

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

والعلوم السياسية كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



# الإنجاب والمستجدات الطيرية في القانون الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. حميدو زكية

من إعداد الطالب:

غزالي صامت

لجنة المناقشة:

- |              |                  |                |                        |
|--------------|------------------|----------------|------------------------|
| رئيسا        | جامعة تلمسان     | أستاذ          | - أ.د تشوار جيلالي     |
| مشرفة ومقررة | جامعة تلمسان     | أستاذة         | - أ.د حميدو زكية       |
| ممتحنة       | جامعة سعيدة      | أستاذة         | - أ.د منادي مليكة      |
| ممتحنا       | جامعة عين تموشنت | أستاذ محاضر أ. | - د. بوجاني عبد الحكيم |

السنة الجامعية 2021-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« اللَّهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ تَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ

يَشَاءُ إِنْتًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا

وَإِنثًا <sup>ط</sup>وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٠﴾ »

سورة الشورى الآيتين 49 و50.

## الإهداء

إلى من أرجو الله عز وجل أن يعفو عنهما ويغفر لهما ويرحمهما كما ربياني صغيراً.....

إلى والدي، أبي وأمي.

إلى من شاركتني السراء والضراء ولم تبخل علي، وشجعتني على تحطّي الصعاب والمحن...

إلى زوجتي الكريمة المخلصة.

إلى من أتشوق إلى صلاحهن، وقرّة عيني، أعاني الله عز وجل على تربيتهن.....

إلى بناتي الثلاثة، حفصة وسرين وماريا.

إلى كل من وقف معي ولو بالكلمة الطيبة، من الأقارب والأصدقاء، وتمنى لي الخير.

أهدي ثمرة هذا العمل

# شكر وعرفان

امثالاً لقول الله تعالى: « وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ<sup>ط</sup> وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي

لَشَدِيدٌ<sup>1</sup>، فالشكر والحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على ما يسر لنا وهدانا  
لإنهاء هذا البحث.

وعملاً بقول النبي ﷺ "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"<sup>2</sup>، أتقدم إلى الأستاذة المشرفة  
بجزيل الشكر والاحترام عرفانا مني على ما قدمته لي من توجيهات قيمة، ولم تبخل علي بأي  
جهد من أجل تنقيح هذه الأطروحة، وكل ذلك نابع عن تواضعها وحسن تعاملها، فجزاها الله  
خييراً.

كما لا يفوتني أن أوجه شكري لأعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذه الدراسة،  
وتكبدوا عناء تصفحها، قصد تصويبها، لتكون مرجعاً يستفاد منه، فجزاهم الله خيراً.

1-سورة إبراهيم، الآية 07.

2-رواه أبو هريرة؛ مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داوود، مج3، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، 1998، ص.182.

## قائمة أهم المختصرات

إشراف	إ.ش
تحقيق	تح
تقديم	تق
جزء	ج
جريدة رسمية	ج.ر
حديث رقم	ح.ر
دون دار نشر	د.د.ن
دون سنة نشر	د.س.ن
ديوان المطبوعات الجامعية	د.م.ج
صفحة	ص
طبعة	ط
طبعة خاصة	ط.خ
عدد	ع
غرفة الأحوال الشخصية	غ.أ.ش
الغرفة المدنية	م.غ
قانون الأسرة	ق.أ.
قانون الصحة	ق.ص.
قانون العقوبات	ق.ع.
قانون المدني	ق.م.
ميلادي	م
مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية	م.إ.د.ق.إ
مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية	م.ع.ق.إ.س
المجلة القضائية	م.ق
مجلة المحكمة العليا	م.م.ع
مجلة المجمع الفقهي الإسلامي	م.م.ف.إ
مجلد	مج
هجري	هـ.

## مقدمة:

الحمد لله على توفيقه وامتنانه، وصلى الله وسلم على أفضل خلقه محمد الصادق الأمين، المبعوث  
رحمة للعالمين، أما بعد:

فقد أوجد الله سبحانه وتعالى الإنسان، واستعمره في الأرض ليكون خليفة فيها، فقال عز وجل مخاطباً  
ملائكته بقوله تعالى: « وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً... »<sup>1</sup>، وجعل منه نسله إلى يوم قيام  
الساعة، فقال عز وجل: « ثُمَّ جَعَلْنَا نَسْلَهُ مِنْ سُُلَالَةٍ مِنْ مَاءِ مَهْيَبٍ »<sup>2</sup>، وأحاطه بالرعاية والتكريم، فقال عز  
وجل: « وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوُجُوهِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ  
خَلَقْنَا تَفْضِيلًا »<sup>3</sup>، وبين له الطريق القويم، بإتباع هدي التشريع الهادف لصون مصالحه الدينية والدنيوية، فقال  
عز وجل: « وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَٰلِكُمْ وَصَّيْنُكُمْ بِهِ  
لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ »<sup>4</sup>، درءاً لمفاسد إتباع الغي والهوى.

والإنجاب ضارب جذوره في القدم، فهو أمر فطري، فحتى الأنبياء عليهم السلام رغبوا فيه، فالخليل  
إبراهيم عليه السلام دعا ربه، بما جاء في قول الله تعالى: « رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ »<sup>5</sup>، وحتى زوجته فرحت  
بالبشارة، وقالت بما جاء في قوله تعالى: « فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صِرَافٍ فَصَكَتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ »<sup>6</sup>، أي  
لما سمعت البشارة بالمولود لطمت وجهها تعجباً<sup>7</sup>، وغير ذلك من دعوات الأنبياء الواردة في القرآن.

كما قد بحث العلماء في العصور الماضية في إمكان حمل المرأة بغير اتصال بالرجل، مع وصول المني بطريقة  
ما إلى فرجها، فكان ذلك مستبعداً جداً عندهم، وأثر هذا الحمل والوضع عن أحد زعماء الدين في الهند،

<sup>1</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 30.

<sup>2</sup>-سورة السجدة، الآية 08.

<sup>3</sup>-سورة الإسراء، الآية 70.

<sup>4</sup>-سورة الأنعام، الآية 153.

<sup>5</sup>-سورة الصافات، الآية 100.

<sup>6</sup>-سورة الذاريات، الآية 29.

<sup>7</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، ج19، تح. عبد الله بن عبد  
المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص.495.

فنسجت حول الحمل به، ووضعه، الأساطير والقصص الخيالية. غير أن بعض الباحثين، كابن خلدون، والفارابي، وغيرهما أشاروا إلى تخلقات تشبه ما هو واقع اليوم<sup>1</sup>.

ولقد تمكن الباحثون من تحقيق أول خطوة لحل لغز التكاثر البيولوجي عام 1830، حيث تم ضبط الأنسجة المكونة من خلايا محددة، تشكل الوحدات الأساسية للحياة، بمعنى أن كل جسم حي يرى بالعين المجردة يتكون من بلايين الخلايا، وبعد سنوات وجيزة، تم معرفة أن كل جسم حي ينشأ من اتحاد خليتين أساسيتين، هما البويضة والنطفة، وفي سنة 1865 اكتشف عالم الوراثة "مندل" في دراسته التي وضح فيها أن كل كائن ينقل لنسله مجموعة من الوحدات الأساسية تسمى الجينات، وفي الإنسان تنتقل كل الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء<sup>2</sup>.

وحيث أن الثابت في التكريم الرباني يشمل الجانب المعنوي والمادي للإنسان، ويظهر ذلك في مختلف الأدلة الشرعية، إذ في مجملها تهدف إلى إرساء قواعد عامة ومقاصد كلية، تمثلت في خمس كليات، من شأنها تأطير حياة الإنسان والأمة جمعاء، وهذه الكليات، هي كلية الدين، كلية النفس، كلية العقل، كلية المال، وكلية النسل، فكان المطلوب من الإنسان حفظها ورعايتها، لكي لا تضعف ولا تنجلي، وذلك من ناحية الوجود، ومن ناحية العدم<sup>3</sup>، ويكون ذلك بوسائل شرعية أصالة أو وسائل مشروعة تبعاً، كوسائل مستحدثة لغرض الحفاظ على تلك الكليات، لأنها كليات وثيقة الصلة بينها وبين مهمة الإنسان في الاستخلاف، والأهم منها كلية النسل، لأنها تحقق حفظ النوع البشري، بالإنباب والتكاثر، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وينقطع التكليف<sup>4</sup>. كما أن مقاصد النكاح عند الأطباء ثلاثة، حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضر احتباسه، ونيل اللذة، وهذه الأخيرة هي التي في الجنة، إذ لا تناسل هناك ولا احتباس<sup>5</sup>.

ولتحقيق تلك الغاية من جانب الوجود، شرع الله الزواج الذي هو من أسمى العقود المأمور بإتيانها، لما يعلق بهذا العقد من المصالح الدينية والدينيوية، منها رعاية النساء بالإئناق عليهن، وصيانة النفس من الزنا، ومن

<sup>1</sup>- عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع02، ص.147.

<sup>2</sup>- سعيد محمد الحفار، البيولوجيا ومصير الإنسان، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1984، ص.27.

<sup>3</sup>- أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج02، تصنيف، بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتخرّيج، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، ص.17.

<sup>4</sup>- فريدة بنت صادق زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، ط01، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2006، ص.09-10.

<sup>5</sup>- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، اعنتي به محمد خليل عيتاني، ج03، ط01، دار المعرفة، لبنان، 1418هـ-1997م، ص.166.

ذلك تكثير عباد الله، وأمة الرسول ﷺ، وتحقيق مباهاته يوم القيامة، لقوله ﷺ « تزوجوا الودود الولود إني مكائر الأنبياء يوم القيامة »<sup>1</sup>، وسببه تعلق البقاء المقدر به إلى وقته، فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة، وبالتناسل يكون هذا البقاء، وهذه العلاقة لا تكون إلا بين الذكور والإناث، ولا يتحقق ذلك بينهما إلا بالوطء الذي شرع بالنكاح، لأن بغير هذا السبيل، فساد واشتباه في الأنساب، وهو سبب لضياع النسل<sup>2</sup>.

أما تحقيقها من جانب العدم، فيكون بمنع كل ما يقطعه، أو يقلله، أو يعدمه، أو يكون بغير الطريق المشروع، فلأن المقاصد الشرعية هي جلب المنافع للناس، ودفع المفاسد عنهم، فلا يتوصل إليها، إلا بأسباب تفضي إليها، وبالاستقراء نجد أن الأفعال الموصلة إلى المصالح يطلبها الشارع، أو يأذن فيها، والأفعال الموصلة إلى المفاسد ينهى عنها ويمنع منها<sup>3</sup>، فالشريعة الإسلامية جاءت بضوابط محكمة، من شأنها ردع كل من ينزوي عن حدودها، ويرضى بالزيلة والفسق، كحد الزنا، وحد القذف، والنهي عن التبتل، وعدم الزواج لغير عذر، أو كل شبهة تؤدي إلى إشاعة الرذيلة والفحش والظعن في الأنساب.

وحفظ النسل يعلق به شرعا، مقصد آخر تبعي ومكمل له، هو مقصد النسب، وبالتمعن في الأحكام الشرعية المنظمة له، كطرق إثباته أو نفيه، وكل القواعد الحاكمة له، يجعل منه مقصدا شرعيا قائما بذاته، فمن الناحية التأصيلية الشرعية الفقهية للنسب، يتضح لنا حقيقة تكامل حفظ النسب وحفظ النسل، إذ بثبوت نسب الولد لأبيه من زواج صحيح أو فاسد، بل أبلغ من ذلك ثبوت نسب ولد الزنا من أمه، هذا إن دل على شيء إنما يدل على إعمال مقاصد الشرع في المحافظة على النسل، في كنف من يكفله ويرعاه، ويتوافر الضوابط والقيود الشرعية التي تقره وتثبتته، خلافا لما كان سائدا في الجاهلية<sup>4</sup>.

وكل ذلك نلمسه في نصوص قانون الأسرة، حيث فصل في مسألة النسب في الفصل الخامس من الباب الأول في الكتاب الأول بموجب المواد من 40 إلى 46، سواء في ظل قيام العلاقة الزوجية، أو حالة انحلالها بوفاة، أو طلاق، أو زواج تم فسخه بعد الدخول. غير أن ما يلاحظ عليه أنه لم يفرق بين أسباب ثبوت النسب ووسائله، على أن الزواج الشرعي هو السبب المؤدي لثبوت النسب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن حنبل، المسند، تح. محمد عبد القادر عطا، ج5، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ح. ر. 12948، ص. 444-445.

<sup>2</sup>- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص. 192-193.

<sup>3</sup>- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، د. ط، الدار الجامعية، بيروت، د. س. ن، ص. 312-313.

<sup>4</sup>- فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص. 241.

<sup>5</sup>- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015، ص. 35.

كما أنه قد استجاب للمستجدات الطبية الحاصلة، بإقرار إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية بمقتضى المادة 40<sup>1</sup> من ذات القانون عند إثبات النسب، دون حصر منه لتلك الوسائل، ومكانتها ضمن الوسائل المعهودة مسبقاً، وبذلك ترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي في ترجيح الدليل العلمي على الطرق الشرعية في هذا الجانب، وهو الأمر الذي تؤكد على الساحة القضائية، سواء بالنسبة للجوء إلى الطرق العلمية<sup>2</sup>، أو بمنع اللجوء إلى طرق أخرى غير شرعية، كمنع التبني<sup>3</sup>.

وسبقاً على ذلك، فمقصد حفظ النفس من أولى اهتمامات الشريعة الإسلامية، فالإنسان محترم حياً وميتاً<sup>4</sup>، فقد عنيت شريعتنا بما عناية بصون النفس البشرية، فحرمت قتل النفس إلا بالحق، لقوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...»<sup>5</sup>، وفي منتهى حرصها على حماية هذا المقصد، فقد أقرت المسؤولية المسؤولة على القتل والجرح الخطأ، وما في حكمه، فأوجبت الدية على الجاني<sup>6</sup>، وسنت الأحكام الكفيلة بعدم ضياع حق الجاني عليه، وتجريم قطع عضو من أعضائه<sup>7</sup>.

