتحقق السلوك الإجرامي من طرف الطبيب بغض النظر عن النتيجة الإجرامية سواء تحققت أم لا، فمجرد مخالفة المنع المنصوص عليه بموجب هذه المواد يرتب قيام المسؤولية الجزائية للطبيب و على هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الممارسات و الجزاءات المترتبة عليها بشكل مباشر فيما يلي.

الفرع الأول

مسؤولية الطبيب الجزائية عن المساس بالجسم البشري

الجرائم المتعلقة بالمساس بالجسم البشري في مجال التلقيح الاصطناعي هي من الجرائم العمدية التي تطرق لها المشرع لجزائري بنصوص مباشرة من خلال قانون الصحة الجديد 18-11، حيث منع المشرع كل تعامل يخص مواد الجسم البشري أو الأجنة الزائدة وكل استنساخ أو انتقاء للجنس، كما أن المشرع الجزائري تطرق بموجب هذا القانون إلى حالة الإيقاف العلاجي للحمل، وهو ما سنحاول توضيحه أكثر فيما يأتي.

أولا: مسؤولية الطبيب الجزائية عن الاستنساخ وانتقاء جنس الجنين

بموجب نص المادة 375 من قانون الصحة 18-11 " يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس"، و يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لا يقصد الاستنساخ العلاجي و إنما يقصد الاستنساخ التكاثري بجميع صوره، حيث سبق لنا توضيح الفرق بينهما[1]، و فيما يخص مسألة انتقاء جنس الجنين فمقصود المشرع الجزائري ليس انتقاء الجنس

[1] الاستنساخ التكاثري في مجال التلقيح الاصطناعي يتجسد في إنتاج خلايا جنسية واستنساخها إلى خلايا أخرى، الأمر الذي يسمح بتكوين العديد من الأجنة وميلادهم بصفات وراثية متطابقة، أنظر، الفرع الثاني من المطلب الأول للمبحث الثاني من الفصل الأول للباب الأول من هذه الأطروحة، ص 52-54.

بالطرق التقليدية كون أن المسألة ليست وليدة اليوم بل منذ القدم كانت هناك محاولات لتحديد جنس المولود و انتقاءه بالطرق الطبيعية سواء باتباع نمط غذائي معين، أو اختيار بعض الأوقات المحددة للجماع دون غيرها فمثلا إذا حدث الجماع مباشرة بعد حدوث الإباضة فإن الكفة ترجع للذكورة و العكس صحيح، و كذلك عن طريق تنشيط بعض المناطق من الرحم دون غيرها فتنشيط الوسط القاعدي مثلا يكون أكثر ملائمة لاستقبال المادة الإنجابية الذكرية، تنشيط الوسط الحامضي يناسب أكثر المادة الإنجابية الأنثوية[1]، و إنما المقصود بنص المادة المذكورة هو انتقاء الجنس عن طريق التدخل الطبي، و بما أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تقنية محضة فإن المشرع الجزائري منع و جرم أي تدخل طبي من شأنه أن يساهم في تحديد جنس الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي، و نصت في هذا المادة 436 من قانون الصحة 18-11 بأنه" يعاقب من يخالف المنع المنصوص عليه في لمادة 375 من هذا القانون، المتعلقة باستنساخ أجسام حية متماثلة وراثيا و انتقاء للجنس، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"، علاوة على هذا تطبق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بموجب المادة 441 من نفس القانون.

ثانيا: مسؤولية الطبيب عن الإيقاف العلاجي للحمل

يعتبر الإيقاف العلاجي للحمل من بين المستجدات التي جاء بها قانون الصحة الجديد رقم 18-11، و هذا بالرغم من أن المشرع الجزائري تطرق إلى إباحة الإجهاض للضرورة الطبية وفقا للمادة 308 من قانون العقوبات كما سبق و أن وضحنا، فالأصل في الإجهاض العلاجي أنه يكون في حالة الضرورة ما يجعله خارج نطاق التجريم[2]، وبالتالي لا مسؤولية على الطبيب إذا تم هذا وفق ما هو منصوص

[1] أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 120- 122.

[2] الشيخ صالح بشير، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 18-11، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 12، ع 02، 2019، جامعة غرداية – الجزائر، ص 876.

عليه قانونا، حيث نصت المادة 77 من القانون 18-11 على أنه" يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل"، و في حالة مخالفة نص هذه المادة يحيلنا المشرع الجزائري إلى العقوبة المنصوص عليها في المادة 304 من قانون العقوبات و هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من 500 إلى 10.000 دج و هذا طبقا لنص المادة 409 من قانون الصحة 18-11 التي نصت على أنه" يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بإيقاف الحمل لغرض علاجي طبقا لأحكام المادة 304 من قانون العقوبات".

كما أوجب المشرع الجزائري إجراء الإيقاف العلاجي للحمل حصرا في المؤسسات العمومية الاستشفائية و هذا عملا بالمادة 78 من قانون الصحة 18-11 التي نصت على أنه" لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الاستشفائية"، و عليه فإن مخالفة الطبيب لهذه المادة و قيامه بإيقاف الحمل لغرض علاجي في عيادته الخاصة تقوم في حقة المسؤولية الجزائية طبقا لما نصت عليه المادة 410 بالقول أنه " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 78 من هذا القانون، المتعلقة بإجبارية إجراء إيقاف الحمل لغرض علاجي في المؤسسات العمومية الاستشفائية، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) و بغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج"، علاوة عن هذا تطبق العقوبات التكميلية وفق ما هو منصوص عليه في أحكام المادتين 440 و 441 من قانون الصحة 18-11 و التي سبق لنا تحديدها.

الفرع الثاني

مسؤولية الطبيب عن القيام بالتجارب والدراسات الطبية

سنتطرق في هذا الفرع إلى مسؤولية الطبيب عن القيام بالدراسات والتجارب الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، وهذا وفق ما جاء به قانون الصحة الجزائري 18-11.

أولا: المسؤولية الجزائية عن التعامل في المواد الإنجابية والأجنة الزائدة

نص المشرع الجزائري على منع التداول في مواد الجسم البشري لأي غرض وبأي طريقة كانت بموجب المادة 374 من قانون الصحة 18-11 التي نصت على منع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شكل من المعاملة المتعلقة، بالحيوانات المنوية، البويضات الملقحة، والأجنة الزائدة عن العدد المحدد لعملية التلقيح الاصطناعي، و عليه تقوم مسؤولية الطبيب عن التعامل في المواد الإنجابية في حال مخالفة المنع المنصوص عليه بموجب المادة 374 وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 435 من نفس القانون بالقول " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون، المتعلقة 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"، كما أنه بموجب المادة 440 من القانون 18-11 يمكن أن يعاقب الطبيب علاوة على هذا بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات، كما أن المادة 441 من قانون الصحة 18-11 نصت على معاقبة الشخص المعنوي المرتكب لهذه الجريمة إضافة إلى العقوبة الأصلية المحددة في المادة 435 بغرامة لا تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة المنصوص عليها للشخص الطبيعي، مع عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها بموجب هذا القانون والتي سبق لنا التطرق إليها.

ثانيا: المسؤولية الجزائية عن القيام بالدراسات العيادية

بالرغم من عدم النص صراحة على القيام بالتجارب الطبية والدراسات العيادية في مجال الطب الانجابي المساعد بنصوص خاصة إلا أن المشرع الجزائري تطرق للدراسات العيادية بشكل عام ورتب الأحكام المتعلقة بها من خلال القسم الرابع للفصل الرابع من الباب السابع لقانون الصحة 18-11، تحت عنوان أحكام تتعلق

بالبحث في مجال طب الأحياء في المواد من 377 إلى 399، حيث حدد لها شروط وضوابط قانونية يجب التقيد بها، وفي حالة مخالفته لها تقوم في حقه المسؤولية الجزائية وفق الحالات التالية:

1- الوضع رهن الملاحظة لغرض آخر غير مصلحة الشخص الخاضع للتجربة:

يكون الطبيب مسؤولا من الناحية الجزائية إذا ثبت أن قيامه بتقنيات المساعدة على الإنجاب هو بغرض التجربة الطبية و ليس بغرض مساعدة الزوجين على الإنجاب، و بالتالي يعتبر فعله جريمة عمدية بصرف النظر عما إذا كان قد تم إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي وفق الضوابط القانونية المنصوص عليها، و نصت في هذا المادة 437 من قانون الصحة 18 11 على أنه" يعاقب كل من يستعمل الوضع رهن الملاحظة لشخص ما لغرض آخر غير مصلحته، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس سنوات (5)، و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج".

2- القيام بالدراسات العيادية دون الحصول على الترخيص القانوني:

إجراء الدراسات العيادية يتطلب تقديم ملف طبي وتقني، وتصريح بشأن إنجاز هذه الدراسات العيادية على الكائن البشري، يخضع لترخيص الوزير المكلف بالصحة، كما أن كل تعديل يرد على هذا الملف بعد الحصول على الترخيص، يجب أن يخضع كذلك لموافقة الوزير المكلف بالصحة، وهذا طبقا لنص المادة 381 من قانون الصحة 18-11، ويسأل جزائيا كل مخالف لهذه الأحكام المنصوص عليها، حيث نصت المادة 438 بأنه" يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 381 من هذا القانون، المتعلقة بالدراسات العيادية، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات، و بغرامة من 5.000.000 دج إلى 10.000.000 دج".

3- عدم الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة: جعل المشرع من موافقة الشخص الخاضع للتجربة شرطا أساسيا حيث نصت المادة 386 على أنه" لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك ممثلوهم الشرعيون، عن موافقتهم الحرة والمستنيرة

كتابيا، وبعد اطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله لا سيما عن:

- الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة.
- حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم."

كما نصت المادة 387 على وجوب إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسات العيادية ضمن بروتوكول الدراسات، وعدم إمكانية خضوعه لعدة أبحاث بيو طبية في نفس الوقت وأن تطبيق هذه الموافقة يكون بخصوص الدراسة التي التمس من أجلها فقط، وعليه يمكن للطبيب القيام بالدراسات العيادية في مجال الطب الإنجابي المساعد وفق الشروط والضوابط المنصوص عليها و تقوم في حقه المسؤولية الجزائية إذا قام بهذا دون الحصول على موافقة الزوجين وفق ما هو منصوص عليه قانونا و العقوبة المقررة لهذا الفعل الجرمي نجده في المادة 439 من القانون 18-11 التي نصت على أنه" يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسات العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج"، فضلا عن هذا و في كل الحالات المذكورة يتم تطبيق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بموجب أحكام المادتين 440 و 441.

خاتمة

خاتمة

في الأخير وبعد تطرقنا لموضوع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي و ذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى بابين الأول تناولنا فيه التأصيل القانوني للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي حيث سعينا من خلاله إلى ضبط الإطار المفاهيمي لموضوع البحث وتحديد مشروعية أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و نصوص القانون الجزائري، أما الباب الثاني فتعرضنا من خلاله إلى تحديد نطاق مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي و مدى تطبيق أحكام المسؤولية المدنية و الجزائية، و من جملة النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

- التطور الطبي في مجال تكنولوجيا الإنجاب يؤكد اتساع مفهوم العلاج الذي لم يعد مقصورا على المعنى التقليدي الذي يقصد به شفاء المريض من أمراض أو إصابات معينة، بل تعداه ليشمل كل علاج يحقق سعادة الإنسان ويمحو عنه كل ما يسبب له من آلام نفسية واجتماعية، ولا شك أن تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب تجمع بين المفهوم التقليدي للعلاج والمفهوم الحديث فتهدف إلى علاج العقم من جهة وتحقيق سعادة الزوجين من جهة أخرى.
- يتخذ التلقيح الاصطناعي عدة صور وأساليب تقنية، الجائز منها شرعا ما لا يخرج عن إطار العلاقة الزوجية وأثناء قيامها ودون تدخل أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية.
- إن صدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة شكل لنا فعلا نظاما قانونيا لعمليات التلقيح الاصطناعي باعتبارها تقنية طبية تدخل في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، تسمح للزوجين بالإنجاب دون أي تلاقي جنسي بينهما، حيث عرفها المشرع الجزائري بأنها نشاط طبي يسمح بالإنجاب

خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عياديه وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي.

- المشرع الجزائري ومن خلال القانون رقم 18-11 وخصوصا في المواد 370 إلى 376 حدد ضوابط لعمليات التلقيح الاصطناعي، وقيده بجملة من الشروط الموضوعية والإجرائية تتمثل فيما يلي:

- وجوب قيام علاقة زوجية شرعية وقانونية
- وجوب أن يكون الزوجان في السن القانوني للإنجاب
- يجب أن يكون أحد الزوجين أو كلاهما يعاني من حالة العقم
- وجوب موافقة الزوجين ورضاهما معا
- الاقتصار في العملية على الزوجين دون تدخل أي طرف أجنبي
- تقديم طلب كتابي من طرف الزوجين
- وجود تقرير طبي يؤكد حالة العقم
- الترخيص القانوني
- المراقبة والإشراف

- يرتب التلقيح الاصطناعي جميع الآثار القانونية المترتبة عن التلقيح الطبيعي فيما يخص أحكام النسب ووجوب العدة والحق في الميراث والنفقة والحضانة، متى كان مشروعا وتم وفق الضوابط القانونية المنصوص عليها.