وهذا المبدأ محمي بنصوص التشريع، فنصوص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية تكرسان نفس القواعد، عملاً بمبدأ دستورية القوانين، فأفعال الاعتداء على الجسم بالضرب والجرح، وتقديم المواد الضارة والسامة، وكل أفعال العنف والتعدي هي مجرمة، ولكل منها العقوبة المناسبة لها.

وبالرجوع إلى مكانة الزواج، نجده يجسد ذلك النظام الإلهي، الذي أوجده الله تعالى لهداية الإنسانية للبر، ولمصلحة المجتمع البشري، في إقامة أو اصر الأسرة، التي هي عماد الأمة، فحفظ النوع الإنساني لا يتأتى إلا

<sup>1</sup>-تنص المادة 40 ق.أ.ج على أنه: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»؛ أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع15، المؤرخة في 27/02/2005، ص.18.

<sup>2</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 05/03/2006، ملف رقم.355180، م.ق، 2006، ع01، ص.469 وما بعدها.

-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 15/03/2012، ملف رقم.704222، م.ق، 2013، ع01، ص.262 وما بعدها.

<sup>3</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 21/11/2000، ملف رقم.246924، م.ق، 2001، ع02، ص.29.

<sup>4</sup>-أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط02، د.د.ن، 1987، ص.24.

<sup>5</sup>-سورة الإسراء، جزء من الآية 33.

<sup>6</sup>-شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج07، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ-2003، ص.315 إلى 317..

<sup>7</sup>-أحمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص.26.

بالزواج الشرعي، إذ هو المنشئ للأسرة، والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع، ويكون ذلك بالاتصال بين الرجل والمرأة، وتحقيق الإنجاب، وهي الفطرة التي فطر الله الناس عليها، في جو المحبة والألفة، وفي إطار تبادل الحقوق والواجبات داخل نظام خاص بها<sup>1</sup>. كل ذلك يجعل من الزواج مظهراً من مظاهر الرقي الإنساني، فهو راحة النفس الفاضلة، ومستقرها، وأمنها، وسكنها، وهو تكاليفات اجتماعية، فمن رغب عنه، فقد أحجم عن الواجبات الإنسانية، وهبط إلى أدنى درجات الحيوان<sup>2</sup>.

غير أن الرغبة في الإنجاب قد تعترضها معوقات تعيق الأزواج على تحقيقها، وأبرزها مشكلة العقم، فقد بات من الأمراض المنتشرة، والمتعددة الأسباب؛ فمنذ القدم، والطب يقوم بمحاولة علاج العقم بالعقاقير المختلفة، في ظل حاجة الناس للولد، أدى ذلك إلى الوقوف على أسباب العقم الطارئة منها، والمستديمة، واستقر عندهم أن نسبة العقم في المرأة أكثر من الرجل<sup>3</sup>، فالاعتقاد الذي كان سائداً هو أن الرجل فحل بطبعه لا يتصور منه عدم النسل، وأن العقم مرض أنثوي<sup>4</sup>. غير أنه في الوقت الحالي تبين أن معظم الزوجات مؤهلات للإنجاب، وأنه لا أحد يستطيع التنبؤ بالوقت الحقيقي لحدوث الحمل، فهناك فرضية حدوث الحمل بنسبة 25% من كل شهر، وذلك راجع لأسباب عديدة، كعدم حدوث تلقيح البويضة، أو عدم نمو البويضة الملقحة<sup>5</sup>.

ولا شك أن الإسلام يسعى إلى رفع الحرج عن العباد، فيكون الظاهر أن علاج العقم مشروع من حيث الجملة، لما روي عن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله أنزل الدواء والدواء وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تتداووا بالحرام"<sup>6</sup>. كما يمكن تعليل ذلك، بالاستناد إلى القواعد الفقهية، لكونها تمكن من دراسة الجزئيات المرتبطة بعلاج العقم، إذ الخوض في ذلك بمعزل عنها، قد يوقع في الخطأ والخلط والاضطراب،

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط01، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2012، ص.80.

<sup>2</sup>- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.س.ن، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، مصر، ص.21.

<sup>3</sup>- رشيدة سبتي، ظاهرة العقم دراسة نفسية اجتماعية، ط01، 2012، دار التنوير، الجزائر، ص.35.

<sup>4</sup>- ماهر أحمد السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، مجلة الجامعة الإسلامية-سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، 2006، ع01، مج14، ص.17.

<sup>5</sup>- سارة علاء عبد الهادي، العقم لدى النساء، بحث مقدم كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في العلوم، جامعة بابل، كلية التربية الأساسية، العراق، د.س.ن، ص.02.

<sup>6</sup>- محمد المدعو بعبد الرؤف المناوي، فيض التقدير شرح الجامع الصغير، ج02، ط02، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1972، ح.ر. 1696، ص.216.

لعدم وجود الرابط بين المسائل، فهي دلالة على استيعاب الفقه الإسلامي لنوازل العصر، وتراعى بمقتضاها الحقوق والواجبات، وتبطل دعاوى المنتقصين من الفقه الإسلامي، بحجة عدم شموليته لقواعد كلية، وأنه يشمل حلولاً جزئية، لا غير<sup>1</sup>.

والعقم المعروف غالباً، هو ما كان لسبب يعتري أحد الزوجين أو كليهما، خارج عن إرادتهما، لكن في نظرنا يوجد نوع آخر من العقم، تحدته إرادة الزوجين، باللجوء إلى ما توصل إليه العلم التشريحي والجراحي من تقنيات، تمكن من سلب القدرة على الإنجاب، كجراحة التغيير الجنسي، وجراحة التعقيم، وهذه العمليات يتأرجح حكمها شرعاً بحسب كل حالة، فهي تعد على النفس، وهو الأصل الثاني للمصالح الضرورية في الشريعة الإسلامية. كما أنها تتعارض مع القوانين المعمول بها، وإن كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة، ولكن يمكن استخلاص ذلك من النصوص القانونية، مثل ما جاء في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه يمنع على الطبيب بتر أحد أعضاء جسم الإنسان ما لم يكن هناك سبب طبي بالغ الخطورة<sup>2</sup>.

وقلة الإنجاب تدعمها معوقات اجتماعية، وأخرى قانونية؛ فأما الاجتماعية، فهو ما كان قائماً في المجتمع، ويؤدي إلى عرقلة الشباب، أو الأزواج لتحقيق الإنجاب، وإن كانت أزمة الزواج مردها إلى أسباب مختلفة، نفسية، اقتصادية، واجتماعية، كلها تعود بالضرر على الشباب، والمجتمع. غير أن الطابع العام للحياة يكمن في غلاء المعيشة، التي لا يقدر على تحملها إلا من كان ميسور الحال، فيكون في السبيل إلى متطلبات الزواج من العقبات المستعصية، كدفع مهر الزوجة، الذي أصبح يتأثر بالمتغيرات الفكرية، والعادات والتقاليد الأسرية، نتج عنه المغالاة في المهور، حيث عد هو السبب المتصدر للعزوف عن الزواج<sup>3</sup>، أضف إليه مشكلة التذرع بمسكن الزوجية، الذي فرضته الذهنية العصرية بظهور الأسر النووية، من منطلق أنه مطلب شرعي، قانوني وقضائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، الفقه الطبي، الإصدار 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431هـ-2010م، ص.30.

<sup>2</sup> -تنص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه: « لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقتهم »؛ المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، المؤرخة في 08/07/1992، ع52، ص.1415.

<sup>3</sup> -فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص.136.

<sup>4</sup> -المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 04/11/1985، ملف رقم.38331، م.ق، 1989، ع01، ص.101.

-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 02/04/1984، ملف رقم.32653، م.ق، 1989، ع02، ص.59.

وأما المعوقات القانونية، فيمكن أن نلمسها في طبيعة بعض النصوص القانونية، المنظمة للعلاقة الزوجية، سواء قبل نشوئها، أو أثناء قيامها، كنص المادة 07 من ق.أ، التي تحدد سن 19 سنة، كمعيار للحكم بأهلية الزواج للرجل والمرأة معاً، وهو ما لا يمكن تقبله بداهة، في ظل تعدد آراء الفقه الإسلامي، وكذا النطاق الضيق الذي أوردته نص المادة 08 من نفس القانون، بخصوص الشروط اللازمة لتعدد الزوجات، إلى جانب بروز دعيات إعلامية، باتت تعرف بعملة حركة تحديد النسل، في ثوب مصطلحات جديدة، كتنظيم الأسرة، والصحة الإنجابية والجنسية، والصحة التناسلية للشباب والمراهقين، كلها ترمي إلى توجيه النسل، إن لم نقل قطعه، وهذه الدعايات تم قبولتها في شكل نصوص قانونية، ما فتئ أي مجتمع أن يسلم منها، بما في ذلك مجتمعنا الجزائري، وما أقرته السلطة التشريعية في هذا المقام، مثل نص المادة 71 ق.ص. يجعل التنظيم العائلي أولوية للصحة العمومية، لأن مسألة الإنجاب تهم الدولة مباشرة، خاصة عند فقدان معادلة توازن عدد السكان والموارد الضرورية لضمان حاجياتهم، ما يجعلها تسعى إلى إيجاد حلول للمشاكل المترتبة عن ذلك الاختلال<sup>1</sup>.

ولا مناص من القول، أن أكثر تلك المصطلحات شيوعاً على الساحة الدولية والوطنية، مصطلح الصحة الإنجابية، كونه يمس جوانب عديدة، وثيقة الصلة بالحقوق الإنجابية، التي لها امتداد راسخ في معظم المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، إلا أنها بصفة عامة تتضمن مبدئين هما، الحق في رعاية الصحة الإنجابية، والحق في تقرير المصير في المسائل المرتبطة بالإنجاب<sup>2</sup>. وقبل ذلك فإن حقوق الإنسان المرتبطة بالإنجاب، وبصفة مميزة لدى المرأة، أصبحت تأخذ تدريجياً منذ مطلع القرن العشرين اهتماماً متزايداً، فاتسع نطاقها من الاحتكار القانوني الداخلي إلى الساحة الدولية، بموجب الاتفاقيات والمؤتمرات التي كلفت هذه المسألة على أنها موضوع مشترك بين جميع الدول<sup>3</sup>، والجزائر ليست بمنأى عنها، إذ تأثرت معظم قوانينها الأساسية بذلك، في محاولة لإيجاد ضمانات تركز الحقوق الإنجابية للمرأة على وجه الخصوص<sup>4</sup>.

ولا يخفى علينا أن موضوع الصحة الإنجابية، كان لشريعتنا السمحاء السبق في حفظها، فأحكامها تتسم بالشمولية في تنظيم حياة الإنسان، فهي بمثابة دستور كامل، فكان لها الاهتمام الأوفر بشؤون الأسرة، فحرصت

<sup>1</sup>-أبو الأعلى المودودي، حركة تحديد النسل، ط01، د.د.ن، 1385هـ-1965م، ص.164 وما بعدها.

-هذا الإجراء يعترضه عدم جواز تقييد ولي الأمر لحرية الإنجاب بإصدار قانون عام يقضي بذلك.

<sup>2</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، الطريق إلى التقدم أداة للنهوض بإصلاح قوانين الحقوق، 2007، الولايات المتحدة، ص.14.

<sup>3</sup>-أنظر؛ ص.127 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>4</sup>-العكروفي علي، الخصائص الاجتماعية والديمقراطية وعلاقتها بحقوق الإنجاب عند المرأة، ط01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص.23.

على سلامة أفرادها من الزوج والزوجة والأولاد، جسديا ونفسيا وعقليا، بل حررت الأسرة من الانحلال الأخلاقي، والأمراض، وتوعية الأزواج بإنجاب ذرية قوية سليمة خالية من كل العيوب، بل إن الإسلام حرر المرأة من قيود المعتقدات الزائفة، ونالت العناية الحقيقية، لكونها شقيقة الرجل، وأحق الناس بالصحة أما، وبابا إلى الجنة بنتا، ومناط خيريته زوجة؛ فالمرأة في حكم الشرع إنسان مكرم، وشريكة الرجل في مهمة الاستخلاف وإعمار الأرض، فهما سواء في وحدة الأصل الإنساني، ومرد الخلق إلى منبعه الأول، فكلاهما من نسل واحد<sup>1</sup>.

ويزداد التأكيد الدولي بشأن الحقوق الإنجابية، بالتركيز على إنهاء بعض الممارسات الماسة بالجهاز التناسلي للمرأة، والمتمثل في جراحة الختان، إذ عرفت منظمة الصحة العالمية على أنها: "مجموعة من الإجراءات التي تشمل الإزالة الجزئية، أو الكلية للأعضاء التناسلية الأثنوية الخارجية، أو غير ذلك من أشكال الإضرار بالأعضاء التناسلية للأثني، سواء لأسباب ثقافية أو دينية أو لأسباب أخرى غير علاجية"<sup>2</sup>، وتبعاً لذلك حتمت علينا الدراسة ضرورة تبيان التأصيل الشرعي لعملية الختان، وعلاقتها بالصحة الإنجابية، في ظل تجاذب الآراء حول أثرها على القدرة الإنجابية، وبالتالي تكييفها كاعتداء على السلامة الجسدية، وإقرار المسؤولية الطبية، في كنف نصوص القانون الجزائري.

وبالتأمل في أقوال الفقهاء عند حديثهم على حقوق الزوجين من حيث الأخذ والعطاء في أنواعها، لوجدنا أن كلها ليست إلا الأحكام الشرعية التي وضعها الشارع لبلوغ المقصد الكلي للزواج، وهو حفظ النسل، ومقاصده الجزئية الأخرى، كالاستمتاع والتوارث، إذ الرباط الزوجي الذي أحله الشارع بين الرجل والمرأة، لا يتحتم تأديته إلى هذا المقصد، إذا كانت الحقوق الفردية، أو المشتركة بينهما لم تؤد أصلا، أو إذا أدت على الصورة التي لم تحقق ذلك المقصد، بل وتناقضه، وعليه فإن حقوق الزوجين، بعد أن تكون واجبة عليهما، فيكون أداءها الصحيح واجبا، ويكون استعمالها في تحقيق مقصدها واجبا كذلك<sup>3</sup>.

وحق الإنجاب يعد من الحقوق المقدسة المشتركة بين الزوجين، يرجى من ورائه تكوين أسرة يسودها التكامل، إذ هي امتداد لحق الحياة والزواج، فقد حرصت القوانين الوضعية على ضمانه وحمائته، ومن قبل أحكام

<sup>1</sup>- محمد يحي النجمي، حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية سيداو قراءة نقدية هادفة، محاضرة يوم الثلاثاء 09 صفر 1428هـ الموافق 2007/02/27، منتدى الفكر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص.05.

<sup>2</sup>- مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.55.

<sup>3</sup>- مصطفى بن شمس الدين، حقوق الزوجين ومدى التعسف فيها، منشور على موقع الإنترنت: <https://www.noor-book.com>، تاريخ الإطلاع: 2022/04/05، ص.02.

الشريعة الإسلامية السامية، لكون هذا الحق يترتب عليه الكثير من الإشكالات القانونية والشرعية والأخلاقية، التي تتطلب التحديد الدقيق، وإسقاط الحكم عليها بصورة مباشرة.

وما دام أن الإنجاب حق مشترك بين الزوجين، فإنه يكون بوسع الزوجين القدرة على توجيهه، قصد الحصول على الأولاد في حدود الرغبة، غير أن حدودها تتأرجح بحسب الزاوية المنظور بها إليها، فمن الناحية الشرعية، قد يوجد رأي بعدم التحديد المسبق لعدد الأطفال، يقابله رأي بإمكان ذلك، ولكل أدلته التي يعتمد عليها، كذلك الشأن في الساحة القانونية، فهناك من ينظر إلى الإنجاب على أنه معضلة ينبغي على الأزواج التفكير والتخطيط المسبق لها، دون تركها لمحض الصدفة، لاسيما في ظل الواقع المعيشي الذي نعيشه، جراء ارتفاع تكاليف المعيشة، وانخفاض الدخل الأسري<sup>1</sup>.

وعلى النقيض من ذلك، يمكن للزوجين التمسك بحق عدم الإنجاب، فهذا الحق واقع بين قوامه الزوج، الذي يستلزم وجوب طاعة الزوجة<sup>2</sup>، وبين مبدأ المساواة بين الزوجين، الذي يتطلب احترام رأي كل منهما، في إطار التشاور. ولقد تأكد هذا الحق، بظهور مستجدات طبية من شأنها المساعدة على ممارسته، كمسألة تقرير المصير في تنظيم الإنجاب، فهي تقنيات أحدثت جدلا واسعا لدى رجال الفقه الإسلامي والقانون، مع ضرورة تبيان الحلول المقترحة من طرف التشريعات القانونية، بالمقارنة مع الحلول الشرعية، لذلك يكون من الأجدر والأسلم التوفيق، أو على الأقل التقريب بينهما، بما يمكن اقتراحه من توصيات ونتائج خلصنا إليها في هذه الدراسة.

ومصلحة الدولة تتمثل في أن يكون المواليد متمتعين بصحة إنجابية عالية، ومعاين من الأمراض الوراثية، ولذلك أصبح الأخذ بالحسبان مسائل عديدة، كإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، وزواج الأقارب، لكونها من الحلول المعمول بها في الكثير من المجتمعات، للحيلولة دون وقوع مشاكل على الصعيدين الأسري والاجتماعي.

وليس بالإجراءات الوقائية تتحقق الصحة الإنجابية فحسب، بل تمتد إلى ما يجب فرضه لحماية المرأة الحامل من أشكال التعدي أثناء الحمل، أو عند الوضع، وذلك بالاستعانة بالقوانين على نحو متزايد لإرساء

<sup>1</sup>-علي خطار شنتاوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع15، 2001، ص.468

<sup>2</sup>-ألغى المشرع بموجب الأمر رقم 05-02 نص المادة 39 التي تنص صراحة على واجب طاعة الزوجة لزوجها، تماشيا ونص المادة 36 من نفس القانون.

الأسس لبيئة تؤدي إلى الحمل في ظروف صحية، وإلى أمان الولادة. غير أن محاولة عوامة قوانين الإجهاض القانوني، أو كما يروج له بخدمات الإجهاض الآمن<sup>1</sup>، كان له الأثر الملموس في النصوص القانونية المتعلقة بالإجهاض، ضمن القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 02 يوليو 2018<sup>2</sup>، بحيث تخلى المشرع عن مصطلح "الإجهاض العلاجي" تماماً، المسموح به قانوناً، بعد توافر الضوابط القانونية الواردة في نص المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>3</sup>، واستبدله بمصطلح "الإيقاف العلاجي للحمل" في المادة 77 منه، وهذا يسوقنا إلى استنباط تأويلات يفهم معها نية المشرع في توسيع دائرة حالات الإجهاض لدواعي علاجية، بسبب عدم حصرها قانوناً، وبالتنسيق مع ما كان منصوصاً عليه ضمن مشروع نفس القانون، أين تطرق إليه بصفة صريحة.

غير أن الإنهاء غير الطبيعي للحمل يظل مجرمًا بمقتضى نصوص قانون العقوبات في الفصل الثاني بعنوان "الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة"، في القسم الأول منه تحت عنوان "الإجهاض"، بالمواد من 304 إلى 313<sup>4</sup>، وعملاً بذلك يظل إيقاف الحمل لأسباب علاجية، قرار صعب الإقدام عليه، ما لم تحتمه ضرورة بحجم العملية ذاتها، وفي ظل تباين آراء الفقه الإسلامي، خاصة عند تأكيد الحرمة حالة تشكل الجنين ونفخ الروح.

وامتداد الصحة الإنجابية يصل إلى مرحلة خروج الحمل من بطن أمه، وهو إنهاء طبيعي للحمل، إلا أنه محفوف بخطر وقوع التعدي من طرف المشرف على عملية الولادة، والشائع أن هذه الوظيفة تقوم بها القابلة، فعملها فيه شراكة مع المرأة الحامل، فيطلب منها الدعم اللازم والرعاية والمشورة في فترة الحمل، وأثناء الولادة، وبعد الولادة، فتقوم بالتوليد على مسؤوليتها، باتخاذ التدابير الوقائية، لتعزيز الولادة الطبيعية، والكشف عن المضاعفات التي قد تلحق بالوالدة أو وليدها، ما يجعل من التزامها ذو طبيعة ازدواجية<sup>5</sup>، ولا تقتصر هذه

<sup>1</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.44.

<sup>2</sup>-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 02 يوليو 2018، ج.ر.ع.46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص.03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم 1442هـ الموافق 2020/08/30، ج.ر.، المؤرخة في 2020/05/02، ع.50، ص.04. المتعلق بالصحة.

<sup>3</sup>-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، المؤرخة في 17/02/1985، ع.08، ص.176، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup>-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>5</sup>-إلهام أحمد سندي، الكتاب الإرشادي للقابلات، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1440هـ، ص.11.

المسؤولية على القابلة وحدها، بل تقع كذلك على الطبيب المشرف على عملية الولادة، كل في حدود خطئه، لاسيما عند وجود الجنين في وضعية غير طبيعية، تكون سببا في وفاة الجنين، وأحيانا قد تلحق به أمه.

وعليه تجدر الإشارة إلى أن حق الإنجاب في حقيقته ذو وجهين، أحدهما بخلاف الآخر؛ فإذا كان بالإمكان القول بأن للزوجين الحق في الإنجاب، ففي المقابل كذلك لهما الحق في عدم الإنجاب، فهو حق يعيقه إشكال العقم، وهو من الإشكالات التي تثير مسائل قانونية ودينية، لاسيما في الدول العربية المسلمة، كالجزائر، وبطبيعة الحال يتعين اتخاذ موقف حاسم تجاه هذه المشكلة، وبالتحديد مع بروز المستجدات الطبية المساعدة على الإنجاب، كالإنجاب الاصطناعي وزراعة الأعضاء التناسلية.

فالإنجاب الاصطناعي يمكن عده ثورة طبية وعلمية، بل بالدرجة الأولى ثورة اجتماعية، إذ أن أهم مظاهر هذه الثورة وأخطرها على الإطلاق، أن أصبحت عملية الإنجاب تستدعي تدخلا من الغير، بعد أن كان الإنجاب في الأصل قاصرا على الزوجين فقط<sup>1</sup>. إلا أنه من زاوية أخرى يجعل منه تقنية طبية مساعدة على الإنجاب، يستعان فيها بوسائل اصطناعية تحل محل الخطوات الطبيعية، لكن الحاصل هو استبعاد العلاقة الجنسية بين الزوجين، فيتحقق الإنجاب من دون وقوعها.

والمتتبع لهذه العملية يجد أن صورها قد تطورت، فكانت في البداية بالتلقيح الداخلي، الذي يقترب في صورته للعلاقة الجنسية بين الزوجين، ليتم اكتشاف صورة التلقيح الخارجي، التي يحدث فيها التلقيح بتدخل المختصين، وصولا إلى إمكانية إحداث التلقيح في رحم أجنبي عن العلاقة الزوجية، وهذا ما جعل منها تقنية تفرز الكثير من الإشكالات الدينية، والقانونية، والأخلاقية، والاجتماعية، والقضائية، حتم معرفة أحكامها من الناحية الشرعية والقانونية.

وما يثار من إشكالات في إطار العلاقة الزوجية، احتمال حدوث فك الرابطة الزوجية، وتكييف طبيعتها<sup>2</sup>، بسبب رفض أحد الزوجين الإنجاب بهذه التقنية، لأسباب دينية، أو اجتماعية، أو صحية، أو غيرها، لوجوب تحقق الموافقة المسبقة للزوجين من الناحية الشرعية والقانونية، كما يمكن لمصلحة الطفل المولود بهذا الأسلوب أن تتأثر، من ناحية مدى ثبوت نسبه، والحقوق التي يمكن أن يكتسبها، في ظل مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية لحماية تلك المصلحة.

<sup>1</sup>- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية-دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993، ص.17.

<sup>2</sup>-أنظر؛ ص.99 وما بعدها من هذا البحث.

أما ما يثار خارج نطاق العلاقة الزوجية، ما كان نتاج ظهور بنوك الاحتفاظ بالخلايا التناسلية، وإمكانية اللجوء إليها عند الحاجة، ولو كان ذلك بعد انتهاء الرابطة الزوجية، كحالة وفاة الزوج، وفاة حقيقية، أو تلك المشكوك فيها، مثل الموت الدماغي، أو كحالة الطلاق. وبالموازاة مع ذلك برزت الاستعانة بالرحم الأجنبي، وإن كان الدافع لاستعماله في الظاهر ذو طبيعة علاجية، إلا أنه تترتب عليه مشاكل وخيمة، كالمساس بخريطة الأنساب، وزعزعة مكانة الأمومة، يسري ذلك في حق الطفل الناتج عن هذه التقنية، ويمتد إلى أجيال في المستقبل.

إن مثل هذا التطور الطبي في مجال الإنجاب، صاحبه ضرورة معرفة حكمه الشرعي، حيث أقر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، بجواز اللجوء إلى هذا النوع من الإنجاب بضوابط شرعية، في القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة<sup>1</sup>، غير أن ذات المجمع أعاد دراسة ومناقشته إحدى صور التلقيح الاصطناعي من جديد، أثناء دورته الثامنة<sup>2</sup>، والشأن ذاته عند المشرع، فقبل سنة 2005 لم يتطرق بتاتا إلى هذه التقنية، بالرغم أنه من الناحية الواقعية، قد ظهرت إلى الوجود بالجزائر مطلع التسعينيات، وتمت ممارستها فعلا، حيث بلغ عدد المواليد الناتجين عنها 500 طفل، حسب ما صرح به خلال اليوم الدراسي الوطني الأول بعنوان "العقم والتلقيح الاصطناعي"، المنعقد بالبويرة، والذي حضره حوالي 200 طبيب<sup>3</sup>.

غير أنه تدخل بصفة محتشمة بموجب الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة، وأحدث مادة واحدة، ظلت غير كافية لاستيعاب ما يثار بشأن ممارسة هذه التقنية للإنجاب، وما تعرضت له من نقد، بسبب قصورها، لكن بعد صدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، أزاح المشرع اللبس الذي كان مسجلا في هذا المجال إلى حد ما، بإعطائه اهتماما خاصا لمجال البيو-أخلاقيات<sup>4</sup>. غير أننا وقفنا على بعض النقائص التي

<sup>1</sup>-القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، ط02، 1977-2004، ص.152.

<sup>2</sup>-القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته الثامنة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، ط02، 1977-2004، ص.161 وما بعدها.

<sup>3</sup>-شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2008-2009، ص.103.