- لم يتطرق المشرع الجزائري للمسؤولية المدنية للطبيب وفق نصوص خاصة لذلك تبقى أحكام مسؤولية الطبيب المدنية في مجال التلقيح الاصطناعي تخضع للنصوص القانونية العامة وبذلك تقوم مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الواجب الإثبات وذلك بتوافر أركانها القانونية.

خاتمة:

- طبيعة التزام الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي إذا أخضعناه للقواعد العامة للمسؤولية المدنية يكون الزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إلا أن الخصوصية التقنية والبيو أخلاقية للتلقيح الاصطناعي تقتضي منا القول بأن التزام الطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب يمتد لأن يكون التزاما بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية فقط.

- من خلال استقراء نصوص قانون الصحة 18-11 المحددة لضوابط وشروط المساعدة الطبية على الإنجاب نجد أن العلاقة التي تربط بين الطبيب والزوجين هي علاقة تعاقدية وبذلك يمكن القول إن العقد الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي أصبح عقدا ذو طبيعة خاصة يخضع أساسا للقواعد العامة للعقود، ومنظم بنصوص قانونية خاصة، جعلت منه يدخل في فئة العقود المسماة ويخضع لنوع من الشكلية في تكوينه ويبقى مآل هذا العقد في حالة تخلف ركن الشكلية يثير إشكالا قانونيا لابد من التطرق إليه بالبحث والدراسة.

- يرتب عقد المساعدة الطبية على الإنجاب التزامات قانونية على عاتق الطبيب يمكن حصرها فيما يلي:

- أولا: الالتزامات العامة (الالتزام بالإعلام والتبصير، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالسرية)
- ثانيا: الالتزامات الخاصة (الالتزام بتنفيذ العملية وفق البيو أخلاقيات الطبية، الالتزام بالمحافظة على المواد الإنجابية).

- بالرغم من الاختلاف الفقهي حول التكيف القانوني لطبيعة المسؤولية المدنية الطبية عموما بين الأساس العقدي والأساس التقصيري إلى أن ما توصلنا إليه بخصوص العلاقة التعاقدية التي تربط بين الطبيب والزوجين يقتضي منا القول بأن مسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي هي

مسؤولية عقدية في مواجهة الزوجين وتقصيرية في مواجهة المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي.

- المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي نجدها أكثر تنظيما مقارنة بالمسؤولية المدنية، حيث نجد لها أساسا قانونيا في ظل نصوص قانون العقوبات الجزائري خاصة ما تعلق بالمسؤولية الطبية عن جرائم الإجهاض و إخفاء نسب الطفل أو التصريح بميلاد الطفل، و كذلك ما تعلق بجرائم العرض و إفشاء السر الطبي، كما نجد أن المشرع الجزائري تطرق بشكل خاص و مباشر لمسؤولية الطبيب الجزائية عن التلقيح الاصطناعي من خلال قانون الصحة 18-11 و حدد العقوبات الأصلية و التكميلية المترتبة عن مخالفة الضوابط القانونية للمساعدة الطبية على الإنجاب و عن مختلف الممارسات الغير مشروعة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

استنادا لما سبق فإننا نرى إمكانية وضع بعض الاقتراحات والحلول التي يمكن من خلالها تنظيم أحكام المسؤولية الطبية في إطارها القانوني السليم بشكل يضمن نوع من الموازنة بين المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب ويمنح الشعور بالحرية والأمان لديه عند ممارسة عمله كما يضمن في المقابل الحماية القانونية للزوجين والجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي، ومن جملة التوصيات التي يمكن الأخذ بها ما يلي:

- نوصي بضرورة الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية الخاصة بقانون الصحة الجديد 18-11، حيث أنه ومنذ صدوره تزال النصوص التنظيمية السابقة الخاصة بالقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها سارية المفعول وهذا بموجب نص المادة 449 من القانون 18-11، الأمر الذي لا يتماشى مع المستجدات التي جاء بها قانون الصحة فيما يخص أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب.

- ضرورة تنظيم أحكام المسؤولية الطبية بقانون خاص يشمل كل الأعمال الطبية بما فيها التلقيح الاصطناعي تحت مسمى " قانون المسؤولية الطبية".

- من الضروري تضمين نصوص قانونية تحمي البويضة المخصبة خارج الرحم عن طريق التلقيح الاصطناعي وتجريم الاعتداء عليها بأي طريقة كانت.

- ضرورة التطرق إلى تنظيم طرق الاستفادة من تقنية تجميد الأجنة وبنوك المني في إطار ضوابط وشروط تسند في أحكامها إلى الشريعة الإسلامية.

- ضرورة التدخل بنص صريح يمنع صور الحمل لفائدة الغير وتأجير الأرحام مع تحديد العقوبة المقررة لكل من يخالف هذا المنع.

- نرى أنه من الضرورة بمكان تنظيم أحكام المسؤولية المدنية للطبيب بموجب نصوص خاصة كون أن المسؤولية الجزائية للطبيب سواء في المساعدة الطبية على الإنجاب أو الأعمال الطبية الأخرى نجد لها أساسا قانونيا بموجب قانون العقوبات وقانون الصحة، بينما لا تزال المسؤولية المدنية للطبيب تخضع للقواعد العامة، وهذا لا يتماشى مع طبيعة الأعمال الطبية التي تمتاز بخصوصيات تجعلها تتمرد عن القواعد العامة المنصوص عليها في إطار القانون المدني.

- ضرورة تعديل العقوبات المقررة لمخالفة الضوابط القانونية للمساعدة الطبية على الإنجاب المنصوص عليها بموجب المادة 434 من قانون الصحة 18-11، والفصل بين مخالفة الشروط الموضوعية والشروط الإجرائية وهو الأمر الذي لا يقتضي نفس العقوبة.

- من الضرورة بمكان التفصيل في الجانب الإجرائي بخصوص إجراء التجارب البيولوجية، والأبحاث الطبية بخصوص استغلال البويضات

الملقحة الزائدة عن عمليات التلقيح الاصطناعي، وذلك في إطار ضوابط وشروط قانونية محددة، وهذا بموجب التنظيم المنصوص عليه في قانون الصحة 18-11.

- ضرورة التشديد في تنظيم عملية سير ومراقبة المراكز الطبية المرخص لها بإجراء نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب، وأن يجعل هذه التقنية من ضمن الأعمال الطبية المؤمن عنها.

- تحيين قانون الأسرة بما يتماشى مع قانون الصحة 18-11 خاصة ما تعلق بنظام المساعدة الطبية على الإنجاب ونسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي بنصوص مباشرة، وهذا دون الخروج عن الأحكام الشرعية والقانونية التي تحكم النسب مع مراعاة المدة الزمنية بين تلقيح البويضة وحدوث الحمل والإنجاب.

- إمكانية تضمين قانون الأسرة بنص قانوني يسمح باستخدام البصمة الوراثية في نفي وإثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي حصرا في حالات الاشتباه المتعلقة بالمواليد الناتجة عن التلقيح الاصطناعي أو الشك في أن العملية تمت دون مراعاة الضوابط والشروط المنصوص عليها في قانون الصحة 18-11.

- تفعيل حماية قانونية خاصة لضحايا الأخطاء الطبية خاصة الأجنة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي وذلك بإنشاء صندوق خاص بتعويض ضحايا الأخطاء الطبية بشكل عام والمتضررين من التلقيح الاصطناعي بشكل خاص.

- نأمل أن تكون هناك مساهمة تشريعية في تفعيل الثقافة القانونية عامة والطبية خاصة وذلك بتدريس مواد القانون عبر مختلف الأطوار التعليمة والتكوينية بالقدر الذي يمكن استيعابه حسب مستوى كل طور وهذا

خاتمة:

من أجل إرساء وعي قانوني مجتمعي يمكن من خلاله للفرد معرفة حقوقه وواجباته.

في الختام نحمد الله غز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل ونسأله القبول والتوفيق، راجينا أن نكون قد وفقنا فيما قدمناه من خلال هذه الدراسة، على أن تلقى القبول والاستحسان، فما كان فيها من صواب فذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، وما كان فيها من تقصير فمن طبيعة البشر الخطأ والنسيان، وصل الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

الملاحق

الملحق رقم 01:

قرار المجمع الفقهي المجيز للتلقيح الاصطناعي لمصلحة الزوجة الثانية

القرار الخامس
حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد. 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 انجازات طبية، توصَّل 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 باطن 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 والوسائل التي يجري 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 الاصطناعي الداخلي

الأسلوب الأول:

أن تؤخذ النطفة الذكرية، من رجل متزوج، وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته، أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء 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 مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني:

أن تؤخذ نطفة من رجل، وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر، حتى يقع التلقيح داخلياً، ثم العلوق في الرحم، كما في الأسلوب الأول. ويلجأ إلى هذا الأسلوب، حين يكون الزوج عقيماً، لا بذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي

الأسلوب الثالث:

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته، 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 وتتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية، تلده الزوجة طفلاً أو طفلة. وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي، الذي يسره الله، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكوراً وإناثاً وتوائم، تناقلت أخبارها الصحف العالمية، ووسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث، عندما تكون الزوجة عقيماً، بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يجري 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 مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس:

أن يجري 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 ذلك، حينما تكون المرأة المتزوجة - التي زرعت اللقيحة فيها - عقيماً، بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم، وزوجها أيضاً عقيم ويريدان ولداً.

الأسلوب السادس:

أن يجري 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 منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفهاً، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

الأسلوب السابع(*):

هو السادس نفسه إذا كانت المتطوعة بالحمل، هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها.

(*) تنبيه: مما يجب التنبيه عليه أن مجلس المجمع الفقهي أصدر في قراره الثاني من الدورة الثامنة سحب حالة الجواز هذه، انظر: د/ ٨، ق/ ٢، ص١٥٩-١٦١.

وهـذا الأسـلوب لا يجـري في الـبلاد الأجنبيـة، التـي يمنـع نظامهـا تعـدد الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي، الذي حققه العلـم، لمعالجـة أسـباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع، فيما نشر وأذيـع - أنـه يـتم فعـلاً تطبيقـه في أوروبـا وأمريكا- من استخدام هذه الإنجازات، لأغراض مختلفة: منها تجاري، ومنها مـا يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشري)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبـة في الأمومـة لدى نـساء غـير متزوجـات، أو نـساء متزوجـات، لا يحملـن لـسبب فـيهن، أو أزواجهن، وما أنشيء لتلك الأغراض المختلفة من مـصارف النطـف الإنـسانية، التي تحفظ فيها نطف الرجال، بصورة تقانية، تجعلهـا قابلـة للتلقـيح بهـا إلى مـدة طويلة وتؤخذ من رجال معينين، أو غير معينين تبرعاً، أو لقاء عوض، إلى آخر ما يقال إنه واقع اليوم في بعض بلاد العالم المتمدن.

النظر الشرعي بمنظار الشريعة الإسلامية:

هذا، وإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد النظر فـيما تجمـع لديـه مـن معلومات موثقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها، لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة ومـا تـستلزمه، **قـد انتهـى إلى القرار التفصيلي التالي:**

أولاً: أحكام عامة:

(أ) إن انكشاف المرأة المسلمة، على غـير مـن يحـل شرعـاً بينهـا وبينـه الاتـصال الجنسي، لا يجوز بحال من الأحوال، إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف.

(ب) إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو مـن حالـة غـير طبيعيـة في جسمها، تسبب لها إزعاجاً، يعتبر ذلك غرضاً 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.

ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها، إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

١- إن حاجة المرأة المتزوجة، التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضاً مشروعاً، يبيح معالجتها بالطريقة المباحة، من طرق التلقيح الاصطناعي.

٢- 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 إلى هذه العملية لأجل الحمل.

٣- إن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما 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 أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوفر الشرائط العامة الآنفة الذكر.

٤- 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.

٥- 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 به.

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.

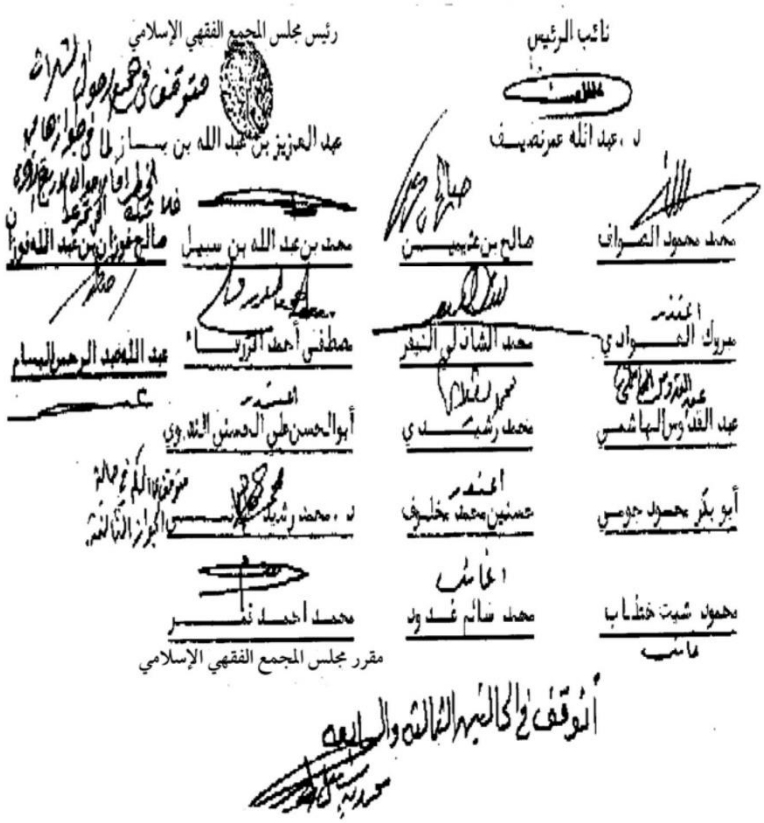
٦- أما الأساليب الأربعة الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقين الداخلي والخارجي - مما سبق بيانه- فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف، أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته، وشاعت، فإن مجلس المجمع: ينصح الحريصين على دينهم أن لا 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 صواباً.