<sup>4</sup>-تعرف البيو-أخلاقيات بأنها: مجموعة المعارف البيولوجية التي تثير تطبيقاتها قضايا أخلاقية؛ وبذلك فإن مفهوم البيو-أخلاقيات يقتصر على القضايا الأخلاقية المثارة في مجال العلوم البيولوجية والطبية، مثل الاستنساخ وأطفال الأنابيب وغيرها، بينما يتضمن مفهوم قضايا أخلاقيات العلم القضايا الأخلاقية المثارة في فروع العلم المختلفة دون الاقتصار على مجال معين. مروة محمد الباز، القضايا الأخلاقية في العلم والمفاهيم المرتبطة بها، موقع الإنترنت: <https://portal.arid.my>، تاريخ الإطلاع: 2022/02/23.

سجلت، حول مدى كفاية تلك النصوص للمساعدة الطبية على الإنجاب، سنعرضها في أوانها، سواء ما تعلق بالجانب المفاهيمي، أو القيود القانونية الواجب توافرها، وكذا طبيعة المسؤولية المترتبة جراء مخالفة تلك النصوص.

ومن بين سبل المساعدة الطبية على الإنجاب أيضا، الجراحة الواقعة على الجهاز التناسلي، إما بإعادة تأهيله، أو تعويضه باستعمال جراحة نزع وزرع الأعضاء التناسلية، فأما الأولى فلا إشكال فيها بدهاءة، لاحتفاظ المريض بأعضائه، وهو يندرج ضمن التدخلات العلاجية المألوفة، بوجود علة تقتضيها، في حين أن الثانية تهدف إلى زرع الأعضاء والغدد التناسلية في حالة فقدانها، أو عدم صلاحيتها مطلقا، وقد تكون تلك الأعضاء حاملة للصفات الوراثية، ما يترتب على ذلك مساس بالنسب.

والمشروع لم يتطرق بصفة صريحة لمدى جواز اللجوء إلى هذه الجراحة من عدمه، وإن كانت هذه الجراحة هي فرع من جراحة نزع وزرع الأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11، والتي تتطلب احترام ضوابط وإجراءات قانونية قبل القيام بها، لكونها تمس بمبدأ السلامة الجسدية للمريض، تشتت في حمايته مجموعة من القواعد القانونية، في أولها قانون العقوبات، والقانون المدني، وقوانين الصحة، لذلك سنحاول معالجة ذلك من خلال تبيان حدود اتخاذ هذه الجراحة كوسيلة لعلاج العقم وتحقيق الإنجاب، وتبيان أثرها على النسب، وطبيعة المسؤولية المترتبة عنها حالة ممارستها، أو الإقدام عليها.

وليس مما يجاوز الحقيقة العلمية والموضوعية في شيء، القول بأن الهندسة الحيوية والثورة البيولوجية، شكلت العصب الحي للثورة الكلية للعلم، ظهرت نتائجها في نهاية القرن العشرين، كمظهر دال على مضمونها المنذر بالخطر على الحياة الإنسانية حاضرا ومستقبلا، ومن منطلق أن من بين التقنيات الحيوية ما يقوم أساسا على المساس بالكيان الإنساني، والتدخل في خصوصيته الجينية، كالتقنيات التي تتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر للإنسان، أطلق على تسميتها بالهندسة الوراثية أو التعديل الوراثي، وهندسة التكاثر<sup>1</sup>.

ولعل من أهم تطبيقات الهندسة الوراثية، التحكم في جنس الجنين، وإن كان هذا المصطلح غير سديد بالنظر إلى مدى تجسيده واقعا، إذ يوجد فرق شاسع بين مصطلح "التحكم في جنس الجنين"، وبين القول "السعي أو محاولة التحكم في جنس الجنين"، فالأول يقتضي أن يكون حقيقة علمية قائمة، أما الثاني فيهم

<sup>1</sup>- سعيد مجد الحفار، المرجع السابق، ص.25.

منه احتمالية وقوعه من عدمه<sup>1</sup>، على خلاف ما هو متقن منه عند بعض الحشرات، كالنحل مثلاً، الذي يتحكم في نوعية نسله<sup>2</sup>. إلا أن الإنسان لا يستطيع فعل ذلك إلا في حدود ضيقة، وبدرجة نجاح متفاوتة، بالنظر إلى دقة هذه التقنية في طرقها المخبرية<sup>3</sup>، وإن وجدت بالموازاة طرق تقليدية ظنية النتائج، فالحاصل أن وسيلة انتقاء جنس الجنين قد ثار بشأنها جدال فقهي حول مدى جوازها، بين مؤيد ورافض، ولكل أدلته، أما المشرع فقد نص صراحة على عدم جوازها في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

ومما أفرزته الهندسة الوراثية كذلك، تقنية الاستنساخ البشري، من خلال التدخل في نواة الخلية الإنسانية، جنسية كانت أو جسدية، ما يتيح إيجاد نسخ بشرية، لا فرق بين الشخص المنسوخ والمستنسخ منه في كافة الخصائص الوراثية، الباطنة والظاهرة. غير أن هذا الأسلوب وباعتراف من مبتكريه، يكون له انعكاسات وخيمة على النسل، ولو أدى ذلك إلى إيجاد جنس أفضل، ولكن تبقى سلطة اختيار الأفضل أمراً غير محدد<sup>4</sup>.

ولقد كان لهذه الأثر البالغ على النفوس البشرية، وفي مناهج البحث العلمي، إذ رأى بعض المؤيدين إمكانية الاستعانة بالاستنساخ لتحسين حياة الأجيال القادمة، وأنه يساعد على تشخيص بعض أسباب الإجهاض المبكر، إلى غير ذلك من الميزات، أما البعض الآخر فيرى بعدم صلاحيته، لما يترتب عليه من محاذير في جميع أنواعه<sup>5</sup>، والمشرع قد نص صراحة على حظره في المادة 375 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، لما يفرزه من آثار قانونية، لها الارتباط الوثيق بمختلف النصوص القانونية الأخرى.

<sup>1</sup>- محمد سعيد رمضان البوطي، موقف الشريعة الإسلامية من التحكم بنوع وأوصاف الجنين والإسقاط عند ظن التشوه، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج01، ص.291.

<sup>2</sup>- يتم وضع البيض من ملكة النحل، وهي الأنثى الوحيدة في الخلية، ذات الأعضاء التناسلية الكاملة التكوين، فهي تبيض نوعين من البيض، ملقح ينتج عنه ملكات بعدما تغذى بالغذاء الملكي، وشغالات تغذى بغذاء خاص، وغير ملقح ينتج عنه ذكور النحل، يغذى كذلك بغذاء خاص؛ الهيئة العامة للشؤون الزراعية والثروة السمكية والإرشاد الزراعي، قسم وقاية النبات والحجر الزراعي، النحل، د.ط، مطبعة حكومة الكويت، 1986، ص.11 وما بعدها.

<sup>3</sup>- محمد علي البار، اختيار جنس الجنين وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006، ص.03.

<sup>4</sup>- سعيد محمد الحفار، المرجع السابق، ص.112 وما بعدها.

<sup>5</sup>- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، الاستنساخ دراسة فقهية، أطروحة دكتوراه في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، كلية الشريعة، 1432هـ-1433هـ، ص.65.

وتأسيساً على ذلك، فقد سببت وسائل علاج العقم الحديثة، إشكالات دينية وقانونية وأخلاقية، تعين على رجال الفقه الإسلامي والقانون التدخل لتوضيحها، وإيجاد حلول لها، يمكن تقبلها، فتم في هذا الصدد عقد العديد من المؤتمرات والندوات، وحصل الاتفاق على حلول تراعى فيها الاعتبارات الإنسانية والدينية والقانونية، مع صدور تشريعات قانونية تعكس ذلك. لكن قد يرى البعض<sup>1</sup>، أنه يمكن مواجهة العقم، بإتباع الطرق الشرعية غير المريبة، إلى جانب اللجوء إلى الخالق عز وجل، والاعتصام بحبله، وطرق بابيه بالدعاء، إذ أن الولد ليس هو كل شيء في هذه الدنيا، فكثير من السلف أحجم عن الزواج، حبا في الجهاد، أو التفرغ للعلم، كما فعل الإمام النووي<sup>2</sup>، وابن تيمية<sup>3</sup>، وغيرهم<sup>4</sup>، رحمة الله عليهم.

ونافلة القول، أن مثل هذه التقنيات، ترتب عليها تقهقر وتصدع معيار الطريق المعهود للإنجاب، وهو الزواج والوطء الشرعي، إذ أصبح بالإمكان الإنجاب بغيرهما، في ظل عدم دقة الضوابط القانونية، وضعف الوازع الديني، وشغف المختصين في تجريب كل ما يمكن تصوره، والرغبة فيه، تبعا للنزعة المادية والتجريدية لاختصاصهم، بعيدا عن حقيقة الكيان الإنساني وحرمة، يتطلب من كل غيور، رجل دين كان، أو قانون، عدم السكوت، والصدع بما يمكن الصدع به، من أحكام شرعية، وقانونية، وأخلاقية، في سبيل الحد من زحف بعض الممارسات، التي وصلت إلى مراتب البهائية.

ولعل أهمية بحثنا منبعها الجدية وشدة الحاجة إليه، حيث أننا تناولنا أحد أهم مقاصد الدين، وهو حفظ النسل، وربطناه بالمستجدات الطبية ذات الصلة به، وهو لا شك أنه من المواضيع الجديدة، خاصة وأنا عاجناه من الناحية القانونية، بإبراز الأحكام الشرعية التي أثارها فقهاء الفقه الإسلامي، ثم محاولة تبيان مدى مواكبة المشرع الجزائري لمثل تلك الأحكام. ويكمن السبب في مدى استيعاب النصوص القانونية السائدة للتطورات الطبية، مقارنة بما استحدثته في الآونة الماضية القريبة، ما يجعل من بحثنا مرجعا قانونيا، يمكن الاستئناس به في حدود ما تضمنه.

<sup>1</sup>- محمد فوزي فيض الله، التلقيح الإصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع259، السنة الثانية والعشرون، مارس-أفريل 1986، ص.39.

<sup>2</sup>- عبد الفتاح أبو غدة، العلماء العزاب الذين آثروا العلم على الزواج، ط01، مكتب المطبوعات الإسلامية، بيروت، حلب، 1982، ص.92.

<sup>3</sup>- عبد الفتاح أبو غدة، المرجع نفسه، ص.99.

<sup>4</sup>- عبد الفتاح أبو غدة، المرجع نفسه، ص.26 وما بعدها.

من جهة أخرى قد يكتسي هذا البحث أهمية علمية وأخرى عملية؛ فأما الأولى، فتكمن في عدم وجود دراسة شاملة لمسألة الإنجاب، بإعطاء نظرة حول أحكامه العامة، ثم تبيان تأثيره بالتطورات الطبية الماسة به، باستثناء ما وقفنا عليه من بحث، تمثل في أطروحة دكتوراه بعنوان، -أحكام النوازل في الإنجاب-، للباحث مُجَّد بن هائل بن غيلان المدحجي<sup>1</sup>، إلا أنها كانت دراسة شرعية محضة، شملت أغلب النوازل الطبية، أما باقي البحوث العلمية، فقد تناولت مستجد أو أكثر، إما من الناحية الفقهية، أو القانونية. غير أن هذه الدراسة عاجنا بمقتضاها الإنجاب من الجانب القانوني على ضوء نصوص القانون الجزائري، وتبعاً لآراء الفقه الإسلامي.

أما الثانية، فقد تشكل دراستنا مرجعاً إرشادياً، لمختلف الفئات، بالأخص الأزواج الذين يعانون من مشكلة العقم، ويرغبون في الإحاطة ببعض المستجدات حسب حالتهم، من الناحية الطبية، والشرعية، والقانونية، وبالنسبة للممارسين الطبيين، للتمكن من نفع أنفسهم، وكذا تنوير مرضاهم بالمعلومات الضرورية في مجال الإنجاب.

وأسباب اختيارنا لهذه الدراسة، مرجعها إلى كون أن موضوع الإنجاب من مقاصد الشريعة الإسلامية، لحقه مساس جراء المستجدات الطبية، ورغبتنا في إثرائه ولو بالشيء اليسير، من خلال إعطاء النظرة الطبية لكل مستجد في مجال الإنجاب، وبيان حكمه الشرعي والقانوني، وآثاره القانونية. وعليه فإن هذه الدراسة تتمحور حول « الإنجاب والمستجدات الطبية في القانون الجزائري »، بعد الإشكال المطروح التالي: هل واكب المشرع الجزائري المستجدات الطبية المتعلقة بالإنجاب؟

وبطبيعة الحال، فإن هذه الدراسة لم تخلو من عقبات، أبرزها قلة الشروحات للنصوص التي تضمنها قانون الصحة رقم 18-11 في مجال الإنجاب، وإن وجدت، فلم تكن بالمستوى الذي يتطلع إليه، أو كانت في إطار نص المادة 45 مكرر ق.أ. الأمر الذي يتحتم محاولة التعمق في مفاهيم بعض المصطلحات القانونية، وتأويلاتها، وما ترتبه من آثار قانونية، وكذا بالنسبة للآراء الفقهية في المسائل الخلافية، يكون من الأخرى تبيان الموقف القريب للصواب. وجملة، فموضوع الإنجاب بطبيعته الشاسعة، قد كانت بمثابة عقبة، صعبت علينا مهمة البحث، إلا أننا حاولنا حصره وفق خطة مناسبة.

<sup>1</sup> - مُجَّد بن هائل بن غيلان المدحجي، ملخص أحكام النوازل في الإنجاب، أطروحة دكتوراه في الفقه، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، 1429هـ-1430هـ.

وبالنسبة للمنهجية المتبعة فقد تمثلت في المنهج الوصفي عند الحديث عن المفاهيم، والأحكام العامة للإنجاب، والأسباب الدافعة لاستعمال المستجدات الطبية، وطريقة العمل بها، والمنهج التحليلي عند التطرق للآثار القانونية المترتبة، وكيفية تناول المشرع للمسائل التي عالجناها، مركزين على الجانب الاصطلاحي، ومدى كفاية النصوص القانونية. وكل ذلك سيكون مرسوما في الخطة المكونة من البابين التاليين:

الباب الأول: الأحكام العامة للإنجاب.