والله سبحانه أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق.

التوقيعات على قرار
حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب



الملحق رقم 02:

قرار المجمع الفقهي الذي تراجع فيه عن فتوى إجازة التلقيح الاصطناعي لمصلحة الزوجة الثانية

القرار الثاني
بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب

الحمد لله وحده، الصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد. وبعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥هـ إلى يوم الإثنين ٧ جمادى الأولى ١٤٠٥هـ الموافق ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥م، قد نظر في الملاحظات، التي أبداها بعض أعضائه، حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة، من البند الثاني من القرار الخامس، المتعلق بالتلقيح الصناعي، وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة، المنعقدة في الفترة مابين ١١-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٤هـ. ونصها:

«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.

وملخص الملاحظات عليها:

«إن الزوجة الأخرى، التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها، على حمل اللقيحة، من معاشرة الزوج لها، في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت 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 أيضاً 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 أدلى بها أطباء 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.

قـــرر المجلس:

سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع، المشار إليها من قرار المجمع، الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤هـ 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 طريقتين أساسيتين:

- طريق التلقيح الداخلي، وذلك بحقن نطفة الرجل، في الموضع المناسب من باطن 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 الطريقتين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية.

وقد تبين لمجلس المجمع الفقهي، من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع، ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة، أن الأساليب، والوسائل التي يجري 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 الاصطناعي الداخلي:

الأسلوب الأول:

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل زوجته، أو رحمها، حتى تلتقي التقاء 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 مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني:

أن تؤخذ نطفة من رجل، وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ثم العلوق في الرحم، كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيماً لابذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

في طريق التلقيح الخارجي

الأسلوب الثالث:

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته، 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 وتتخلق ككل جنين. ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية، تلده الزوجة طفلاً أو طفلة. وهذا هو طفل الأنبوب، الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد، ذكوراً وإناثاً وتوائم، تناقلت أخبارها الصحف العالمية، ووسائل الإعلام المختلفة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث، عندما تكون الزوجة عقيماً، بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يجري 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 مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليم، قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس:

أن يجري 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 ذلك، حينما تكون المرأة المتزوجة، التي زرعت اللقيحة فيها، عقيماً بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم، وزوجها عقيم ويريدان ولداً.

الأسلوب السادس:

أن يجري 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 منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل؛ ترفها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

- هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع الفقهي، فيما نشر وأذيع أنه يتم فعلاً تطبيقه في أوروبا وأمريكا من استخدام هذه الإنجازات، لأغراض مختلفة، منها تجاري ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع البشرى)، ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة، لدى نساء غير متزوجات، أو نساء متزوجات، لا يحملن بسبب فيهن، أو في أزواجهن، وما أنشيء لتلك الأغراض المختلفة، من مصارف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجال، بصورة تقانية، تجعلها قابلة للتلقيح بها إلى مدة طويلة، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين، تبرعاً أو لقاء عوض، إلى آخر ما يقال إنه واقع اليوم في بعض بلاد العالم.

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، وماتستلزمه، قد انتهى إلى **القرار التفصيلي التالي:**

أولاً: أحكام عامة:

(أ) إن انكشاف المرأة المسلمة، على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي، لا يجوز بحال من الأحوال، إلا لغرض مشروع، يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف.

(ب) إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها، تسبب لها إزعاجاً -يعتبر ذلك غرضاً 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.

ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها، إلا بحضور زوجها، أو امرأة أخرى.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

١- إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضاً مشروعاً، يبيح معالجتها بالطريق المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

٢- 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 إلى هذه العملية، لأجل الحمل.

٣- إن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية، من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما 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 أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوافر الشرائط العامة الآنفة الذكر.

٤- وفي حالتي 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.

٥- **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 هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي - بوجه عام - من ملابسات، حتى في الصورتين الجائزتين شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف، أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع الفقهي: ينصح الحريصين على دينهم، أن لا يلجأوا إلى ممارسته، إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف، أو اللقائح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع الفقهي، في هذه القضية، ذات الحساسية الدينية القوية، من قضايا الساعة، ويرجو الله أن يكون صواباً، والله سبحانه أعلم، وهو الهادي إلى سواء السبيل، وولي التوفيق.

وصلى الله على سيدنا محمد، على آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، والحمد لله رب العالمين.

التوقيعات على قرار
بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب

وقد تخلف عن الحضور في هذه الدورة كلاً من: فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي، معالي الدكتور محمد رشيدي، فضيلة الشيخ عبد القدوس الهاشمي، معالي اللواء ركن محمود شيت خطاب، فضيلة الشيخ حسنين محمد مخلوف، فضيلة الشيخ أبو الحسن علي الحسني الندوي.

الملحق رقم 03:

قرار دار الإفتاء الأردنية بشأن مسودة قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب

أضيف بتاريخ : 28-10-2015

قرار رقم: (118) تعديلات مقترحة على مسودة مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب

بتاريخ: 16/ 10/ 1427هـ ، الموافق: 8/ 11/ 2006م

اطلع مجلس الإفتاء على كتاب سماحة قاضي القضاة، المتضمن طلب عرض (مسودة مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب) على مجلس الإفتاء لبيان الرأي الشرعي.

والجواب وبالله التوفيق:

رأى المجلس ما يلي:

أولا: المادة: (5) التي نصت على:

(يحظر اللجوء إلى التقنيات الطبية إلا من قبل زوجين على قيد الحياة، وفي حالة زواج قائم بواسطة أمشاج متأتية منهما)

رأى المجلس إجراء تصحيح على كلمة (بواسطة)، بحيث تصبح (بوساطة).

ثانياً: المادة: (6) فقرة: (ب) التي نصت على:

(يحظر تلقيح الأمشاج في إطار التقنيات الطبية إلا بموافقة خطية من قبل الزوجين المعْنِيَّيْن).

رأى المجلس إضافة عبارة: (من أمشاج متأتية منهما)، بحيث تصبح هذه الفقرة كما يلي:

(يحظر تلقيح الأمشاج في إطار التقنيات الطبية إلا بموافقة خطية من قبل الزوجين المعْنِيَّيْن من أمشاج متأتية منهما).

المادة: (6) فقرة: (ب) التي نصت على:

(يحظر زرع الأجنة إلا بموافقة الزوجين المعنيين خطياً وفق الأنموذج المعد لذلك من الوزارة).

رأى المجلس إضافة عبارة: (الحاصلة من أمشاج متأتية من زوجين إلا بموافقتهما)، بحيث تصبح هذه الفقرة كما يلي:

(يحظر زرع الأجنة الحاصلة من أمشاج متأتية من زوجين إلا بموافقتهما خطياً وفق الأنموذج المعد لذلك من الوزارة).

ثالثاً: المادة (10): فقرة (أ): المتعلقة بتشكيل اللجنة الفنية للتقنيات الطبية التي نصت على أن يكون من أعضائها:

– طبيبين اختصاصيين من ذوي الخبرة في مجال التقنيات الطبية ممثلين للنقابة يسميهما النقيب.

رأى المجلس أن يسمى الطبيبين المذكورين مجلس النقابة.

فقرة: (د): نصت هذه الفقرة على:

(للوزير إنهاء عضوية أي من أعضاء اللجنة بناء على تنسيب رئيسها، والطلب من الجهة التي قامت بتسميته تسمية بديل له).

رأى المجلس تعديل هذه المادة بإضافة عبارة: (مع بيان الأسباب)، بحيث تصبح صياغة هذه الفقرة كما يلي:

(للوزير إنهاء عضوية أي من أعضاء اللجنة بناء على تنسيب رئيسها، مع بيان الأسباب، والطلب من الجهة التي قامت بتسميته تسمية بديل له).

فقرة: (هـ) نصت هذه الفقرة على:

(تجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها أو نائبه عند غيابه مرة على الأقل كل شهر، ويكون اجتماعهما قانونياً بحضور ما لا يقل عن ثلاثة من أعضائها، على أن يكون الرئيس أو نائبه من بينهم، وتصدر قراراتها بأكثرية أصوات أعضائها).

رأى المجلس إجراء تعديل على هذه الفقرة بحيث تصبح كالتالي:

(تجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها أو نائبه عند غيابه مرة على الأقل كل شهر، ويكون اجتماعهما قانونياً بحضور ما لا يقل عن ثلاثة من أعضائها بالإضافة إلى الرئيس أو نائبه، وتصدر قراراتها بأكثرية أصوات أعضائها).

رابعاً: المادة: (11) فقرة (أ) التي نصت على:

(يحظر استخدام التقنيات الطبية لغايات تجارية، أو بقصد تكوين جنين بهدف انتقاء النسل لأسباب غير طبية).

رأى المجلس زيادة عبارة: (أو بقصد الاستفادة من جنين، أو أعضائه، أو عند وجود مرض تخص جنساً دون الآخر، مثل: مرض الهيموفيليا).

خامساً: المادة: (13) المتعلقة فيما يحظر في مجال التقنيات الطبية، فقرة: (أ) التي نصت على الاستنساخ وتقنياته :

رأى المجلس أن تصاغ هذه الفقرة كما يلي:

(الاستنساخ ومقوماته فيما عدا استنساخ الأعضاء من الخلايا الأساسية لغايات زراعة الأعضاء البشرية للشخص نفسه).

سادساً: المادة: (13) المتعلقة فيما يحظر في مجال التقنيات الطبية أيضاً، أوصى المجلس بإضافة فقرة جديدة إلى هذه المادة تنص على:

(التوسع والزيادة في عمليات الأمشاج والأجنة عند العدد الضروري المطلوب).

سابعاً: المادة: (15) التي نصت على:

(تتلف بموافقة الزوجين الأجنة الزائدة الناتجة عن العمليات المشروعة بموجب أحكام هذا القانون تحت إشراف الطبيب الذي يتولى المسؤولية الفنية).

رأى المجلس ضرورة تحديد مدة لإتلاف الأجنة الزائدة.

ثامنا: المادة: (16)، فقرة: (ب) والتي نصت على:

(أن يتم حفظ الأمشاج والأجنة لمدة لا تتجاوز عشر سنوات بطلب خطي من الزوج المعني بالنسبة إلى الأمشاج، ومن الزوجين بالنسبة إلى الأجنة).

رأى المجلس أن مدة العشر سنوات المذكورة في هذه الفقرة مدة طويلة، وأوصى بضرورة تحديدها حسب رأي أهل الاختصاص.

تاسعا: المادة: (17) التي نصت على:

(أ- على الرغم مما ورد في المادتين (4، 5) أعلاه، للوزير – بناء على تنسيب اللجنة – الموافقة للشخص غير المتزوج، والذي يخضع لعلاج، أو الذي يستعد للخضوع إلى عمل طبي من شأنه أن يؤثر على قدرته على الإنجاب، واللجوء إلى تجميد أمشاجه بقصد استعمالها لاحقاً في إطار رابطة زواج شرعي، وفي نطاق التقنيات الطبية، وطبقاً للقواعد والشروط الواردة في هذا القانون.

ب- يتم إتلاف الأمشاج للشخص المذكور بالفقرة (أ) أعلاه في حال عدم دفعه البدل المقرر، أو استعادته القدرة الطبيعية على الإنجاب، أو وفاته).

رأى المجلس شطب هذه المادة؛ لأنه يشترط في عملية الأمشاج أن تكون أثناء زواج شرعي قائم فعلاً. والله تعالى أعلم.

دار الإفتاء

رئيس مجلس الإفتاء

قاضي القضاة / د. أحمد محمد هليل

د. ياسر الشمالـي

د. عبدالسلام العبادي

الشيخ سعيد الحجاوي

د. واصف عبدالوهاب البكري

الشيخ نعيم محمد مجاهد

د. يوسف علي غيظان

الشيخ عبد الكريم الخصاونة

الملحق رقم 04:

فتوى حديثة لدار الإفتاء الأردنية بشأن التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج

الموضوع : حكم زرع النطفة الملقّحة بعد وفاة الزوج

رقم الفتوى : 3592

التاريخ : 2020-09-27

السؤال :

اتفق زوج وزوجته على زرع نطفة مخصبة منهما في الرحم، ولم يتمّ ذلك بسبب كورونا، وبقيت النطفة في ثلاجة المستشفى، وحصلت وفاة للزوج بعد ذلك، هل يجوز زرع تلك النطفة الملقّحة بعد وفاته، وخصوصاً أن الأهل من الطرفين كانوا على علم بذلك، والكادر الطبي وثق المعاملة عندهم.

الجواب :

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله

إنجاب الأطفال بالطرق غير الطبيعية مثل عملية أطفال الأنابيب لا يباح إلا عند الحاجة، ويشترط لإباحتها عند ذلك أن تكون البويضة والحيوان المنوي من الزوجين، وأن تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة، وكل ذلك أثناء عقد نكاح شرعي صحيح، وحال قيام الزوجية بين الزوجين.

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردنية (مادة 157/ب): "لا يثبت نسب المولود لأبيه إلا:

1. بفراش الزوجية، أو: 2. بالإقرار، أو: 3. بالبينة".

وعليه؛ يحرم على المرأة إجراء عملية أطفال الأنابيب لإدخال النطف بعد وفاة الزوج، كما يحرم إخفاء وفاة الزوج لمحاولة إتمام تلك العملية؛ لأنّ العلاقة الزوجية تنقطع بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين. والله تعالى أعلم.

الملحق رقم 05

ملف رقـــم 399828 قـــرار بتاريخ 2008/01/23

قضيـــة (ع-ع-ق) ضـــد (ع-ب)

الموضـــوع : **مسؤوليـــة مدنية – مسؤولية طبية – خطأ طبي – تعويض.**

المبـــدأ : يعني الالتزام ببذل عناية، الواقع على عاتق الطبيب، بذل الجهود الصادقـــة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتـــة.

إن المحكمـــة العليـــا

في جلستهـــا العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنـــون، الجزائـــر.

بعـــد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصـــه :

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 ومـــا يليها من قانـــون الإجراءات المدنيـــة.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعـــن بالنقض المودعة بتاريخ 2005/06/15.

بعد الاستماع إلى السيد/ سعد عزام محمد المستشار المقرر في تلاوة تقريـــره المكتوب و إلى السيد/ صحراوي عبد القادر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعـــن.

حيث طلب المسمى (ع-ع) الطبيب الجراح بواسطة محاميه الأستاذ بومرداسي حسيبة نقض قرار صادر من مجلس قضاء تبسة في 4-4-2005 الذي قضـــى

بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديله باعتماد الخبرة المنجزة من الطبيب قاضي وتخفيض المبلغ المحكوم به إلى سبعمائة ألف دج (700000 دج) مع تحميل المستأنف فرعيا المصاريف القضائية.

حيث أن المطعون ضده لم يجب رغم صحة الاستدعاء.

حيث أن النيابة العامة في طلباتها المكتوبة طالبت برفض الطعن.

وحيث أن الطعن بالنقض أستوفى أوضاعه القانونية لذلك يتعين قبوله شكلا.

حيث يستند الطاعن في طلبه إلى ثلاثة أوجه للطعن.

الوجه الأول : المأخوذ من تناقض الأسباب م.233/ 4 من ق.ا.م.

كون القرار لم يجب عن طلب خبرة أخرى وأشار إلى أن هذا الطلب لا يأتي بالجديد ثم عكس ذلك فإن الدكتور (ع-ل) في تقريره في 22-11-04 أكد أن الطبيب الجراح هو الذي له الصلاحيات في استئصال الكلية وكذا القرار من جهة يؤكد بأن الخبرة غير جدية ومن جهة يقر أن القاضي الأول عندما أستبعد الخبرة ومنح التعويض إجراء غير سليم وبالتالي هناك تناقض بالقرار.

الوجه الثاني : مأخوذ من مخالفة القانون.

كون القرار ناقش الخبرة وتوصل إلى حفظ التعويض وهذا لم يطلب منه أحدا في ذلك وبالتالي حكم بأكثر مما طلب.

الوجه الثالث : مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للحكم.

كون الطاعن قام بكل الإجراءات التي يمليها عليه ضميره وأخلاقيات المهنة إذ كشف أن الكلية اليمنى متعفنة وطبقا لأعراف المهنة وأخلاقها يستوجب استئصالها وبالتالي ليس هناك خطأ مهني وليست هناك سوء نية وبالتالي القرار غير مؤسس تأسيسا قانونيا.

وعلـــــــيه فـــإن المحكمـــة العلـــــيا

الـــــــرد :

عن الوجه الأول والثالث لتطابقهما:

حيث الثابت من الملف أن المطعون ضده أتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على نزع لـــــــه حصاة من إحدى كليته لكن الجراح نزع له الحصاة وكلية الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب.

حيث من المقرر فقها وقضاء أن إلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب بتحقيق نتيجة .

حيث يعني الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية.

حيث ان الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب .

حيث بهذا الصدد أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى نزع الكلية

مبالغ فيه و لم يكن هناك داع لذلك وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعـــــــد وأخلقيات

المهنـــــــة وأن المسؤولية قائمة في حقه .

حيث أن قضاة الموضوع ناقشوا هذه الخبرة طبقا لسلطاتهم التقديرية التي لا رقابة للمحكمة العليا عليهم وتوصلوا إلى أن الطاعن أخطأ وهذا الخطأ سبب ضررا للمطعون ضده وأن هنـــــــــاك علاقة سببية بينهما وعليه فان الوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضهما.

عـــن الوجـــه الثاني :

حيث خلافا لمزاعم الطاعن فان التعويض الممنوح للضحية المطعون ضده كان طبقا للأضرار اللاحقة به وأن قضاة الموضوع قدروا تلك التعويضات طبقا للأضرار اللاحقة بالضحية وحددوا العناصر لذلك التعويض وبالتالي هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه ومن ثمة رفض الطعـــن.

حيث أن المصاريف القضائية على الطاعـــن.

فلهـــــــذه الأســـــــبـاب

قـــررت المحكمـــة العليـــا :

بقبـــول الطعن شكلا وبرفضه موضوعـــا.

وبإبقـــاء المصاريف على الطاعـــن.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث والعشرون من شهر جانفي سنة ألفين وثمانية من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية القسم الأول والمتركبة من الســـــادة :

بوزياني نذيـــــر	رئيس الغرفـــــة رئيســـا
سعد عزام محمـــد	مستشـــارا مقـــــــررا
كراطار مختاريـــة	مستشـــــــــــــارا
حفيان محمـــــد	مستشـــــــــــــارا
زرهوني زوليخـــة	مستشـــــــــــــارا

بحضـــور السيـــدة بـــن عبـــد الله ناديـــة المحامـــي العـــام،

وبمساعـــدة السيـــدة حفصـــة كمـــال أميـــن الضبـــط.

الملحق رقم 06

ملف رقم 297062 قرار بتاريخ 24 / 06 / 2003

قضية (ز-ف) ضد (النيابة العامة)

الموضوع : مسؤولية طبية -عناية فقط-لا-خبرة وجوبية -نعم .

المبـــدأ : تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيـــب علـــى أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا.

الاستعانة بخبرة فنية وجوبية .

إن المحكمة العليا

بعد الاستماع إلى السيد مختار سيدهم المستشار المقرر في تلاوة تقريـــره المكتوب، وإلى السيد بلهوشات أحمد المحامي العام في طلباته الكتابية.

بعد الإطلاع على الطعن بالنقض المرفوع من طرف (ب-ف) ضد قرار غرفة الاتهام لمجلس قضاء قسنطينة الصادر بتاريخ 2001/11/26 الذي قضى بتأييد الأمرالمستأنف الصادر عن قاضي التحقيق لدى محكمة قسنطينة بتاريخ 2001/09/30 الرامي إلى رفض الادعاء المدني.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أن المحامي العام لدى المحكمة العليا قدم طلباته الكتابية الراميـــة إلى نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن الطاعن أودع مذكرة بواسطة محاميه الأستاذ كمال فيلالي أثار فيها وجهين للنقض.

حيث يستخلص من وقائع الدعوى ما يلي:

بتاريخ 2001/07/03 تقدم الطاعن بشكوى في حق ابنه القاصر (أ) مع الادعاء المدني ضد (د-م) مصرحا أن المشكو منه يمارس مهنة طبيب مختص في أمراض النساء وأنه بهذه الصفة كان يتولى مراقبة حمل زوجته التي أخذت بجميع النصائح التي قدمها لها لكن نظرا للخطأ الجسيم الذي ارتكبه الطبيب فقد ولد له طفل بعينين مغلقتين وكان بإمكان أن يتفادى ذلك لـــو تمـــت مراقبة الأم بصورة عادية.

عن الوجهين المثارين من الطاعن لاتحاد هما في الموضوع :

بدعوى أن القرار المطعون فيه اكتفى في تعليله بالقول أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة وبالتالي فانه لم يرتكب أي خطأ مهني لكن القرار المذكور لم يشر إلى وثائق أو نصوص بينما كان هو قد قدم لقاضـــي التحقيق ملفا طبيا يبين بان زوجته ب-س خضعت لتحاليل من طرف طبيب بيولوجي بتاريخ 98/11/29 تبين من خلالها أنها مصابة بـــداء المقوســـات TOXOPLASMOSE الذي كان السبب في تشويه الجنين وأن عدم المراقبـــة لهذا المرض خلال 21 يوما كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي شكل خطـــأ مهنيا جسيما وفقا للمادة 239 من قانون الصحة.

حيث أن القرار المطعون فيه ارتكز فعلا على حيثية واحـــدة بـــالقول أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

وحيث أنه لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايتـــه المطلوبـــة منـــه دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال أو استـــشارة مجلس الأخلاقيات الطبية الجهوي المنشأ بموجب المرســـوم التنفيـــذي رقـــم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها مما جعل تعليله غـــير مستـــساغ منطقيـــا وقانونيا نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض.

لهـــذه الأسبـــاب

تقضـــي المحكمـــة العليـــا-الغرفة الجنائية –

بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلا أخر للفصل فيها مجددا.

المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية .

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليـــا -الغرفـــة الجنائية – والمشكلة من السادة:

بوشناقي عبد الرحيم	الرئـــــيس
سيدهم المختار	المستشـــــار المقـــــرر
يحي عبد القادر	المستشـــــار
المهدي إدريس	المستشـــــار
مـــــناد شارف	المستشـــــار
اسما ير محمد	المستشـــــار
قارة مصطفى محمد	المستشـــــار
بن شاوش كمال	المستشـــــار
بريم محمد الهادي	المستشـــــار

بحضور السيد بلهوشات أحمد المحامي العام.

و بمساعدة السيد حاجي عبد الله أمين قسم الضبط.

الملحق رقم 07

المحور الاول: محكمة الجنايات | حكم فاصل في الدعوى المدنية

ملف رقم 630515 قرار بتاريخ 2010/10/21

قضية (ب.س) ضد الحكم الصادر في 2009/02/23 والنيابة العامة

الموضوع: دعوى مدنية تبعية

الكلمات الأساسية: محكمة الجنايات - طرف مدني - تعويض.

المرجع القانوني: المادتان: 2 و316 من قانون الإجراءات الجزائية.

المبدأ: لا يجوز لمحكمة الجنايات الحكم للطرف المدني بالتعويض، إذا ثبت لها حصوله عن تعويض عن نفس الضرر، بموجب اتفاق حاصل بينه وبين المتهم.

إن المحكمة العليا

بعد الاستماع إلى السيد بورونية محمد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة دروش فاطمة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

بعد الاطلاع على الطعن بالنقض المرفوع من طرف المحكوم عليه (ب.س) بتاريخ 2009/03/02 ضد الحكم الصادر بتاريخ 2009/02/23 عن محكمة الجنايات لمجلس قضاء أم البواقي والقاضي في الدعوى المدنية بإلزامه بدفعه للطرف المدني مبلغ 200.000دج كتعويض عن مختلف الأضرار التي لحقت به وذلك بعد تسديده الرسوم القضائية.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث أن المحكوم عليه الطاعن أودع مذكرة لتدعيم طعنه بواسطة الأستاذ بن فاتح عبد الحفيظ، المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا أثار فيها **وجها وحيدا للنقض: مأخوذا من انعدام وقصور الأسباب،**

بدعوى أنه بالرغم من تقديم دفاعه محضر صلح محرر أمام محضر قضائي أمام محكمة الجنايات بتنازل الطرف المدني بموجبه عن جميع التعويضات التي قد يقوم بطلبها أمام الجهات القضائية مقابل مبلغ

400.000دج نتيجة الضرر الذي أصابه إلا أن محكمة الجنايات المذكورة قبلت تأسيس الطرف المدني وقضت له بتعويض قدره 200.000دج .

حيث أن الطعن بالنقض المرفوع من طرف المحكوم عليه (ب. س) قد استوفى أوضاعه القانونية الأمر الذي يتعين معه التصريح بقبوله شكلا.

حيث أن حاصل ما ينعاه المحكوم عليه الطاعن في الوجه الوحيد وجيه ذلك أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن محكمة الجنايات تكون بتأسيسها لحكمها على دفع محامي المتهم إثر قيام هذا الأخير بطلب استبعاد تأسيس الضحية طرفا مدنيا لوقوع صلح سابق وأخذه تعويضات خارج المحكمة وذلك بإشارتها أن الدفع مردود عليه على أساس أن التنازل عن التعويض والإشهاد به قبل المحاكمة لا يحرمه من المطالبة بحقوقه المدنية مجددا قد أخطأت في تطبيقها للقانون بحيث لا يجوز الحصول على تعويضات مرتين ناجمة عن واقعة واحدة إثر الاتفاق الحاصل بين الطرفين أمام محضر قضائي.

حيث انه متى كان ذلك يتعين التصريح بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه.

فلهـــذه الأســـباب

تقضي المحكمة العليا – الغرفة الجنائية- القسم الثاني:

بقبول الطعن بالنقض المرفوع من طرف المحكوم عليه (ب. س) شكلا.

وفي الموضوع بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس الجهة القضائية مشكلة من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

وجعل المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العامة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا - الغرفة الجنائية - القسم الثاني المتركبة من السادة:

بوسنـة محمـــد	رئيس القسم رئيسا
بوروينـة محمـــد	مستشارا مقررا
حميسي خديجة	مستشارة
فنتيـز بلخيـــر	مستشارا
زناسنـي ميلـود	مستشارا

بحضور السيدة: دروش فاطمة – المحامي العام.