الباب الثاني: النظام القانوني لمستجدات تكنولوجيا الإنجاب.

## الباب الأول

## الأحكام العامة للإنجاب

إن حفظ النوع غريزة مجبولة عليها النفس البشرية، فإذا أشبعت تحقق الاستقرار والاطمئنان فيها<sup>1</sup>، وسعي الإنسان في الإبقاء على نوعه يكون بالتوالد والإنجاب. والإسلام بأحكامه يراعي تلك الغرائز من دون كبح ولا تعطيل، بحيث حصر العلاقة بين الرجل والمرأة في الزواج الشرعي حفظاً للنسب. فرغب في التكاثر وزيادة النسل، بدليل قول الله تعالى « وَمِنْ آيَاتِهِمْ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ <sup>2</sup> »

ولعل هذا الذي نجده في طيات القانون الجزائري، إذ تنص المادة 04 من ق.أ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". ما يفهم منه أن الإنجاب المعترف به قانوناً، هو الواقع في إطار العلاقة الزوجية، باعتبارها النواة الأساسية لتكوين المجتمع.

والإنجاب مسألة تلامسها جملة من المقاصد والأحكام من الناحية الشرعية أو القانونية، فتعمل على صونه. كما قد تعترضه عوائق وإشكالات ذاتية وموضوعية، كلها تؤدي إلى التأثير على مساره، سواء ما كان معلوماً أو ما استحدثه الطب المعاصر، كل ذلك سنعالجه من خلال الإنجاب وعلاقته الشرعية ضمن الفصل الأول، ثم نتطرق إلى الصحة الإنجابية في التشريع الجزائري ضمن الفصل الثاني.

<sup>1</sup>-زيد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، تق.عبد العزيز الخياط، ط01، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ص.24.

<sup>2</sup>-سورة الروم، الآية 21 .

## الفصل الأول

### الإنجاب وعلاقته الشرعية والقانونية

يقال علق بالشيء علقا، وعلقه نشب فيه، وهو عالق به، وعلق به علاقة وعلوقا لزمه<sup>1</sup>، والعلاقة بالكسر: علاقة القوس والسوط ونحوهما، والعلاقة بالفتح: علاقة الخصومة وعلاقة الحب<sup>2</sup>. لذلك، فالإنجاب فضلا عن إبراز ماهيته، قد تعلق به جملة من المسائل الشرعية، يستوجب التطرق إليها، لعل أبرزها المقاصد التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، وكيف يتم حفظها شرعا وقانونا، وأيضا ذكر مكانة الإنجاب باعتباره مطلبا نفسيا واجتماعيا(المبحث الأول)، إلى جانب العوائق التي تقلل من الإنجاب أو تعدمه، بدءا بالعمق كونه حالة مرضية، أو كونه عقما ناتجا عن فعل إرادي، لاسيما في ظل التطور الطبي المتسارع. وهل التداوي من العمق يعد أمرا جائزا شرعا؟ مع تبيان مدى تأثير العمق على العلاقة الزوجية، لنختم ببعض العوائق الاجتماعية والقانونية(المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### ماهية الإنجاب

ماهية الشيء تكمن في حقيقته وهويته وما يستنبط من اللفظ مدلولاً<sup>3</sup>، فحقيقة الإنجاب أو طبيعته عموما هي إشباع لغريزة حفظ النوع، ولعل هذا الذي يمكننا من تحديد طبيعة الإنجاب، فهو بذلك يتعدى الحاجة العضوية للإنسان، ما يجعله مختلفا عن الحيوان، بدليل أن الإنسان يستطيع العيش من دون إنجاب، إلا أن حياته سيسودها القلق، خاصة إذا عارضه سبب عضوي كالعمق، بخلاف الحاجات العضوية التي لا يمكن للإنسان من العيش بدونها، وإلا أدى عدم إشباعها إلى اختلال توازنه، أو مرضه، بل حتى إلى هلاك<sup>4</sup>. وإذا كان الأمر كذلك فالتساؤل حول ما إذا كان الإنجاب واجبا على الإنسان يفرض نفسه، لكن المتمعن في نصوص الشريعة الإسلامية وبجانبتها النصوص القانونية يجدها لا تجعل منه أمرا واجبا عليه، إلا أنها تعمل على ضبطه، في حدود مقاصدها وحرية الفرد.

<sup>1</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج12، ط1، المطبعة الميرية، بولاق مصر المعزبة، 1306هـ، ص.133.

<sup>2</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.805.

<sup>3</sup>-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تح، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص.164.

<sup>4</sup>-محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص.10.

ولمزيد من التوضيح في ماهية الإنجاب سنحاول الوقوف على تعريفه لغة واصطلاحاً وبنوع من التفصيل في المقاصد الشرعية المتصلة به كمقصد حفظ النسل والنسب والنفس وجوداً وعدمها (المطلب الأول). زد على ذلك كون الإنجاب مطلب نفسي للزوجين، ومن خلاله تتعزز المكانة الاجتماعية لهما (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف الإنجاب والمقاصد ذات الصلة به

وإن لمن الأهمية الوقوف على مدلول الإنجاب دون منأى عن بعض المصطلحات لمعرفة مدى شموليته، أو على الأقل إيجاد العلاقة التي تربط بينه وبين المقاصد الشرعية الأخرى، بالاعتماد على بعض ما أفرده فقهاء الدراسات المقاصدية. وعليه فيتضمن هذا المطلب فرعين، الأول لتعريف الإنجاب لغة واصطلاحاً، أما الثاني فللمقاصد ذات الصلة بالإنجاب.

## الفرع الأول

### تعريف الإنجاب لغة واصطلاحاً

ضمن هذا الفرع سيتضح معنى الإنجاب، من خلال تعريفه لغة (أولاً)، واصطلاحاً (ثانياً).

#### أولاً: لغة

كلمة الإنجاب من الفعل أنجب، ينجب، إنجاباً، فهو منجب والمفعول مُنْجَبٌ (للمتعدي).  
أنجبت المرأة: وضعت حملها.

إنجابية (مفرد): اسم مؤنث منسوب إلى إنجاب "حرصت الدولة على توعية المرأة بمسؤولياتها الإنجابية" <sup>1</sup>.  
يقال: "رجل منجب وامرأة منجبة" جمع مناجب <sup>2</sup>.

-النجيب من الإبل مفرداً ومجموعاً وهو القوي منها الخفيف السريع، وناقاً نجيباً وقد نُجِبَ ينجبُ نجابةً وأنجب وأنجبت المرأة فهي مُنْجَبَةٌ ومنجابٌ، ولدت النجباءً، ونسوة مناجيبٌ وكذلك الرجل يقال أنجب الرجل والمرأة إذا ولداً ولدًا نجيباً أي كريماً، وامرأة منجابٌ ذات أولاد مُنْجَبَاءً <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مج3، ط03، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.2168.

<sup>2</sup> - جماعة من المختصين، معجم النفاث الكبير، مج02، ط01، إ.ش. أحمد أبو حاققة، 2007، ص.1952.

<sup>3</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج1، ط.خ، لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت، 1431هـ-2010، ص.245.

## ثانيا: اصطلاحا

من خلال هذا البحث لم يتم الوقوف على تعريف مصطلح الإنجاب، وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى استخلصوا تعريفا له من معناه اللغوي، فالإنجاب عندهم هو بمنزلة ثمر الشجر، إذ قال بعضهم بشبيه لقاح الشجر بلقاح الحمل، وأن الولد إذا عَقِدَ وخلق ونفخ فيه الروح، كان بمنزلة تحبب الثمر وتَسْنُبِلِهِ، لأنه سمي باسم تشترك فيه كل حامل<sup>1</sup>.

ويعد الإنجاب من المفاهيم التي دارت على معنى النسل، وأنه من المفاهيم القرآنية التي اهتمت بتوضيح المعاني الخاصة بالإنسان، والمميزة له في تحقيق غريزته الفطرية، المتمثلة في إنجاب الولد والذرية، التي تساعده على أمور ديناه، وتخلفه بعد مماته<sup>2</sup>، مصداقا للحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»<sup>3</sup>.

وهذا ما بينته آيات قرآنية، كقوله تعالى: «وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُم أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً»<sup>4</sup>، وقوله عز وجل: «هَذَا لَكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ»<sup>5</sup>، والذرية هي نسل الرجل وما توالت منه ومن أبنائه وبناته<sup>6</sup>، وفي المشهور تقع على الواحد، والجمع والذكر والأُنثى<sup>7</sup>.

وعليه فالإنجاب يعني به إمكانية الزوجين على إحداث الحمل بعد الاتصال الجنسي، ومضي المدة المقدرة شرعا وطبا، وولادة الجنين حيا، وتحقيق غريزة الأبوة والأمومة لهما، أو من وجهة أخرى، فهو الذرية التي تكون بالزواج الشرعي، تحقيقا لغريزة نفسية، وإبقاء للنسل، وامتدادا للأنسب من ذلك، فلا مهرب من التقائه بالمقاصد الشرعية الشبيهة به، كمقصد النسل والنسب، والنفس، وهو الذي سيظهر في الفرع الموالي.

<sup>1</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، ج12، تح. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص.196-197.

<sup>2</sup>-فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص.25.

<sup>3</sup>-أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط01، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ح.ر.1631، كتاب الوصية، ص.770.

<sup>4</sup>-سورة الرعد، الآية 38.

<sup>5</sup>-سورة آل عمران، الآية 38.

<sup>6</sup>-محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج01، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص.705.

<sup>7</sup>- فريدة بنت صادق زوزو، المرجع نفسه، ص.25.

## الفرع الثاني

## المقاصد ذات الصلة بالإنجاب

وموضوع الإنجاب له صلة بعلم الأصول والفقه، إلى جانب ما يشهده التطور الاجتماعي، الأمر الذي يسهل من جمع أكبر قدر ممكن من المادة العلمية، التي قد تساعد على التصور الحقيقي لما قد يواجه الإنجاب من تحديات، والوقوف على الحلول والوسائل السانحة لحفظه، توافقا مع النظر الذي يركز على مقاصد الشريعة الإسلامية.

وللمقاصد معنيين، أحدهما لغوي (أ)، والآخر شرعي (ب).

## أ- المعنى اللغوي

فالمقاصد لها ستة معاني<sup>1</sup>، نوجزها حسب الآتي:

I. فقد تعني الاعتزام والاعتماد وطلب الشيء وأصلها من الفعل الثلاثي "قصد"، قصدت الشيء وله وإليه

قصدًا من باب ضرب، طلبته بعينه وإليه قصدي ومقصدِي، واسم المكان مقصد<sup>2</sup>، « فقصدت لعثمان حتى خرج من الصلاة<sup>3</sup> ».

II. وقد تعني استقامة الطريق، لقول الله تعالى « وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ... »<sup>4</sup>، أي على الله بيان الإسلام

الإسلام بالرسول والحجج والبراهين<sup>5</sup>.

III. ويقصد بها العدل والوسط بين منزلتين، لقول الله تعالى «...فَمِنْهُمْ ظَالِمٌ لِنَفْسِهِ وَمِنْهُمْ مُقْتَصِدٌ وَمِنْهُمْ

سَابِقٌ بِالْخَيْرَاتِ إِذْنُ اللَّهِ ذَٰلِكَ هُوَ الْفَضْلُ الْكَبِيرُ »<sup>6</sup>، فالمقتصد ملازم للقصد تارك للميل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - يوسف أحمد مُجَدِّ البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.س.ن، ص. من 43 إلى 45.

<sup>2</sup> - أحمد بن مُجَدِّ بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987، ص. 192.

<sup>3</sup> - أبي عبد الله مُجَدِّ بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط01، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 1423هـ-2006م، ح.ر. 3696، كتاب النكاح، ص. 909.

<sup>4</sup> - سورة النحل، جزء من الآية 09.

<sup>5</sup> - أبي عبد الله مُجَدِّ بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج12، ص. 290.

<sup>6</sup> - سورة فاطر، جزء من الآية 32.

<sup>7</sup> - أبي عبد الله مُجَدِّ بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج17، ص. 384.

IV. وهي كذلك القرب، لقوله تعالى «لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا...»<sup>1</sup>، بمعنى سهلا معلوم الطرق.<sup>2</sup>

V. وهي الكسر بأي وجه، كأن تقول قصد العود قصداً، ويكون على معنى القسر، قَصَدَهُ قَصْدًا، قَسَرَهُ أَي قَهَرَهُ.<sup>3</sup>

VI. كما يعنى بها الإكتناز في الشيء، يقال الناقة القصيدة، المكتنزة الممتلئة لحما، لذلك سميت القصيدة من الشعر قصيدة، لتقصيد أبياتها، ولا تكون أبياتها إلا تامة الأبنية.<sup>4</sup>

يقول الزبيدي في حقيقة -قصد-: «الإعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جور، هذا أصله في الحقيقة، وإن كان قد يحضُّ في بعض المواضع بقصد الإستقامة دون الميل، ألا ترى أنك تقصد الجور تارة كما تقصد العدل أخرى؟ فالإعتزام والتوجه شامل لهما جميعاً»<sup>5</sup>.

ما سبق كان ما يلمس من معاني للمقاصد في اللغة، وللتوضيح أكثر نلحقه بمعناها الشرعي، في البند الموالي.

### ب-المعنى الشرعي

سيوضح لنا ذلك بذكر بعض التعريفات التي وردت بشأن المقاصد.

قال الشاطبي: «تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام، أحدها أن تكون ضرورية والثاني أن تكون حاجية، والثالث أن تكون تحسينية»<sup>6</sup>.