وبمساعدة السيد: حاجي عبد الله – أمين الضبط.

الملحق رقم 08

الغرفة المدنية

ملف رقم 1193813 قرار بتاريخ 2018/06/21

قضية الشركة الوطنية للتأمين وكالة عين مليلة ضد (ن. ق) و عيادة طب العيون للدكتور (د.س)

الموضوع: مسؤولية عقدية

الكلمات الأساسية: التزام عقدي - طبيب - إخلال - ضرر- تعويض.

المرجع القانوني: المادتان 119 و182 من القانون المدني.

المادة 43 من المرسوم التنفيذي 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

المبدأ: يلتزم الطبيب بإعلام المريض بنتائج العملية الجراحية والآثار الجانبية للعلاج والأخطار المحتمل حدوثها. وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام يتحمل الطبيب عبء دفع تعويض مناسب للمريض.

لا يمثّل التصريح الموقّع من قبل المريض، الذي يحمل عبارة - يتحمل المريض النتائج السلبية للعملية - أي حجية ولا يعفي الطبيب من المسؤولية.

إن المحكمـــة العلـــيا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2016/06/30 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيدة بن نعمان ياسمينة المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى السيد بوزيد لخضر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طلبت الطاعنة الشركة الوطنية للتأمين "س ا ا" وكالة عين مليلة رمز 2901 ممثلة بمديرها بواسطة الأستاذ زغلول جمال المحامي المقبول لدى المحكمة العليا نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء أم البواقي بتاريخ 2016/05/05 فهرس رقم 16/01066 القاضي.

في الشكل: ضم القضية رقم 2016/320 للقضية رقم 2016/319 وقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي.

وفي الموضوع: تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنفة عيادة طب العيون بعين مليلة للدكتور (د.س) المصاريف القضائية.

حيث قدم المطعون ضده (ن.ق) مذكرة رد بواسطة الأستاذ شافعي عبد الحميد طلب فيها رفض الطعن لعدم التأسيس.

حيث قدمت النيابة العامة طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن لعدم التأسيس.

حيث استوفى الطعن أشكاله وأوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث يستند الطاعن في طلبه **إلى وجهين للنقض.**

الوجه الأول: انعدام الأساس القانوني المادة 8/358 من ق ا م وا ،

مفاده أن قضاة الموضوع لم يحددوا العلاقة السببية بين الخطأ المهني والضرر الذي أصاب المطعون ضده إذ أن الخبرات لم تؤكد بأن الضرر الذي أصاب المطعون ضده خطأ طبي بل أكدت الخبرات أن تفاقم ضرر المطعون ضده كان نتيجة تهاون منه وليس بخطأ مهني.

وأن قضاة المجلس قد حملوا الطاعنة المسؤولية المدنية بصفتها ضامنة وذلك بدفع تعويض قدره 1000.000.00 دج عن الخطأ الطبي وهذا بالرغم من أن المطعون ضده قدم للعيادة الطبية التصريح الشرفي المحرر في 2008/12/29 مفاده قبول إجراء العملية الجراحية على العين اليسرى

وذلك مع تحمله أي أضرار سلبية ناتجة عن العملية إلا أن قضاة المجلس استبعدوا التصريح الشرفي لأنه مخالف للالتزامات التعاقدية، لكن قضاة الموضوع لم يبينوا الالتزام التعاقدي، وبين من كان هذا الالتزام هل كان بين العيادة والمريض أم بين شركة التأمين والمريض، وكان لا بدّ من إظهار هذا العقد وما هو محتواه لكن بالرجوع إلى الملف لا توجد أي علاقة تعاقدية ممّا يفيد بأن قضاة المجلس لما أشاروا بوجود التزام تعاقدي لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني ويعرض القرار للنقض.

الوجه الثاني: قصور التسبيب المادة 10/358 من ق ا م وا،

مفاده أن قضاة المجلس أسسوا قضاءهم على أن الخطأ كان مهنيا ومن ثمة قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإلزام شركة التأمين بأن تدفع للمطعون ضده مبلغ 1000.000.00 دج دون أن يبين الوقائع التي استند إليها ولم يبين مؤداها بيانا كافيا وكيفية التوصل إلى إلزام الشركة بأن تدفع للمطعون ضده مبلغ 1000.000.00 دج كما أن القرار لم يبرز العناصر والأركان المطلوبة للقول بقيام العلاقة التعاقدية والمجلس بعدم تطرقه إلى هذه الطريقة لم يمنح لقراره تسبيبه القانوني.

وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجهين معا لتكاملهما:

حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الدعوى ترمي إلى إلزام المطعون ضدها عيادة طب العيون للطبيب (د.س) تحت ضمان الطاعنة بتعويض المطعون ضده بمبلغ 5000.000.00 دج واحتياطيا إجراء خبرة تكميلية لتحديد نسبة العجز اللاحقة به نتيجة العملية الجراحية التي أجريت له على مستوى العين اليسرى من طرف المطعون ضدها عيادة طب العيون للدكتور (د.س) بتاريخ 2008/12/22 كونه كان مريضا بمرض الساد وبعد إجراء عدة خبرات قضائية صدر الحكم المعاد قضى بإلزام المطعون ضدها تحت ضمان شركة التأمين بتعويض المطعون ضده بمبلغ 1000.000.00 دج عن الضرر اللاحق به والذي تمّ تأييده بالقرار المطعون فيه.

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه جاء مؤسسا على نتائج خبرات كانت قد أمرت بها المحكمة واقتنع بها قضاة الموضوع إذ تبين منها وجود التهاب لباطن العين بعد جراحة ساد العين وأنه طبقا للخبرة المنجزة من طرف رئيسة قسم جراحة طب العيون بمستشفى قسنطينة والتي اتفقت مع خبرة الطبيب الشرعي زين حسن بأن التهاب وتعفن العين ظهر بعد العملية الجراحية الثانية وهذا ما يبرز العلاقة السببية كما يرد على الطاعنة أن الدفع بعدم تحديد العلاقة السببية بين الخطأ المهني والضرر الذي أصاب المطعون ضده أنه جاء في غير محله ذلك أن عناصر مسؤولية الطبيب المطعون ضدها الأولى مستمدة من المادة 154 من قانون حماية الصحة والمادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات الطبيب والتي تبين أن أساس التزام الطبيب الجراح المطعون ضدها الأولى نحو المريض المطعون ضده الثاني هو العقد الطبي وبالنتيجة تكون مسؤولية الطبيب تعاقدية كون أنه يقع على عاتق الطبيب إعلام المريض بنتائج العملية الجراحية والآثار الجانبية للعلاج والأخطار المحتمل حدوثها والأخطار التي تحدث بصفة استثنائية نتيجة للعملية الجراحية بالخصوص خطر التعفن الذي يؤدي إلى فقدان البصر وأبرز القضاة إخلال المطعون ضدها بإعلام المطعون ضده الثاني بأن جراحة ساد العين قد ينتج عنها التهابات وتعفن العين وغيرها من النتائج التي تؤدي إلى الفقدان الوظيفي للعين وأن العملية الجراحية الثانية ستتمثل في نزع الخيط وتسوية العدسة كون المطعون ضده لم يبد اتفاقه صراحة على عملية تسوية العدسة.

وبما أن القضاة استبعدوا على صواب التصريح الشرعي المتمسك به من طرف المطعون ضده الثاني كونه لا يحوز على أي قوة ثبوتية لأنه لا يتضمن أي شرح للأخطار المتعلقة بالعملية الجراحية واكتفى الطبيب بذكر عبارة عامة بأن المريض يتحمل النتائج السلبية للعملية وأن التعويض المحكوم به مؤسس على أحكام المادة 182 من القانون المدني وعكس ما تدعيه الطاعنة فإن تقيد القضاة بهذه المعايير لتحديد المسؤولية ولتقدير التعويض يكونوا قد أعطوا قرارهم أساسا قانونيا ولم يشوبوه بعيب القصور في التسبيب لذا يتعين رفض الوجهين ومعهما رفض الطعن.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الطعن طبقا للمادة 378 من ق إ م و إ.

فلهـــذه الأســـباب

قـــررت المحكمـة العليا:

قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا.

وبإبقاء المصاريف القضائية على الطاعنة.

بذا صـدر القـرار ووقـع التصريح به في الجلسة العلنيـة المنعقـدة بتـاريـخ الواحد والعشرون من شهـر جـوان سنـة ألفين وثمانية عشر من قبل المحكمة العليـا - الغرفة المدنية - القسم الأول، والمتركبة من السـادة:

بوزيـانـــي نـذيـــــــر	رئيس الغرفة رئيسا
بن نعمـــان ياسمينـــــة	مستشـارة مقـــررة
كراطـار مختاريـــــة	مستشـارة
زرهونـــي زوليـخـــــة	مستشـارة
تجـانـــي صبـريـــــة	مستشـارة
مشيوري عبد الرحمان	مستشـارا

بحـــضـور السيـد: بوزيد لخضر - المحـامـــي العـــام،

وبمسـاعـدة السـيد: حفصة كمال - أمـيـن الـضـــبط.

الملحق رقم 09

قضية (ع.س) ضد (ا.م) والنيابة العامة

الموضـوع: مسؤولية طبية

الكلمات الأساسية: عملية قيصرية- نسيان ضمادات- خطأ طبي- خطأ شخصي.

المرجع القانوني: المادة: 31 من الأمر رقم 06-03، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

المبـدأ: يعد خطأ شخصيا، الخطأ الطبي المرتكب من طرف الطبيب والمؤدي إلى وفاة الضحية، بعد اجراء عملية قيصرية ونسيان ضمادات في بطنها.

إن المحكمـة العلـيا

بعد الاستماع إلى رئيس القسم المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى المحامي العام في تقديم طلباته الكتابية الرامية الى رفض الطعن،

فصلا في الطعن بالنقض المرفوع من طرف الطاعن (ع. س) بتاريخ 2010/07/20 ضد القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2010/07/13 عن الغرفة الجزائية بمجلس قضاء تيزي وزو والذي قضى علنيا حضوريا غير وجاهيا نهائيا،

في الشكل: قبول الاستئنافين،

في الموضوع: تأييد الحكم المستانف مبدئيا وتعديلا له رفع مبلغ التعويض المحكوم به لصالح الطرف المدني (ا. م) الى (500.000 دج) ولكل واحد من الأبناء الثلاث الى (200.000 دج)، وتحميل المدعي عليه المصاريف القضائية.

حيث ان الحكم المستانف الصادر بتاريخ 2010/04/18 عن محكمة تيزي وزو قد قضى علنيا ابتدائيا حضوريا، بالزام المعارض ضده بدفعه للطرف المدني زوج الضحية المتوفاة (ع.ح) المسمى (ا. م) مبلغ (200.000 دج) ولكل واحد من ابناء الضحية المتوفاة وهم (ش)، (م) و(و) مبلغ (100.000 دج) مع رفض باقي الطلبات لعدم التاسيس وتحميل المدعى عليه المصاريف القضائية.

حيث ان الرسم القضائي قد تم تسديده.

حيث ان الطعن بالنقض استوفى اوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلا.

حيث انه تدعيما لطعنه اودع الطاعن بواسطة محاميه الاستاذ تاجر محمد المعتمد لدى المحكمة العليا مذكرة طعن اثار فيها **وجهين للنقض**.

وعلـــيه فـإن المحكمـــة العلـــيا

عـن الوجــه الاول: الماخــوذ من مخالفــة قواعـد جوهريــة فــي الاجراءات،

حيث ان قضاة المجلس لما اسسوا قرار الادانة ورفض جعل التعويض تحت ضمان المسؤول المدني مستشفى نذير محمد بتيزي وزو بحجة عدم ادخاله في الخصام كمسؤول مدني خلال مراحل الدعوى ولم يتم استدعائه بصفة قانونية قد خالفوا قواعد جوهرية في الاجراءات لان مدير المستشفى سمع امام قاضي التحقيق كمسؤول مدني واكّد على استعداده لدفع التعويضات وبالتالي فانه طرف اصلي.

الوجه الثاني: الماخوذ من مخالفة القانون،

1) مخالفة المادة 31 من الامر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية التي تنص على ما يلي: "اذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة ويجب على المؤسسة اوالادارة العمومية التي ينتمي اليها ان تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب الى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له فالمدعى في الطعن اجرى العملية القيصرية بالمستشفى اثناء تأدية مهامه وبسببها وقع الخطأ.

2) مخالفة المادة 136 من القانون المدني الذي يجعل من المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته اوبسببها.

حيث وعلى هذا الاساس فان الطاعن يلتمس نقض القرار المطعون فيه.

عن الوجهين معا لاتحادهما في المطلب:

لكن بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح انه ايد الحكم المستانف ادانة وعدّله في الدعوى المدنية مبنيا كيفية وقوع الافعال المنسوبة للمتهم الطاعن واقامة الدليل ضده وبالتالي فان مسؤولية الخطأ المرتكب من طرفه تعتبر شخصيا كونه المتسبب في وفاة الضحية وذلك بعد اجراء عملية قيصرية للضحية عند وضع مولودها وبقت تعاني من آلام حادة وعند معاينتها بالمستشفى تبين وانه تم نسيان ضمادة في الجهة اليمنى من بطنها وان ذلك هو السبب المباشر الذي ادى الى وفاتها لذلك فان الخطا الطبي المرتكب من المتهم خطأ شخصي.

حيث إن الوجه المثار من المتهم والمادة 31 من الامر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 لا تنطبق على قضية الحال وقد نسب اليه خطأ شخصي ومنه تعين رفض الطعن.

فلهـــذه الأســـباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا،

وعلى الطاعن المصاريف القضائية.

بـذا صـدر القـرار بالتـاريـخ المذكـور أعـلاه من قبـل المحـكمـة العليـا - غرفة الجنح والمخالفات - القسم الرابع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1- الكتب:

أ- الكتب العامة:

- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 01، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق وبيروت، 1423هـ-2002م.
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج01، وج02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، 2015.
- أحمد غاي، مبادئ الطب الشرعي، ط 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، 2018.
- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط 01، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت، 2000.
- إسحق عبيد، عصر النهضة الأوروبية، موسوعة الثقافة التاريخية والأثرية والحضارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2006.
- إسلام الرفاعي عبد الحليم، الأخلاقيات الحيوية، مدخلا لتعليم المفاهيم البيولوجية المعاصرة، ط 01، دار الفكر العربي للطبع والنشر، مصر- القاهرة، 1428هـ/2008م.
- جان شارل سورينا، تاريخ الطب، ترجمة، د. ابراهيم البجلاتي، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2002.
- جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج08، ط02، تم نشره بمساعدة جامعة بغداد 1993.

قائمة المصادر والمراجع:

- جورج شحاته قنواتي، تاريخ الصيدلة والعقاقير في العهد الوسيط والعهد القديم، مؤسسة هنداوي للنشر والتوزيع 2019.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 1979.
- راغب السنجاني، قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية، ط 01، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009.
- رحاب خضر عكاوي، الموجز في تاريخ الطب عند العرب، دار المناهل للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب المصرية – القاهرة، 2010.
- سنن أبي داوود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ج 03، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، ط 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2001.
- الشفيع ماحي أحمد، زرادشت والزرادشتية، حوليات الآداب والعلوم الاجتماعية، الحولية 21، الرسالة 160، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2001.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01، م01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.
- عبد الله إسماعيل، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- علي علي عيسى سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون لجزائر، 2003

- علي محي الدين القره داغي، وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة طبية مقارنة، مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط 02، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2006.
- عيسى إسكندر المعلوف، تاريخ الطب عند الأمم القديمة والحديثة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة والنشر، جمهورية مصر العربية.
- غوستاف لوبون، ترجمة عادل زعيتر، حضارة العرب، الناشر وكالة الصحافة العربية، الجيزة، جمهورية مصر العربية، 2018.
- فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية – مصر، دون سنة نشر.
- ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 02، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، العراق – بغداد، 1988.
- مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود، المجلد 04 (المعاملات ورسائل أخرى)، ط 03، 1446هـ الموافق لـ 2015م، الدوحة – قطر.
- محمد الأمين، ترجمة شريعة حمورابي، ط 01، دار الوراق للنشر- لندن 2007.
- محمد خضر أحمد السبعاوي، نظرية السببية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية، بمنظور جنائي فلسفي، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
- محمد كامل حسين، تاريخ الطب والصيدلة عند العرب، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون سنة نشر.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص)، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، مصر، ب.د.س.
- موريس بيشوب، ترجمة على السيد علي، تاريخ أوروبا في العصور الوسطى، ط 01، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة – مصر، 2005.
- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2009.
- ول وايرل ديورانت، ترجمة محمد بدران، قصة الحضارة، الشرق الأدنى، المجلد الأول، الجزء الثاني، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، ص 123.
- ول وايرل ديورانت، ترجمة، د. زكي نجيب محمود، قصة الحضارة، الهند وجيرانها، المجلد الأول، الجزء الثالث، المنظمة العربية للتربية والثقافة، 2013.
- ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ج 02، ط 01، تحقيق، عبد الله محمد الدرويش، دار البلخي للنشر، مكتبة الهداية، سوريا – دمشق 2004.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 09، دار الفكر، دمشق، 2012.

ب- الكتب المتخصصة:

- أحمد مانع سالمين العوبثاني، عقد الإخصاب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2017.
- أسامة إبراهيم علي تايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن – عمان، 1999.

قائمة المصادر والمراجع:

- إسماعيل سليمان الخريسات، المسؤولية المدنية للطبيب الناجمة عن التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2018.
- إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط 01، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية – الدمام، 1429هـ.
- أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط01، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية – مصر، 2013.
- أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، 2013.
- بابكر عبد الله الشيخ، الأحكام العامة للمسؤولية القانونية للأطباء، (دراسة لفقه القضاء واجتهاد الفقه المقارن)، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم – السودان، 2010.
- به روين عبد الله محسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، دراسة تحليلية مقارنة، بدون طبعة، دار الكتب القانونية – مصر، 2016.
- ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013.
- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومة للتوزيع والنشر، 2009.
- حسن كاظم الشمري، إشكالات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2016.

قائمة المصادر والمراجع:

- خليل إبراهيم حسن العبيدي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن اختلاط الأنساب من التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، ط 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن – عمان، 2017.
- خليل سعيد إعبيه، مسؤولية الطبيب الجزائية وإثباتها، دراسة مقارنة، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1440هـ/2019م.
- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، ط 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2012.
- زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط 01، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ودار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1993.
- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 02، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، بيروت – لبنان، 1996.
- سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، ط 01، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2004.
- شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة عن عملية التلقيح الصناعي، دار العلم والايمان للنشر والتوزيع، دسوق- مصر، 2007.
- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط 03، ديوان المطبوعات الجزائرية 1984.
- عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2008.
- عبد الحليم إبراهيم كرسون، دراسات طبية معاصرة، في منظور الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط 01، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية – مصر، 2015.

قائمة المصادر والمراجع:

- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، جرائم الأطباء و المسؤولية الجنائية و المدنية عن الأخطاء، الطبية بين الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع، القاهرة -2011.
- عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 01، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2013.
- عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2016.
- عذراء محمد السامرائي، مدى مشروعية تأجير الأرحام في القانون والشريعة الإسلامية، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2020.
- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر، 2011.
- العلواني عديلة، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2014.
- علي أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2015.
- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- علي كحلون، محاضرات في المسؤولية الطبية، ط 01، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص – تونس، 2018.
- فهيم عبد الإله الشايع، عقود المساعدة على الإخصاب البشري، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2020.
- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار الفرابي للمعارف، دمشق 2006.

قائمة المصادر والمراجع:

- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1992-1993.
- محمد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، م.ج 02، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط01، 1432هـ/2011م.
- محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط01، العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2011.
- محمد محروس الأعظمي، ظهور الفضل والمنة في بعض المسائل المستحدثة في نقل الأعضاء وعلم الأجنة، ب.د.ط، كتاب منشور على موقع جامعة المدينة العالمية – ماليزيا، https://elibrary.mediu.edu.my/books/SDL2424.pdf تاريخ الاطلاع 2021/09/12.
- محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2007.
- محمد نصر محمد، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ط01، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية – الرياض، 1434هـ/2013م.
- منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1433هـ/2012م.
- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- موسى صالح الخفاجي، الحماية الجنائية للطبيب، ط 01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2017.

- ئاسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، 2013.

2- المعاجم والقواميس:

- ابن منظور، لسان العرب، المجلد 03، طبعة دار المعارف للنشر، 1998.
- أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد 03، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان، 1959.
- أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد 05، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان، 1960.
- محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط01، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1969

3- الأطروحات والرسائل الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه

- أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في ظل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران 2010.
- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة –كلية الحقوق، 1994.
- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2010-2011.

- بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص، قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019.
- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012/2011.
- العمري صالحة، الحماية القانونية من مخاطر النشاط الطبي والصيدلي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق2017/2016.
- عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2016/2015.
- لريد محمد أحمد، نظرية ظروف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2008-2009.
- النحوي سليمان التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية والقانون المقارن أطروحة لنيل شهادة، الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011/2010.

ب- رسائل الماجستير

- أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط - الأردن، 2015.
- بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن – عمان 2011.

- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، بن عكنون، 2014/2013.
- بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2003/2002.
- بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، 2011.
- خالد علي جابر المري، المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2013.
- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2014/2013.
- عبد الله الحربي، الأحكام الناظمة لحدود مسؤولية الطبيب الجزائية في نطاق إفشاء السر الطبي، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مؤتة، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2012.
- فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2003.
- منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2017/2016.

4- البحوث والمقالات العلمية:

- إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسة مقارنة، مجلة دارسات، علوم الشريعة والقانون، صادة عن عمادة البحث العلمي بالجمعة الأردنية، المجلد 42، ع 02، 2015.

- إدوار غالي الدهبي، جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي، مجلة دراسات قانونية، ع 03، جامع بنغازي، كلية الحقوق، يونيو 1973.
- بكري يوسف بكري محمد، الحماية الجنائية للجسم البشري في مواجهة الممارسات الطبية الحديثة، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الإنجاب بالوسائل الطبية المساعدة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 103، عدد 19، يوليو 2015.
- بلقاسم كريد وسمير معتوق، الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي، مجلة بحوث ودراسات قانونية، مجلة صادرة عن جمعية الحقوقيين بصفاقس- تونس، ع 01، 1992.
- بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية – أدرار، المجلد 9، ع 02، 2010.
- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، ع 04، 2006.
- جدوى سيدي محمد أمين، الخطأ الطبي في عمليات التوليد، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة النعامة، المجلد01، ع 02، 2015.
- حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في الضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، ع 04، 2006.
- رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإصدار 02، العدد 04، سنة 2020.

قائمة المصادر والمراجع:

- زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، المجلد 12، ع 02، 2020.
- زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، ع 04، جامعة منتوري قسنطينة – الجزائر، 2021.
- شادية الصادق حسن، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا – معهد العلوم والبحوث الإسلامية، ع 02، 28 فبراير 2011.
- شوقي، عبد الفتاح، تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ، مسؤولية الطبيب، نشرة الطب الإسلامي العدد الخامس، 1982 بحث منشور على موقع، https://www.droit-dz.com/forum/threads/9674/
- الشيخ صالح بشير، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 18-11، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 12، ع 02، 2019، جامعة غرداية – الجزائر.
- شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي – التلقيح الصناعي نموذجا – مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 01، شوال 1440 هـ / يونيو 2016، https://www.sharjah.ac.ae/en/Research/spu/Journalsharia/Documents/V16/Issue%201/1.pdf
- صالح بن محمد الفوزان، إنشاء بنوك المني، دراسة فقهية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 26، العدد 03، جامعة الملك سعود، الرياض- المملكة العربية السعودية، 2014م/ 1436هـ.

قائمة المصادر والمراجع:

- عارف علي عارف، الأم البديلة (أو الرحم المستأجر) "رؤية إسلامية، إسلامية المعرفة، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندون، فرجينيا، الولايات المتحدة، السنة الخامسة، ع 19، شتاء 1420هـ / 1999م.
- عبد الملك حسين علي التاج، قاعدة سد الذرائع وأثرها في حماية الأسرة، عمل المرأة أنموذجا، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 35، العدد 6، ديسمبر 2019، الصفحة 401-461.
- عبد الملك حسين علي التاج، قاعدة سد الذرائع وأثرها في حماية الأسرة، عمل المرأة أنموذجا، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 35، العدد 6، ديسمبر 2019، الصفحة 401-461.
- عبد الناصر كعدان، المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، مجلة الصراط للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، كلية العلوم الإسلامي، جامعة الجزائر 01، السنة الرابعة عشر، ع 24، صفر 1433هـ، جانفي 2012.
- عشوش كريم، المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد 11، ع 21، ديسمبر 2016.
- فاطمة المتولي عبده محمد، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر (فرع الدقهلية)، مصر، المجلد 15، العدد 5، 2013.
- فاطمة عبد الرحيم المسلماوي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، عقد الإخصاب الصناعي، بحث منشور على موقع كلية الحقوق، جامعة بابل، جمهورية العراق، سنة 2018.
- فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الصناعي بين الزوجين، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقة، المجلد 13، ع 02، 2021.

- فاطمة محمد عبد الله، استئجار الأرحام كنوع جديد من الإتجار بالبشر بين الشرعية والتجريم في ظل أحكام الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، طرابلس، لبنان، العدد 40 أبريل 2020.
- قندوز محمد، تطور قانون الصحة في الجزائر في إطار إصلاح المنظومة الصحية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، ع 03، 2018.
- مأمون عبد الكريم، رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، ع 02، 2004.
- محمد نور الدين سيد، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنجاب، دراسة في المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م، والتشريعات المقارنة، دورية الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، 2018.
- محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، العدد 02، 2002.
- مراد بن صغير، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد 01، العدد01، 30-11-2007.
- ناديا قزمار، المنظور القانوني والشرعي لعقد إجارة الأرحام، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، الأردن، المجلد 15، ع 01، 2015.
- نادية ياس البياتي، مدى اشتراط الخطأ في المسؤولية التقصيرية في التشريع الإماراتي، المجلة الأكاديمية العالمية للدراسات القانونية، مجلد 02، ع 02، 2020.
- نجلاء عبد الجواد فتح الله صهوان، الإخصاب الطبي المساعد في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، العدد 35، ج 01، 1442هـ، 2020م.