وعرفها علال الفاسي بقوله: «المراد بمقاصد الشريعة، الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - سورة التوبة، جزء من الآية 42.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج10، ص.226.

<sup>3</sup> - محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج09، تح، عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1971، ص.37-37.

<sup>4</sup> - أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج05، تح. عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، القاهرة، 1979، ص.95-96.

<sup>5</sup> - محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع نفسه، ج09، ص.95-96.

<sup>6</sup> - أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، المرجع السابق، ص.17.

<sup>7</sup> - علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط05، دار الغرب الإسلامي، 1993، ص.07.

وعرفها مُجدُّ البيوي بقوله: « أن المقاصد هي المعاني والحكم ونحوها التي رعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً من أجل تحقيق مصالح العباد »<sup>1</sup>.

أما ابن تيمية، فيسوغ تعريفه للمقاصد على أنها: « الحكم التي أرادها الله من أوامره ونواهيه لتحقيق عبوديته وإصلاح العباد في المعاش والمعاد »<sup>2</sup>.

وبالمقارنة مع التعريفات اللغوية التي أوردناها، وبالأخص المعنى الأول، والمعنى الإصطلاحي، نخلص إلى أن مقاصد الشريعة الإسلامية هي اعتماد الأحكام الشرعية وركزتها، أراد الشارع تحقيقها يجعلها مستقيمة بينة، فهي كلها عدل وقسط، لا ظلم فيها ولا جور.<sup>3</sup>

والمقاصد عند الفقهاء تنقسم إلى ضرورية وحاجية وتحسينية، وموضوع الإنجاب يندرج ضمن المقاصد الضرورية، المتمثلة في حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، وهناك من يضيف مقصداً سادساً هو حفظ العرض<sup>4</sup>، والبعض الآخر، يرى بأن عده مقصداً مستقلاً لا أصل له، لارتباطه لارتباطه بغيره من الضروريات، أو مكملاتها مما هو حاجي أو تحسني<sup>5</sup>.

لذلك سيقصر بحثنا حول مقاصد ثلاثة هي مقصد حفظ النسل (أولاً)، مقصد حفظ النسب (ثانياً) ومقصد حفظ النفس (ثالثاً).

### أولاً: مقصد حفظ النسل

لا جرم أن حفظ النسل من القواعد الأساسية لاستمرار الحياة وعمارة الأرض، إذ به تزداد قوة الأمم، وتعيش مكرمة، قادرة على صون مقوماتها، ونفوسها، وأموالها، وأوطانها، وعليه فقد كان للشريعة الحظ الأوفر في

<sup>1</sup>- مُجدُّ سعد بن أحمد بن مسعود البيوي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط01، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1998، ص.37.

<sup>2</sup>- يوسف أحمد مُجدُّ البدوي، المرجع السابق، ص.54.

<sup>3</sup>- يوسف أحمد مُجدُّ البدوي، المرجع نفسه، ص.54-56.

<sup>4</sup>- مُجدُّ سعد بن أحمد بن مسعود البيوي، المرجع نفسه، ص.276.

<sup>5</sup>- وليد بن إبراهيم بن علي العجاجي، حفظ العرض دراسة مقاصدية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام مُجدُّ بن سعود الإسلامية، 2018، ع45، ص.381.

إقرار ما يضمن حمايته، وتحريم كل ما يفضي إلى قطعه، أو التقليل منه، ويمكن حفظ النسل من جهة الوجود(أ)، كما يمكن حفظه من جهة العدم(ب).

### أ- حفظ النسل من جهة الوجود

فشريعة الإسلام بكمال أحكامها قد حثت على الزواج، ورغبت فيه، سواء بنصوص القرآن، أو الأحاديث النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم، ما ورد من الآيات التي تحث على الزواج، لما فيه من السكينة وزيادة النسل، فقال الله تعالى: «... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلِيٌّ وَرُبَعٌ...»<sup>1</sup>؛ وقوله تعالى: « وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...»<sup>2</sup>؛ وقوله تعالى: وَمِنْ « ءَايَاتِهِمْ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...»<sup>3</sup>.

ومن السنة النبوية، قول رسول الله ﷺ: « تزوجوا الودود الولود إني مكاثر الأنبياء يوم القيامة »<sup>4</sup>، فهذا الحديث يدل على أن الشارع قصد تكثير النسل بتزوج الولود، قال أبو زرعة والحق أنه ليس المراد بالولود كثرة الأولاد، بل هي مظنة الولادة، وهي الشابة دون العجوز الذي انقطع نسلها، فالصفتان من واد واحد<sup>5</sup>؛ وقوله ﷺ: « تزوجوا الأبكار، فإنهن أعذب أفواها وأنتق أرحاما وأرضى باليسير »، أنتق أرحاما أي أكثر أولادا<sup>6</sup>؛ والزواج من سنن النبي ﷺ لقوله: «...أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني»<sup>7</sup>؛ وقوله ﷺ: « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 03.

<sup>2</sup>-سورة النور، الآية 32.

<sup>3</sup>-سورة الروم، الآية 21.

<sup>4</sup>- سبق تهميشه.

<sup>5</sup>-مُجَدِّ المدعو بعبد الرؤف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج03، ط02، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1972، ص.242.

<sup>6</sup>- مُجَدِّ المدعو بعبد الرؤف المناوي، المرجع نفسه، ص.241.

<sup>7</sup>-صحيح البخاري، كتاب النكاح، المرجع السابق، جزء من ح.ر.5063، ص.1292.

<sup>8</sup>-صحيح البخاري، المرجع نفسه، ح.ر.5066، كتاب النكاح، ص.1293.

من هذه الأدلة يتجلى لنا ما يلي:

- أن الزواج هو الطريق الشرعي للنسل المطلوب شرعا.

- أن نكاح الولود يكون سببا لكثرة النسل ونمائه.

- إباحة التعدد، تجمع بين الترغيب ونكاح الولود مما يكثر به النسل.

### ب- حفظ النسل من جهة العدم

حفظ النسل من زاوية العدم يكون بمنع ما يعدمه، أو يقطعه، أو يقلله، حيث أن المقاصد الشرعية تكون يجلب المنافع للناس ودرء المفساد عنهم، وبعلمنا أن الزواج هو الطريق الشرعي لتحقيق ذلك، فإن ما سواه يمكن اعتباره مفسدة، وهذا ما يلزمنا التفصيل فيه على النحو التالي:

#### I. الإعراض عن الزواج

قد يكون ذلك بالاشتغال بالعبادة وترك النكاح، حيث روي عن ابن شهاب أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: سمعت سعد بن أبي وقاص يقول: « رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن لنا لاختصينا»<sup>1</sup>. كما قد يكون لحكم الزواج من حيث الحرمة الأثر البين في الإعراض عنه، بحيث إذا لم يخش الإنسان على نفسه الزنا وكان عاجزا عن النفقة، يكون الزواج حراما في حقه<sup>2</sup>.

فالنبي ﷺ كان يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديدا، وفي حديثه « تزوجوا الودود الودود... »<sup>3</sup> حيث شديد على النكاح وإظهار وعيد على تركه يقر به إلى الوجوب، ولأنه ﷺ تزوج وبالغ في العدد واقتفى أثره أصحابه من بعده، وكانوا لا يشتغلون إلا بالأفضل، ولا يجتمعون على ترك الأفضل، ذلك أن مصالح النكاح كثيرة، إذ يضمن تحصين الدين، وإحرازه، وحصين المرأة، وحفظها، والقيام بها، وإيجاد النسل، وتكثير الأمة، وتحقيق مباحة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أخذها على نفل العبادة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر 5073، كتاب النكاح، ص.1294.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.10.

<sup>3</sup> لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج09، تح.عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن، ص.342-343؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح.علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج03، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.310-311؛ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج06، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص.29-34.

## II. تحريم الزنا

الزنا لغة هو الفجور<sup>1</sup>.

واصطلاحاً هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين<sup>2</sup>، ويمكن اعتبار هذا تعريفاً شاملاً بالنظر إلى الاختلاف الفقهي الحاصل في تعريف الزنا<sup>3</sup>.

**1- أدلة تحريم الزنا:** الزنا من الأفعال المتفق على تحريمها بين المسلمين، لدلالة القرآن والسنة النبوية المطهرة على ذلك.

فمن من القرآن الكريم، قول الله تعالى: « وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا »<sup>4</sup>، فقد ورد في تفسير هذه الآية أن العلماء اتفقوا على أن عبارة ولا تقربوا الزنا أبلغ من القول ولا تزنوا، بمعنى لا تدنوا من الزنا، وهو من الكبائر، ولا خلاف فيه، ولا في قبحه، إذ ينشأ عنه استخدام ولد الغير، واتخاذ ابن، وغير ذلك من الميراث وفساد الأنساب<sup>5</sup>؛ وقول الله تعالى: « قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ... »<sup>6</sup>، وقوله تعالى « وَالَّذِينَ هُمْ عَلَىٰ صَلَوَاتِهِمْ يُحَافِظُونَ »<sup>7</sup>.

ففي هاتين الآيتين أمر من الله عز وجل لحفظ الفرج من الحرام، لما فيه من التعدي على أعراض الناس، بل قد حرص الإسلام على كل سبيل مفضي إلى عدم حفظ الفرج والوقوع في الزنا، فأمر الله عباده الرجال والنساء على حد سواء بغض النظر عما يكره الله النظر إليه مما نهى عن النظر إليه<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج24، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، 1988، ص.18.

<sup>2</sup>- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح. عبد الله العياضي، مج04، ط01، دار السلام، القاهرة، 1995، ص.2235.

<sup>3</sup>- أنظر، الفقه الحنبلي: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الإنتفاع، ج04، ط.خ، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002، ص.217؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج24، ص.18.

<sup>4</sup>-سورة الإسراء، الآية 32.

<sup>5</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج13، ص.32.

<sup>6</sup>-سورة النور، جزء من الآياتان 30-31.

<sup>7</sup>-سورة المؤمنون، الآية 05.

<sup>8</sup>- أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مج05، الإسراء-النمل، تح. بشار عواد معروف وعصام فارس الحرساني، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص.418.

ومن السنة النبوية ما جاء في حديث يحيى عن سفيان، قال حدثني منصور وسليمان عن أبي وائل عن أبي ميسرة عن عبد الله رضي الله عنه قال: «سألت -أو سئل- رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الذنب عند الله أكبر؟ قال: أن تجعل الله ندا وهو خلقك. قلت: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك. قلت: ثم أي؟ قال: أن تزاني بحليلة جارك<sup>1</sup>؛ وأيضا ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما أنهما قالوا: «إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال: الخصم الآخر -وهو أقره منه-: نعم فاقض بيننا بكتاب الله واذن لي. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل. فقال: إن ابني كان عسيفا على هذا فزني بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمئة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مئة وتغريب عام. وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والذي نفسي بيده لأفضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مئة وتغريب عام، اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال، فغدا عليها فاعترفت، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت<sup>2</sup>».

## 2- حد الزنا

كان الإمساك في البيوت والحبس أول عقوبات الزنا في الإسلام، لقول الله تعالى «وَالَّذِي يَأْتِيَنَّكَ الْفَاحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا<sup>3</sup>»، نسخت تلك العقوبة بالأذى الذي بعده، ثم نسخ ذلك بآية النور وبالرجم في الثيب<sup>4</sup>. واتفق الفقهاء على أن حد الزاني المحصن الرجم حتى الموت، رجلا كان أو امرأة، ونقل عن غير واحد من الفقهاء الإجماع على ذلك، قال ابن قدامة أجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري، ج 8، ترقيم واستقصاء، مُجَّد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، القاهرة، د.س.ط، ص. 492.

<sup>2</sup>- صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر. 2724-2725، كتاب الشروط، ص. 667.

<sup>3</sup>- سورة النساء، الآية 15.

<sup>4</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 6، ص. 139.

<sup>5</sup>- يمكن القول باعتبار الثبوية في ذكر العقوبتين، فالأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد، ثم نسخ بحديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله هن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»، فإن قيل كيف نسخ القرآن بالسنة؟ يقال أن هناك من ذهب إلى جوازه لأن الكل من عند الله وإن اختلفت طريقته، ومنهم من قال إنما هو تفسير للقرآن وتبيين له لأن النسخ رفع حكم ظاهره الإطلاق، وأما ما كان مشروطا بشرط وزال الشرط، لا يعد نسخا والله شرط هنا حبسهن إلى أن يجعل الله هن سبيلا والسنة بينت السبيل، فكان بيانا لا نسخا، لذا يمكن القول بأن نسخه وقع بالقرآن، فالجلد في كتاب الله والرجم كان فيه فنسخ رسمه وبقي حكمه؛ لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 12، ص. 308.

كما اتفقوا<sup>1</sup> على أن حد الزاني غير المحصن رجلا كان أو امرأة مائة جلدة إن كان حرا، وأما إن كان عبدا أو أمة فحده نصف ذلك، أي خمسون جلدة سواء كانا بكرين أو ثيبين لقول الله تعالى: «... فَإِذَا أَحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْنَ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ...»<sup>2</sup>، وأضاف جمهور الفقهاء من الحنابلة، والشافعية، والمالكية، والتغريب عاما للبكر الحر، واعتبر الشافعية، والحنابلة التغريب للمرأة كذلك، وذكر الشافعية التغريب نصف عام للعبد<sup>3</sup>.

### 3- مضار فاحشة الزنا

إن لهذا الفعل أثارا وخيمة تظهر على الفرد والمجتمع، فأما آثارها على الفرد، فتكمن في أن فعل الزنا يعد في حد ذاته معصية للخالق، وهو يورث القسوة في القلب<sup>4</sup>.