5- التشريعات:

أ- التشريعات الوطنية:

❖ القوانين

- القانون 85-05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى، عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، عدد 08، الصادر بتاريخ 17 فيفري سنة 1985.
- القانون رقم 18/04 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425، الموافق لـ 25 ديسمبر سنة 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، دار الجزيرة للنشر والتوزيع، 2010.
- القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425، الموافق لـ 06 فبراير سنة 2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، دار الجزيرة للنشر والتوزيع 2010.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر، العدد 15، مؤرخة في 2005/02/27.
- قانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المعدل والمتمم للأمر 07/59، ج.ر.ج.ج، ع 15، السنة الثالثة والأربعون، 12 صفر 1427 هـ، الموافق لـ 12 مارس2006م.
- القانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05، ج.ر.ج.ج، عدد 44، الصادر بتاريخ 03 أوت سنة 2008.
- القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ج.ج، رقم 07، ص 07.

- القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، العدد 46، 2018.
- Loi n°62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre, 1962, J.O.R.A, 11/01/1963, https://www.joradp.dz/jo6283/1963/002/FP18.pdf

❖ **الأوامر**

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 69-74، المؤرخ في 16 سبتمبر 1969، ج.ر. عدد 80، الصادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1969، يتضمن تتميم وتعديل الأمر رقم 66-156.
- الأمر، 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-07.
- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، ع 13، السنة الثانية والثلاثون، 07 شوال 1415هـ، الموافق لـ 08 مارس 1995م.
- الأمر، رقم 20-01، وذلك بإضافة قسم أول مكرر بعنوان " الإهانة والتعدي على المؤسسات الصحية ومستخدميها"، ج.ر.، عدد 44 صادر في 30 يوليو سنة 2020.
- الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت سنة 2020، ج.ر.، عدد 50 الصادر بتاريخ 30 أوت سنة 2020، معدل ومتمم للقانون رقم 18-11، المتعلق بالصحة.

❖ **المراسيم**

- المرسوم التنفيذي رقم 276- 92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المؤرخ في 16 جويلية 1992، ج.ر.، عدد، 52.

ب- التشريعات المقارنة (العربية):

- قانون العقوبات الأردني، رقم التشريع 16، الجريدة الرسمية رقم 1487 بتاريخ 1960/01/01، https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/1960_Criminal_Code_(Arabic_original).pdf
- القانون المدني الأردني رقم 43 – 1976، الصادر بتاريخ 05 شعبان 1396هـ، الموافق لـ 01 آب سنة 1976، الجريدة الرسمية العدد 2645.
- القانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية، تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثالث لعام 93/ 1394 من وفاة الرسول الموافق 1985 م. التي صاغها الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية (مؤتمر الشعب العام)، في دور انعقاده العادي العاشر في الفترة من 15 إلى 19 جماد الآخر 1394 من وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم الموافق 26 / 2 إلى 2 / 3 / 1985 م، الموقع الرسمي لوزارة العدل الليبية، https://aladel.gov.ly/home/?p=1331
- القانون الاتحادي رقم 05 سنة 1985، قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، ع 158، السنة الخامسة عشر، الصادر بتاريخ 1985/12/29، ص 80.
- القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987، المعدل لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1985، الاطلاع عليه عبر هذا الرابط، http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/41/6.pdf
- القانون عدد 22 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 بتاريخ 29 مارس 1991، السنة 134، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ص 474.
- القانون عدد 93 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطب الإنجابي، النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص 2573.

- القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة، صادر عن قصر الرئاسة بأبوظبي، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ، الموافق لـ 16 ديسمبر 2008م، الجريدة الرسمية رقم 488 مكرر، ص 09.
- القانون رقم 240 المؤرخ في 2012/10/22، صادر عن مجلس النواب بالجمهورية اللبنانية، الجريدة الرسمية، رقم 45 الصادرة بتاريخ 2012/10/25.
- القانون رقم 26 لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، الصادر عن قصر الرفاع، بتاريخ 04 ذي القعدة 1438، الموافق لـ 27 يوليو 2017، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، ع 3325، بتاريخ الخميس 03 أغسطس 2017.
- قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم 25، الجريدة الرسمية، رقم 5517، بتاريخ 2018/05/31، ص 3429.
- قرار مجلس الوزراء، رقم 64 لسنة 2020 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 07 لسنة 2019 في شأن المساعدة على الإنجاب، الفقرة 06 من المادة 01، الصادر عن قصر الرئاسة في أبو ظبي، بتاريخ 22 ربيع الآخر 1444هـ، الموافق لـ 19 ديسمبر 2019 م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 14 صفر 1442 هـ الموافق لـ 01 أكتوبر 2020م.

6- القرارات القضائية:

- قرار صادر بتاريخ 1983/05/11، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، (قرارات المجلس الأعلى)، 1986.
- قرار صادر بتاريخ: 1998/10/20 عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، منشور بالمجلة القضائية ع 1998/02، ص 146.
- قرار صادر بتاريخ 200/07/06، عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، منشور بالمجلة القضائية، ع 2002/02، ص 537.

- قرار صادر بتاريخ 2003/06/24 عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثاني، منشور بالمجلة القضائية، ع 02، 2003.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355180 بتاريخ، 2006/05/03، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2006.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 325395 بتاريخ، 2006/01/25، مجلة المحكمة العليا ع 01، 2008.
- قرار صادر بتاريخ 2008/01/23 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، منشور بمجلة المحكمة العليا ع 02، 2008، ص 175.
- قرار صادر بتاريخ 2010/02/18 عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع 02، 2010، ص 302-304.
- قرار صادر بتاريخ 2016/10/20 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع 02، 2016.

7- القرارات والآراء الفقهية:

- الدكتور عجيل النشمي، رئيس رابطة علماء الشريعة لدول مجلس التعاون الخليجي، في حوار صحفي مع جريدة الأنباء الكويتية بتاريخ 10/05/ 2013، https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/islamic-faith/380584/10-05-2013 ، تاريخ الاطلاع 2021/07/09.

- فتوى الشيخ، سمير بن عبد الرزاق مراد، حكم الرحم الاصطناعي، http://www.sameershaf3y.com، تاريخ الاطلاع: 2022/02/18.
- القرا رقم 07، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة عشر المنعقدة بتاريخ، 19-23 شوال 1424هـ الموافق لـ 13-17 ديسمبر 2003م، مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية.

- قرار دار الإفتاء الأردنية، رقم 118، المتضمن تعديلات مقترحة على مسودة مشروع قانون التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، بتاريخ: 16/ 10/ 1427هـ، الموافق: 8/ 11/ 2006م.
- القرار رقم 02، الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي، المنعقدة عام 1405 هـ الموافق لسنة 1984م، بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الانابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، ط 01، 1417هـ – الموافق لـ 1996م، مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية.
- القرار رقم 05 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الإصدار الثالث، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي – مكة المكرمة، قرارات الدورة السابعة، المنعقدة بما بين 11-16 ربيع الآخر 1404هـ، الموافق لـ 15-20 يناير 1984م.

- القرار رقم 16 (4/3)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ، الموافق 11-16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986م، https://iifa-aifi.org/ar/1661.html#_ftn1
- محمد بكر إسماعيل، تزوجوا الودود الولود، تحت قسم من وصايا الرسول صلى الله عليه وسلم، مقال منشور على موقع، https://rasoulallah.net/ar/articles/article/25037/ تاريخ النشر، 2019/10/17، تاريخ الاطلاع 2021/12/28.

8- المواقع الإلكترونية:

- جريدة العرب الاقتصادية الدولية، مقال صحفي منشور بتاريخ الجمعة 01 ماي 2009، https://www.aleqt.com/2009/05/01/article_102191.html، تاريخ الاطلاع 2020/02/20.

- جريدة المساء الجزائرية، يومية إخبارية وطنية، مقال صحفي منشور من طرف، نادية شنيوني، بتاريخ 30 جويلية 2014، https://www.djazairess.com/elmassa/103239، تاريخ الاطلاع 2020/02/02.
- مقال صحفي منشور على موقع صحيفة البيان الإماراتية بتاريخ، 10 نوفمبر 2020، https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2020-11-10-1.4009324، تاريخ الاطلاع 2021/08/22.
- نص مسودة مشروع قانون المسؤولية الطبية، تم نشره في جريدة الدستور الأردنية، السبت 26 أيلول / سبتمبر 2009، https://www.addustour.com/articles/806606، تاريخ الاطلاع 2020/02/02.
- https://www.todaywomenhealth.com/Topic/20482، تاريخ الاطلاع 2021/06/11، (مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني صحتك اليوم، بوابة صحة المرأة و الأسرة، بعنوان: كل ما تريد معرفته عن التلقيح الصناعي، و الحالات المناسبة للتلقيح الصناعي).
- https://www.sasapost.com/tri-child-parents/ منشور بتاريخ : 03 أكتوبر 2016، تاريخ الاطلاع : 2020/02/14.
- ميتوكندريون – ويكيبيديا(wikipedia.org) تاريخ الاطلاع: 2021/04/12.
- https://rarediseases.info.nih.gov/diseases/6877/leigh-syndrome، آخر تحديث : 2016/12/27، تاريخ الاطلاع : 2021/04/12.
- طارق قابيل، مقال إلكتروني منشور على موقع منظمة المجتمع العلمي العربي، تاريخ النشر: 16 فبراير 2015، https://arsco.org/article-detail-535-3-0، تاريخ الاطلاع: 2021/04/12.
- https://www.tqmagazine.net/Details.aspx?id=1996 تاريخ الاطلاع، 2022/02/18.

- https://www.emaratalyoum.com/life/life-style/2022-02-08-1.1596364، تاريخ الاطلاع 2022/02/18.
- https://www.alro7.net/ayaq.php?langg=arabic&aya=5&sourid=42 ، تاريخ الاطلاع 2021/09/12.
- https://www.bbc.com/arabic/tv-and-radio-60420955 ، تاريخ الاطلاع: 2022/02/18.

9- المراجع الأجنبية:

I. Ouvrages :

- John Kaisermann, De la médecine traditionnelle chinoise à l'époque islamique médiévale, editeur Cambridge Stanford Books, Traducteur, C.S.B, Equipment, https://books.google.dz/books?id=pCDNDwAAQBAJ
- Michel Bernard, Comment définir la perte de chance ? 160 questions en responsabilité médicale (2e édition), 2010, https://doi.org/10.1016/B978-2-294-70887-9.00142-1.
- P. BROUARDEL, La Responsabilité Médicale et Le Secret médical, Pub Par, Librairie J.-B. BAILLIÈRE et FILS, 10 Rue Haute Feuille, Paris 1808.
- S. Fournier, P. Maistre du Chambon, La responsabilité civile délictuelle (4e édition) , Presses universitaires de Grenoble MAISON D'ÉDITION, PUG COLLECTION, FÉVRIER 2015.

II. Thèses :

- Ambre Laplaud, Le consentement et responsabilité médicale, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Limoges Droit de la santé, Le 30 novembre 2019.
- Konstantinos A. ROKAS, L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé, THÈSE POUR

LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016.

III. Revues :

- Damien Mascret, L'affaire Perruche, Éditeur, Presses de Sciences Po, Revue co-éditée par les Éditions de Santé, 2015/2 n° 47, ISSN 1765-8888, DOI 10.3917/seve.047.0075.
- Daniel Bert, ATER à l'Université de Versailles, Laboratoire DANTE, Feu l'arrêt Mercier, Recueil Dalloz 2010 p. 1801, https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE_2012/D2010-1801.pdf.
- Eugene Hugh Byrne, Medicine in the Roman Army, The Classical Journal, Vol 05, N 06, Avril, 1910, https://archive.org/details/jstor-3286964.
- Jan M. Smits, Caroline Calomme, The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper 2016, v 16, Issue number 06, p, 1040-1050, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845796
- John Lui Yovich, Ian Logan Craft, Founding Pioneers of IVF: Independent innovative researchers generating livebirths within 4 years of the first birth, Reproductive Biology, Volume 18, Issue 4, December 2018, https://www.researchgate.net/publication/329351552_Founding_Pioneers_of_IVF_Independent_innovative_researchers_generating_livebirths_within_4_years_of_the_first_birth
- Laurence Tain, Refus des médecins, abandons des couples : quel contrôle pour la pratique de procréation assistée, Sciences Sociales et Santé, Vol. 23, n° 3, septembre 2005.
- Leclair, Jean, Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction, Revue juridique Thémis, vol, 36, Université de Montréal. Faculté de droit, 22/08/2002, disponible à :

https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num1/leclair.pdf

- Maria Laura Solerte, Artificial uterus -research background to improve survival and outcome of extremely low birth weight newborns, Journal of Gynecological Research and Obstetrics, ISSN: 2581-5288 Published: 28 September, 2020 DOI: https://dx.doi.org/10.17352/jgro.
- Peter R Brinsden, Thirty years of IVF: The legacy of Patrick Steptoe and Robert Edwards, V 12, Issue 3, 2009, https://www.researchgate.net/publication/38112869_Thirty_years_of_IVF_The_legacy_of_Patrick_Steptoe_and_Robert_Edwards.
- Seppe Segers, the path toward ectogenesis: looking beyond the technical challenges, BMC Medical Ethics, volume 22, Article number: 59, (13/05/2021), p 02-03. https://bmcmedethics.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12910-021-00630-6.pdf.
- Stéphanie Aries, Jurisprudence récente sur la perte de chance, Droit, Déontologie & Soin, V 12, Issue 4, Décembre 2012, https://doi.org/10.1016/j.ddes.2012.07.030.
- W. Ombelet, J. Van Robays, Artificial insemination history: hurdles and milestones, Facts, Views & Vision in Obgyn, 01 Jan 2015, 7(2), https://www.researchgate.net/publication/280122841_Artificial_insemination_history_hurdles_and_milestones.
- William Boulier, Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts, Hofstra Law Review, Vol. 23, Iss. 3 1995, Art. 4.