-وأما فاحشة تفسد على مقترفيها مكانته وقيمه بين الناس، إذ يجد وحشة بينه وبينهم، وكلما قويت تلك الوحشة بعد منهم ومن مجالسهم<sup>5</sup>.

-أنه يؤدي إلى تعريض حياة الزاني والزانية إلى الموت، لاسيما إذا كانا محصنين، كما أن الغيرة على العرض تدفع بأهل المرأة إلى قتلها درء للعار، أو حدوث إزهاق الأرواح بين أسر الفاعلين<sup>6</sup>.

-وأنه يجعل المرأة محلا لقضاء الشهوة لا غير. بل إن الإسلام قد صانها واعتبرها راعية للبيت ومدرسة لتربية الأجيال، وقصرها على رجل واحد يكون زوجها الشرعي، لا أن تكون مملوكة على سبيل الشيعاء.

وأما آثارها على المجتمع، فهو فعل يمس بخارطة الأنساب، ويؤدي إلى اختلاطها وقطعها.

-ويؤدي إلى تفكك الأسر عند ارتكابه من طرف أحد الزوجين ووصوله إلى علم الزوج الآخر.

<sup>1</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج24، ص.22.

<sup>2</sup>- سورة النساء، الآية 25.

<sup>3</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج24، ص.22-23.

<sup>4</sup>- لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن»؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر.100، باب بيان نقص الإيمان، ص.45.

<sup>5</sup>- أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، الداء والدواء، إ.ش. بكر بن عبد الله بوزيد، ط01، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1429هـ، ص.134.

<sup>6</sup>- رياض محمود جابر قاسم، الزنا وعواقبه وسبل الوقاية منه في ضوء القرآن الكريم، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، مج16، ع02، 2008، ص.252.

-ويلغى نظام الأسرة باعتباره الجو المناسب لتربية الأولاد ورعايتهم نفسيا وجسمانيا<sup>1</sup>.

-وما من مجتمع يكثر فيه الزنا إلا وانتشرت فيه الأمراض الفتاكة، كالإيدز والزهري والسيلان، وغيرها من الأمراض الجنسية التي استعصى على الأطباء علاجها.

-وانخفاض نسبة الشباب المقبلين على الزواج<sup>2</sup>.

-ازدياد نسبة الأولاد غير الشرعيين، وهو الأمر الأكثر خطورة، لما يتطلبه من توفير حماية لهم.

### III. تحريم القذف

للقذف معنى لغوي وآخر اصطلاحى.

فلغة، القاف والذال والفاء أصل يدل على الرمي والطرح، يقال قذف الشيء يقذفه قذفا، إذا رمى به<sup>3</sup>.

أما اصطلاحا، فعرفه الحنفية والحنابلة بأنه الرمي بالزنا، وزاد الشافعية -في معرض التعبير-، وعرفه المالكية بأنه رمي مكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد أو بزنا<sup>4</sup>.

ومن أدلة تحريم القذف، فبنص القرآن الكريم في قوله تعالى « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ »<sup>5</sup>، فهذه الآية نزلت في القاذفين، حيث ذكر الله تعالى فيها النساء من حيث هن أهم، ورميهن بالفاحشة أقبح وتكرهه النفوس وقذف الرجال داخل في حكمها بالمعنى بإجماع الأمة على ذلك<sup>6</sup>؛ وفي قوله تعالى « إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ »<sup>7</sup>، والمحصنات في القرآن جاءت

<sup>1</sup>-سعد جميل سليم الرئيس، النسل حفظه وتنظيمه دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، غزة، 2012، ص.82.

<sup>2</sup>-أنظر بعض الإحصائيات؛ فضل إلهي، التدابير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي، د.س.ن، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص.64.

<sup>3</sup>-أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج.05، ص.68.

<sup>4</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.33، ص.05.

<sup>5</sup>-سورة النور، الآية 04.

<sup>6</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.15، ص.122-123.

<sup>7</sup>-سورة النور، الآية 23.

بأربعة معان، الأول العفائف، والثاني المتزوجات كقوله تعالى «مُحْصَنَاتٍ غَيْرِ مُسَفِّحَاتٍ...»، والثالث بمعنى الحرائر كقوله تعالى «...فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ..»، والرابع بمعنى الإسلام لقوله تعالى «... فَإِذَا أَحْصَيْنَ...»، قال ابن مسعود إحصائها إسلامها<sup>1</sup>.

ويعد ارتباط فعل القذف بمقصد حفظ النسل وثيقا لأن الرمي بالزنا أو نفي النسب يزعزع الثقة بين الناس، ويلحق بهم العار، ويهدم مصالحهم، وتطبيق الحد على القاذف براءة للمقذوف.

ودليل حرمة من السنة، فبالحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»<sup>2</sup>؛ وفي حديث آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت أبا القاسم يقول: «من قذف مملوكه وهو بريء مما قال جلد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال»<sup>3</sup>.

وحد القذف، للحر ثمانون جلدة، لقول الله عز وجل «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»، وأربعون جلدة في حق العبد باتفاق جمهور الفقهاء. ويشترط لإقامة الحد شرطان، أولهما أن لا يأتي القاذف ببينة وعدم الإقرار من المقذوف، وثانيهما مطالبة المقذوف واستمراره في ذلك كونه حقا له. ومن الفقهاء من قال إقامة الحد من حقوق الله تعالى ومطالبة المقذوف ليس شرطا لازما لتطبيقه، وعلى الإمام أن يقيمه بمجرد وصوله إليه<sup>4</sup>.

وبالكلام عن حد القذف نكون قد انتهينا من مقصد حفظ النسل، لتنبهه بمقصد حفظ النسب.

### ثانيا: مقصد حفظ النسب

<sup>1</sup> - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبير، ج17، تح. مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الجيزة، 2011، ص.254.

<sup>2</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر. 6857، كتاب الحدود، ص.1696.

<sup>3</sup> - صحيح البخاري، المرجع نفسه، ح.ر. 6857، كتاب الحدود، ص.1696.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج33، ص.14.

ما دامت الأسرة هي اللبنة الأولى للمجتمع فبصلاحها يصلح المجتمع، فكان النسب هو الحبل المتين لترايط أفرادها. كما أن الله عز وجل جبل الإنسان على الاهتمام به، والحفاظ عليه وذلك لحاجته إليه، والإسلام أعطى العناية اللازمة لتمامها وحرمة الإنتساب إلى غير الأب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام »<sup>1</sup>، هذا وإن الفقهاء قد اختلفوا في اعتبار حفظ النسب من مقاصد الشريعة الإسلامية، فمنهم من اكتفى بذكر حفظ النسل، ومنهم من ذكر حفظ النسب، وآخرون ذكروا البضع والفرج (أ)، والمشرع له موقفه، يتضح بما وفره من أسباب ووسائل لحفظه، بما فيها الطرق العلمية (ب).

### أ- مصطلح حفظ النسب عند الفقهاء

I- الرأي القائل بمقصد حفظ النسب<sup>2</sup>: وهم ابن قدامة، ابن السبكي، الطوفي، الأصفهاني، الكمال بن الهمام، ابن بدران، عيسى منون، والشوكاني.

II- الرأي القائل بمقصد حفظ النسل<sup>3</sup>: وهم الفتوحى، الشاطبي، الزركشي، عضد الدين الإيجي، الغزالي، وابن عمر البجيرمي.

<sup>1</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. 4326، كتاب المغازي، ص. 1058.

<sup>2</sup> - أنظر على التوالي؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تق. شعبان محمد إسماعيل، ج. 01، ط. 01، مؤسسة الريان، بيروت، 1998، ص. 481؛ علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الإبهام في شرح المنهاج شرح على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، ج. 06، ط. 01، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2004، ص. 2635؛ نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج. 03، ط. 02، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1998، ص. 209؛ شمس الدين محمود عبد الرحمن الأصفهاني، شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول، تح. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مج. 02، ط. 01، 1999، مكتبة الرشد، الرياض، ص. 486؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيوسى الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي، التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1351هـ، ص. 433؛ عبد القادر بن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تق. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. 02، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981، ص. 295، عيسى منون، نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول، ج. 01، ط. 01، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، د.س.ن، ص. 278؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط. 01، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، 1327هـ، ص. 207.

<sup>3</sup> - أنظر على التوالي؛ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، مج. 04، تح. محمد الزحيلي ونزید حماد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص. 161؛ أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج. 02، المرجع السابق، ص. 19؛ بدر الدين بن محمد بن بياور بن عبد الله الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير، عبد الستار أبو غرة، ط. 02، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، الكويت، 1992، ص. 209؛ عضد الملة والدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب المالكي، ضبطه فادي نصيف وطارق يحيى، ط. 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص. 321؛ سليمان محمد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع محمد بن أحمد الشرحيني القاهري الشافعي المعروف بالخطيب الشرحيني، ج. 4، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص. 389.

III-الرأي القائل بمقصد حفظ الفرج والبضع: إذ قال ابن تيمية في كتابه مجموع الفتاوى: « ضمن الضروريات ما يلي. وقوم من الخائضين في أصول الفقه وتعليل الأحكام الشرعية بالأوصاف المناسبة إذا تكلموا في المناسبة وأن ترتيب الشارع للأحكام على الأوصاف المناسبة يتضمن تحصيل مصالح العباد ودفع مضارهم ورأوا أن المصلحة نوعان: أخروية ودينية، جعلوا الأخروية ما في سياسة النفس وتهذيب الأخلاق من الحكم. وجعلوا الدنيوية ما تضمن حفظ الدماء والأموال والفرج والعقول والدين الظاهر وأعرضوا عما في العبادات الباطنة والظاهرة من أنواع المعارف بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله وأحوال القلوب وأعمالها... »<sup>1</sup>.

ومن العلماء المعاصرين الذين كتبوا في هذا الجانب، الطاهر بن عاشور الذي كان له رأيان مختلفين، إذ اعتبر حفظ النسب من الضروريات في موضع بقوله: «... اعتبر علماءنا حفظ النسب من الضروريات لما ورد في الشريعة من التغليظ في حد الزنا وما ورد عن بعض العلماء من التغليظ في نكاح السر والنكاح بدون ولي وبدون إسهاد... ». واعتبره في موضع آخر من الحاجيات بقوله: «... وحفظ الأنساب بمعنى إلحاق الأولاد بأبائهم من الحاجي للأولاد وللآباء، فالأولاد للقيام عليهم فيما يحتاجون ولتربيتهم النافعة لهم، ولآبائهم لاعتزاز العشيرة وحفظ العائلة»<sup>2</sup>.

وأما الرسيوني في كتابه نظرية المقاصد، فهو يقول باعتبار حفظ النسل من الضروريات، وهو التعبير الأصح عنده، ويبقى حفظ النسب من مكملات حفظ النسل<sup>3</sup>.

وكذلك محمد عبد الحميد متولي، الذي يرى بأن مجموع الضروريات في التشريعات هي خمسة: حفظ الدين، والنفس، والدين، والمال، والعقل، دون خلاف في أصل ضرورة حفظها<sup>4</sup>.

وعلى النقيض من ذلك، فإن المشرع ينص على حفظ النسب، وهو ما نلمسه من المادة 04 ق.أ، وبهذا سنتناول حفظ النسب في القانون الجزائري.

<sup>1</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مج32، 2004، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ص.234.

<sup>2</sup>- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تق. حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011، ص.139 و141.

<sup>3</sup>- أحمد الرسيوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، تق. طه جابر العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1995، ص.57.

<sup>4</sup>- محمد عبد الحميد السيد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.22.

## ب- كيفية حفظ النسب في القانون الجزائري

فالمشرع كغيره، اهتم بموضوع النسب، اهتماما كبيرا، وأوجد له أسسه القانونية، مستنبطاً ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية، ويتجلى ذلك في العمل على حفظه، بأسباب ثبوته (I)، وبوسائل إثباته (II)، ومنع التبني (III)، وإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثباته (IV).

## I- حفظ النسب بأسباب ثبوته

أقر المشرع أحكام النسب بالمواد 40 إلى 46 من ق.أ، غير أن ما يلاحظ عليه أنه لم يفرق بين أسباب ثبوت النسب ووسائله، على أن الزواج الشرعي هو السبب المؤدي لثبوت النسب. وقد أخضع المشرع عقد الزواج لإجراءات حال إثبات النسب، ولاسيما أن المادة 22 ق.أ، تنص على إمكانية إثبات الزواج بحكم قضائي<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، فقد أضاف المشرع سببا آخر، إلى جانب تأكيده لحصول الزواج الشرعي يتمثل في إمكانية الإتصال بين الزوجين، وهذا الحكم يدخل تحت معنى الحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو هريرة في قوله: « قال رسول الله ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر »<sup>2</sup>. وفي هذا توافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن الولد يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في النكاح الفاسد أو الصحيح. غير أنه يثبت بمجرد العقد عند أبي حنيفة، وإن كان معرفة الوطء المحقق متعسرة، ذلك أن اعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب، وهو يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط.

ويشترط لثبوت النسب للولد أن تأتي به المرأة بالحمل بع مضي أقل مدة الحمل، من وقت العقد عند أبي حنيفة، أو من وقت إمكان الوطء عند الجمهور، أو معرفة الوطء المحقق عن ابن تيمية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-تنص المادة 22 ق.أ.ج على أنه « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم.58224، م.ق، 1991، ع.04، ص.110.

<sup>2</sup>- صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.2745، كتاب الوصايا، ص.678؛ أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.04، ح.ر.7464، ص.39.

<sup>3</sup>-الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تق. رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص.1299.

-اختلف في معنى الفراش، فقال كثيرون بأنه اسم للمرأة، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، وقيل أنه اسم للزوج، وروي ذلك عن أبي حنيفة؛ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع نفسه، ص.1299.