IV. Loi et Décret

- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994

- Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, JORF du 5 mars 2002, Texte n° 1.
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n°0157 du 8 juillet 2011
- Décret n° 2012-360 du 14 mars 2012 relatif aux procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation, JORF n°0065 du 16 mars 2012.
- Décret n° 2012-467 du 11 avril 2012 relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et aux études sur l'embryon, JORF n°0087 du 12 avril 2012.
- Décret n° 2012-885 du 17 juillet 2012 relatif aux conditions dans lesquelles les sage-femmes concourent aux activités d'assistance médicale à la procréation, JORF n°0166 du 19 juillet 2012.
- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle, JORF, n°0035 du 11 février 2016. Texte n° 26.
- Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, Dernière mise à jour des données de ce texte : 04 août 2021, JORF n°0178 du 3 août 2021, Code pénal, https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf

الفهرس

مقدمة 1

الباب الأول: التأصيل القانوني للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي..... 7

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمسؤولية الطبية والتلقيح الاصطناعي 8

المبحث الأول: ماهية المسؤولية الطبية وتطور قواعدها..... 9

المطلب الأول: مفهوم وأنواع المسؤولية الطبية..... 9

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الطبية..... 9

أولا: التعريف اللغوي للمسؤولية 10

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمسؤولية..... 10

الفرع الثاني: أنواع المسؤولية الطبية..... 13

أولا: المسؤولية التأديبية 13

ثانيا: المسؤولية المدنية..... 15

ثالثا: المسؤولية الجزائية 19

المطلب الثاني: تطور قواعد وأحكام المسؤولية الطبية 22

الفرع الأول: تطور المسؤولية الطبية في الأنظمة الوضعية..... 22

أولا: المسؤولية الطبية في العصور القديمة..... 23

ثانيا: المسؤولية الطبية في العصور الوسطى..... 31

ثالثا: المسؤولية الطبية في العصر الحديث 33

الفهرس

الفرع الثاني: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري..... 36
أولا: تطور المسؤوليةالطبية في الشريعة الإسلامية 36
ثانيا: تطور المسؤولية الطبية في القانون الجزائري 39
المبحث الثاني: ماهية التلقيح الاصطناعي ومراحل تطوره 44
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي وتميزه عن الأعمال الطبية المشابهة له 45
الفرع الأول: تحديد معنى التلقيح الاصطناعي..... 45
أولا: التعريف اللغوي 45
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 46
الفرع الثاني: تميز التلقيح الاصطناعي عن التقنيات المشابهة له 52
أولا: الاستنساخ البشري..... 53
ثانيا: الهندسة الوراثية 55
المطلب الثاني: التطور التقني والتشريعي للتلقيح الاصطناعي..... 57
الفرع الأول: التطور الطبي لتقنية التلقيح الاصطناعي 57
أولا: في الدول الغربية..... 58
ثانيا: في الدول العربية 59
الفرع الثاني: التطور التشريعي للتلقيح الاصطناعي..... 62
أولا: في التشريعات الغربية 62
ثانيا: في التشريعات العربية 66
الفصل الثاني: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بين التطبيق والنص 73

الفهرس

المبحث الأول: أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب 75
المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين..... 75
الفرع الأول: التلقيح الداخلي بين الزوجين 75
أولا: أسبابه 76
ثانيا: صوره 77
ثالثا: مراحله 78
الفرع الثاني: التلقيح الخارجي بين الزوجين..... 78
أولا: أسبابه 79
ثانيا: صوره 80
ثالثا: مراحله 81
المطلب الثاني: المساعدة الطبية على الإنجاب بمشاركة الغير 82
الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي باستعمال المواد الإنجابية لغير الزوجين..... 82
أولا: الإخصاب الثنائي بتدخل الغير 82
ثانيا: الإخصاب الثلاثي بتدخل الغير 84
الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي باستعمال الرحم البديل..... 85
أولا: المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الأم البديلة..... 85
ثانيا: المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الرحم الاصطناعي 87
المبحث الثاني: أحكام التلقيح الاصطناعي بين النص الشرعي والقانوني 88
المطلب الأول: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل أحكام الشريعة الإسلامية... 88

الفهرس

الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين..... 89
أولا: التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الحياة الزوجية 89
ثانيا: التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية..... 97
الفرع الثاني: مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بمشاركة الغير 99
أولا: الحمل لمصلحة الغير (شتل الجنين وتأجير الأرحام)..... 99
ثانيا: الحمل لمصلحة الزوجة الثانية (التبرع بالرحم بين الزوجات الضرات) 108
ثالثا: مدى مشروعية تقنية الرحم الاصطناعي..... 110
الفرع الثالث: الضوابط الشرعية لتقنيات المساعدة الطبية على الانجاب 112
أولا: أن يكون اللجوء إلى المساعدة الطبية هو الوسيلة الوحيد للإنجاب..... 113
ثانيا: ألا تخرج العملية عن إطار العلاقة الشرعية بين الزوجين 114
ثالثا: ضمان عدم حدوث أي ضرر أو مضاعفات للزوجين والطفل..... 115
رابعا: أن تكون الجهة القائمة بالعملية مختصة وموثوق بها 116
المطلب الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري وتحديد النسب الناتج عنه 117
الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري..... 118
أولا: قبل صدور قانون الصحة 18-11 118
ثانيا: بعد صدور قانون الصحة 18-11 120
الفرع الثاني: تحديد نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي 127
أولا: نسب مولود التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة بين الزوجين 128
ثانيا: نسب مولود التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة بين الزوجية 136

الفهرس

الباب الثاني: نطاق المسؤولية القانونية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي.....140

الفصل الأول: تطبيق أحكام المسؤولية المدنية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.... 141

المبحث الأول: طبيعة التزام ومسؤولية الطبيب المترتبة عن التلقيح الاصطناعي 142

المطلب الأول: الالتزام الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب 143

الفرع الأول: تحديد طبيعة الالتزام الطبي..... 144

أولا: التزام الطبيب ببذل عناية 144

ثانيا: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة..... 145

الفرع الثاني: التزامات الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي..... 146

أولا: الالتزامات العامة..... 147

ثانيا: الالتزامات الخاصة (البيو-أخلاقية) 150

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب بين الأساس العقدي والأساس التقصيري 153

الفرع الأول: الأساس العقدي لمسؤولية الطبيب 153

أولا: شروط تحقق المسؤولية العقدية 154

ثانيا: أركان عقد المساعدة الطبية على الإنجاب 156

ثالثا: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب 161

الفرع الثاني: الأساس التقصيري لمسؤولية الطبيب 167

الفرع الثالث: موقف التشريع والقضاء من المسؤولية المدنية للطبيب 170

أولا: الموقف التشريعي 171

ثانيا: الموقف القضائي 173

الفهرس

ثالثا: التوجه التشريعي والقضائي نحو مسؤولية موضوعية 174
المبحث الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب والأثار المترتبة عنها..... 176
المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي..... 177
الفرع الأول: الخطأ (مفهومه وصوره) 177
أولا: مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي..... 179
ثانيا: صور الخطأ الطبي في التلقيح الاصطناعي 180
الفرع الثاني: الضرر (أنواعه وشروطه) 185
أولا: أنواع الضرر الناتج عن التلقيح الاصطناعي..... 186
ثانيا: شروط الضرر..... 190
الفرع الثالث: علاقة السببية 192
أولا: قيام علاقة السببية..... 192
ثانيا: إثبات علاقة السببية وانتفائها 194
المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي..... 195
الفرع الأول: التعويض عن المسؤولية المدنية الطبية 196
أولا: طبيعة التعويض الطبي 196
ثانيا: تقدير التعويض الطبي 198
الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية المدنية..... 200
الفرع الثالث: التأمين عن المسؤولية المدنية للطبيب 201
الفصل الثاني: التكييف الجزائي لمسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي..... 203

الفهرس

المبحث الأول: الجرائم المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون العقوبات الجزائري . 204
المطلب الأول: جرائم الاعتداء على حياة الطفل ونسبه 204
الفرع الأول: مسؤولية الطبيب المترتبة عن جريمة الاجهاض 205
أولا: مفهوم الإجهاض 205
ثانيا: أركان جريمة الإجهاض 208
ثالثا: الجزاءات المترتبة عن جريمة الإجهاض..... 211
الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية المترتبة عن إخفاء نسب الطفل..... 215
أولا: أركان جريمة إخفاء نسب الطفل 215
ثانيا: الجزاءات المترتبة عن جريمة إخفاء نسب الطفل 218
الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية المترتبة عن عدم التصريح بميلاد الطفل..... 219
أولا: أركان جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل 219
ثانيا: الجزاءات المترتبة عن جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل 220
المطلب الثاني:مسؤولية الطبيب عن جرائم الاعتداء على الأخلاق وحرمة الحياة الشخصية220
الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الناشئة عن جرائم العرض 220
أولا: جريمة الاغتصاب..... 221
ثانيا: جريمة هتك العرض 225
الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن إفشاء السر الطبي 231
أولا: أركان جريمة إفشاء السر الطبي 231
ثانيا: الجزاء المترتب عن جريمة إفشاء السر الطبي 234

الفهرس

المبحث الثاني: التكييف الجرمي للتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة 18-11 235
المطلب الأول:المسؤولية الجزائية للطبيب عن مخالفة الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي 236
الفرع الأول: جريمة التلقيح الاصطناعي دون التقيد بالشروط المنصوص عليها..... 236
أولا: أركان الجريمة 237
ثانيا: العقوبة 239
الفرع الثاني: جريمة ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب بدون ترخيص 241
أولا: أركان الجريمة 242
ثانيا: الجزاء المترتب عن ممارسة الطب الإنجابي بدون ترخيص 243
المطلب الثاني:مسؤولية الطبيب عن الممارسات الغير مشروعة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي244
الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الجزائية عن المساس بالجسم البشري 245
أولا: مسؤولية الطبيب الجزائية عن الاستنساخ وانتقاء جنس الجنين 245
ثانيا: مسؤولية الطبيب عن الإيقاف العلاجي للحمل 246
الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن القيام بالتجارب والدراسات الطبية 247
أولا: المسؤولية الجزائية عن التعامل في المواد الإنجابية والأجنة الزائدة..... 248
ثانيا: المسؤولية الجزائية عن القيام بالدراسات العيادية 248
الخاتمة: 252
الملاحق: 260
قائمة المصادر والمراجع 295
الفهرس.....322

الملخص:

مما لا شك فيه أن موضوع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي هو من بين أهم المواضيع التي ينبغي التطرق إليها بالبحث و الدراسة و القانونية، خاصة في ظل صدور قانون الصحة الجديد 18-11 الذي شكل لنا بالفعل نظاما قانونيا لعمليات التلقيح الاصطناعي، حيث استطاع المشرع الجزائري من خلاله الإحاطة بأهم الجوانب المتعلقة بالمساعدة الطبية الإنجاب، و هذا من خلال تحديد الضوابط القانونية التي تسمح بإجراء التلقيح الاصطناعي و تحديد العقوبات الجزائية المترتبة عن مخالفتها، و بهذا أقر المشرع الجزائري بمسؤولية الطبيب الجزائية عن التلقيح الاصطناعي بموجب نصوص خاصة، على عكس المسؤولية المدنية التي تبقى خاضعة للأحكام العامة المنظمة للمسؤولية، و من هذا المنطلق لا مناص من القول بأن مسؤولية الطبيب المدنية لا تزال بحاجة إلى معالجة قانونية فعالة، بحيث لا يمكن للنصوص القانونية العامة الإحاطة بها لما تمتاز به من خصائص تجعلها تخرج عن الإطار العام لقواعد المسؤولية المدنية.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، المساعدة الطبية على الإنجاب، المسؤولية المدنية للطبيب، المسؤولية الجزائية للطبيب، العقد الطبي.

Résumé :

Le sujet de la responsabilité médicale dans le domaine de l'insémination artificielle est l'un des sujets les plus importants à aborder par le biais d'une étude juridique, en particulier après l'adoption de la nouvelle loi 18.11 de la santé, qui a déjà formé un système juridique d'insémination artificielle et a permis au législateur algérien d'aborder les aspects juridiques de la responsabilité pénale du médecin résultant de la FIV, mais en ce qui concerne la responsabilité civile médicale, elle a encore besoin d'un traitement juridique efficace, car les textes juridiques publics ne peuvent pas aborder les caractéristiques de la responsabilité civile médicale, ce qui le rend en dehors des règles générales régissant la responsabilité.

Mots clés : Insémination artificielle, assistance médicale à la reproduction, responsabilité civile du médecin, responsabilité pénale du médecin, contrat médical.

Abstract:

the subject of medical liability in the field of artificial insemination is one of the most important topics to be addressed through a legal study, especially after the adoption of the new Law 18.11 for Health, which has already formed a legal system of artificial insemination and allowed the Algerian legislator to address the legal aspects of the criminal liability of the doctor resulting from IVF, but as far as medical civil liability is concerned, it still needs effective legal treatment, since public legal texts cannot address the characteristics of medical civil liability, which makes it outside the general rules governing liability.

Key words: Artificial insemination, medical assistance in reproduction, civil liability of the doctor, criminal liability of the doctor, medical contract.