وفصل ابن القيم الجوزية في أقوال الفقهاء حول مسألة ما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال<sup>1</sup>، فالأول قول لأبي حنيفة، أنه نفس العقد، وإن علم أنه لم يجتمع بها، حتى وإن طلقها عقيبه في المجلس، والثاني، وهو قول الشافعي وأحمد، أنه العقد مع إمكان الوطاء، والثالث، وهو قول ابن تيمية، أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وقال: إن أحمد ذهب إليه في رواية حرب، فقد نص فيها على من طلق قبل البناء، وأتت امرأته بولد، فأنكره أنه ينتفي عنه بغير لعان وهو الصحيح المجزوم به عند ابن تيمية.

ولقد حرص المشرع على حفظ النسب حال انحلال الرابطة الزوجية بنص المادة 43 ق.أ<sup>2</sup>. ومعلوم أن الانفصال يكون إما بالطلاق أو الوفاة عملاً بأحكام المادة 47<sup>3</sup> من نفس القانون، وإن كان الانفصال يقصد به الطلاق مثلما ورد في نص المادة 60 ق.أ<sup>4</sup>. فلا يكون إلا بحكم قضائي عملاً بالفقرة الأولى من المادة 49 ق.أ التي تنص على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى ». وكتيجة حتمية لذلك فإن الانفصال الجسدي للزوجين يكون سابقاً لصدور الحكم القضائي، فحساب مدة العشرة (10) أشهر المنصوص عليها يبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق<sup>5</sup>.

أما في حالة الوفاة، فيثبت النسب حسب نص المادة 43 ق.أ إذا وضع الحمل خلال مدة 10 أشهر من تاريخ الوفاة. فإذا حدث الوضع بعد هذه المدة القانونية، فلا يثبت به نسب، ويحضر تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب واسم الأب. غير أن نسب المتوفى عنها زوجها يأخذ حكم المطلقة طلاقاً بائناً في حالة الإقرار وعدمه عند فقهاء الشريعة الإسلامية. إذ العبرة ولو بأقصى مدة الحمل من يوم الوفاة على أن لا يكون أكثر من مدة الحمل و إذا لا ثبوت للنسب عندئذ ولو ادعاه الورثة فلا يعتد بدعواهم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج05، ط03، تح. شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص.372.

<sup>2</sup>-تنص المادة 43 ق.أ على أنه: « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ».

<sup>3</sup>-تنص المادة 47 ق.أ على أنه: « تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ».

<sup>4</sup>-تنص المادة 60 ق.أ على أنه: « عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ».

<sup>5</sup>-يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص.51.

<sup>6</sup>-يوسفات علي هاشم، المرجع نفسه، ص.54.

ومن جهة أخرى، فإن المشرع قد احتاط لحفظ النسب في الزواج الفاسد<sup>1</sup>، فالمادة 32 ق.أ كانت قبل التعديل<sup>2</sup> تقرر فسخ العقد إذا تضمن العقد مانعا أو شرطا يتنافى ومقتضياته أو حصل ردة الزوج، غير أنه وبمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة أصبحت المادة 32<sup>3</sup> تنص على بطلان الزواج حالة اشتماله على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد، مع الحذف الكلي لردة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج ومنه أصبحت هذه المادة تنص على الزواج الباطل.

يضاف إلى ذلك ما قرره المادة 33 ق.أ في فقرتها الأولى<sup>4</sup> بتكريس بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا، فيمكن اعتبار ما عداه زواجا فاسدا عند اختلال شرط من الشروط التي أوردتها المادة 09 مكرر ق.أ، مع جعل الفسخ كجزء لذلك.

ولعل المشرع بتقسيمه إلى زواج صحيح وزواج فاسد وباطل يكون قد وافق ما قال به فقهاء الحنفية، وخالف جمهور الفقهاء القائلين بأن الزواج الباطل والفاسد بمعنى واحد<sup>5</sup>.

## II- حفظ النسب بوسائل إثباته

لا شك أن المشرع قد ساير الشريعة الإسلامية في إقرار وسائل لإثبات النسب، وبالتحديد تلك التي يطلق عليها بالأسباب الكاشفة، أي تلك التي تكشف واقعة قائمة وأبرزها الإقرار والبينة<sup>6</sup>، بل أضاف إلى جانبها الطرق العلمية والبيولوجية الحديثة، فنصت المادة 40 ق.أ على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

<sup>1</sup> لم يعرف المشرع الزواج الفاسد واكتفى بتقسيمه إلى زواج غير صحيح قابل للبطلان إذا اختل أحد شروطه وزواج باطل من أصله إذا انتفى ركن الرضا.

<sup>2</sup> تنص المادة 60 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 على أنه: « يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج ».

<sup>3</sup> تنص المادة 32 من الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: « يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ».

<sup>4</sup> تنص المادة 1/33 ق.أ على أنه: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ».

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج 07، ط 02، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 112.

<sup>6</sup> يمكن إثبات النسب كذلك بالقيافة والحمل الظاهر وحكم قضائي والسمع والتحكيم والقرعة على خلاف بين الفقهاء في ذلك؛ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008-2009، ص 491.

بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، و34 من هذا القانون.

ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.»

وأضاف إليها بالمادة 44 ق.أ التي نصت على أنه: «يثبت النسب بالإقرار وبالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

1-الإقرار: هو إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه<sup>1</sup>، وهو قول جمهور الفقهاء<sup>2</sup>، ويعد حجة قاطعة على صاحبه لا تتعداه سواء كان في حالة المرض أو الصحة<sup>3</sup>، ويثبت به النسب دون اشتراط معرفة سبب النسب، إذ للإنسان ولاية على نفسه، وبالإقرار يثبت النسب وتترتب عليه حقوق الأبناء اتجاه الآباء متى وجدت الشروط اللازمة للاعتداد به<sup>4</sup>.

إن المادة 44 ق.أ عدت أنواع الإقرار، فإقرار بالبنوة وإقرار بالأبوة إقرار بالأمومة، وهذا ينضوي تحت ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>5</sup> إلى اعتبار أن الإقرار نوعان أحدهما إقرار الشخص بالنسب على نفسه وثانيهما إقرار الشخص بتحمل النسب على الغير. وهو ما أكده المشرع بالمادة 45 ق.أ بالنسبة للنوع الثاني.

2-البينة: اعتمدها المشرع كوسيلة لإثبات النسب في المادة 40 ق.أ، وتعد كذلك بمقتضى نصوص الشريعة الإسلامية لقول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»<sup>6</sup>، إذ لا سبيل لإثبات حق على الغير إلا باللجوء إلى البينة.

<sup>1</sup> - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى المالكية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج4، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.170.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج06، ص.46.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج06، ص.76.

<sup>4</sup> - أنظر؛ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.397؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج07، ص.690-691.

<sup>5</sup> - لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج07، ص.317؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.221-222.

<sup>6</sup> - محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج08، ط01، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979، ح.ر. 2661، ص.279.

وعند فقهاء الشريعة الإسلامية هي الشهادة وليست اليمين كما قال البعض<sup>1</sup>، للحديث الذي رواه البخاري وغيره «أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك بن سحماء، فقال له رسول الله ﷺ: البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا نبي الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي ﷺ يكرر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً إني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزلت الآيات»<sup>2</sup>.

وهذه الواقعة هي سبب نزول آيات اللعان الواردة في سورة النور، حيث نجاه الله من حد القذف لافتقاره للبينة المقدره بأربعة شهود<sup>3</sup>.

ويشترط عدالة الشهود لقول الله عز وجل: «..وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ..»<sup>4</sup>، فكما يحتاط بعدالة الشهود عند الفرقة أو الرجعة فالاحتياط والحاجة أولى في إثبات الأنساب. ولم يشترط علماء الحنفية الذكورة في إثبات النسب، بل أجازوا شهادة رجل وامرأتين إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو إقرار من من قبل الزوج<sup>5</sup>.

وعلى النقيض من ذلك، نجد أن القضاء يشترط الذكورة، إذ ورد في القرار المؤرخ في 1986/12/15 "أن شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة والرابعة من أنواع الشهادات الشرعية، ففي الثالثة امرأتين مع الرجل في المال وما يقول إلى المال، والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما يطلع عليه إلا النساء كما في الحيض"<sup>6</sup>، فيكون القضاء قد عمل بمذهب المالكية، فالنسب عندهم لا يثبت إلا بذكرين<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج09، هامش 02، ص.57.

<sup>2</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر. 2671، كتاب الشهادات، ص.652.

<sup>3</sup>-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج05، ص.66.

<sup>4</sup>-سورة الطلاق، جزء من الآية 02.

<sup>5</sup>-صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، مج03، ط01، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية 2003، ص.1440.

<sup>6</sup>-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/12/15 ملف رقم. 43889، م.ق، 1993، ع02، ص.37؛ عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.92.

<sup>7</sup>-جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، ط02، اليمامة، دمشق، 2000، ص.474.

## III- حفظ النسب بمنع التبني

فالتبني هو اتخاذ الشخص غير ولده ولدا له<sup>1</sup>، وهو منهي عنه شرعا، بدليل قول الله تعالى: «... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ... أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...»<sup>2</sup>، وليس التبني هو البنوة، فهي ترجع إلى النسب الأصلي، أما التبني فهو ادعاء الرجل أو المرأة من ليس ولدا لهما بأنه ولدهما. ولا يمكن بتاتا الخلط بين الإقرار بالنسب والتبني، فالأول يكون من الأب أو الأم دون ذكر السبب، مع عدم إلحاق العار بالولد، فيكون بذلك تصحيحا للنسب بعد أن كان مجهولا، في حين أن الثاني يحصل لمجهول النسب ومعلومه<sup>3</sup>، والمشرع منع التبني بالمادة 46 ق.أ التي تنص على أنه: «يمنع التبني شرعا وقانونا»، وسأيره القضاء في ذلك<sup>4</sup>.

## IV- حفظ النسب بالطرق العلمية

بمراجعة قانون الأسرة سنة 2005 بالأمر رقم 05-02، يتجلى بوضوح إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في مجال إثبات النسب، من خلال الفقرة الثانية لنص المادة 40 ق.أ على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذا مساهمة للتطورات الطبية الحديثة، وإن كان المشرع لم يجعل لتلك الطرق العلمية تنظيما خاصا<sup>5</sup>، فما يعاب على هذه الفقرة أنها جاءت عامة، حيث لم تحدد الطرق العلمية هل هي التحليل الدموي أم البصمة الوراثية؟ أم أنه ترك المجال مفتوحا لإمكانية الاستعانة بجميع الطرق العلمية التي لم تكتشف بعد؟. وقد قال بعض الفقه الجزائري بأن المشرع أجاز اللجوء إلى الوسائل العلمية في مجال إثبات النسب فقط، وكان أجدر منه تطبيقها في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو نفيه، ضمنا لتحقيق العدالة في نطاق واسع لكون أن نتائجها قطعية يقينية، إذ أنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج01، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص.427.

<sup>2</sup>- سورة الأحزاب، جزء من الآية 04 و05.

<sup>3</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج10، ص.121.

<sup>4</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم.103232، م.ق، 1995، ع02، ص.99.

<sup>5</sup>- يوسفات علي هاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاثر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، ع06، 2012، ص.283.

<sup>6</sup>- بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان-كلية الحقوق، ع13، 2012، ص.18.

ما يلاحظ أيضا على هذا النص استعمال المشرع لعبارة "يجوز للقاضي"، مما يعني معه فتح المجال لسلطة القاضي في العمل بالدليل العلمي من تركه، خصوصا إذا كان ذلك في مواجهة الأدلة الشرعية التي أقرتها المادة 40 في فقرتها الأولى. يبدو أن المشرع بعدم إقدامه على شرح مؤدى نصه في اللجوء إلى الخبرة العلمية عند إثبات النسب، قد ترك المجال لرجال القانون لإيضاح التناقض الحاصل بين تطبيق نص المادة 40 ق.أ. في فقرتها الأخيرة ومبادئ قانونية أخرى<sup>1</sup>.

ولعل أهم تلك العراقيل التي قد تطرح نفسها حول تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب، هي أن هذه الوسائل تتطلب الحصول على معطيات جسدية، مما يجعلها تتعارض مع مبدأ عدم المساس بالسلامة الجسدية للشخص، أو الحق في الكرامة الإنسانية<sup>2</sup>.

وهي سلامة مكفولة دستوريا بنص المادة 39 من دستور سنة 2020<sup>3</sup>، والمادة 40 من دستور 2016<sup>4</sup>. وتعد حرمة الحياة الخاصة حقا يمكن أن يتأثر بإجراء فحص الحمض النووي، ذلك أنه يبحث عن الخصائص الوراثية، وإذا تم التعرف عليها أمكن الكشف عن الاستعداد الوراثي له، مما يمد للغير معلومات خاصة بالزوجين تتسم بالطابع الخاص الشخصي، وأن هذه الأفعال تمس بالحريات والحقوق المخالفة لنص المادة 35 من الدستور التي تنص على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم- دراسة مقارنة مدعمة بالإجتهد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.110.

<sup>2</sup>- طباش عز الدين، الحماية الجزائرية للحق في الكرامة الإنسانية لمرحلة ما قبل الميلاد في ظل تطور العلوم الطبية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، يومي 28-29 أبريل 2013، جامعة بجاية، كلية الحقوق، ص.71.

<sup>3</sup>- تنص المادة 40 على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة.

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والإتجار بالبشر"؛ مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، ع82، المؤرخة في 2020/12/30، ص.03.

<sup>4</sup>- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 06 مارس 2016 المعدل للمرسوم الرئاسي، رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر، ع14، المؤرخة في 2016/03/07، ص.03.

<sup>5</sup>- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب...، المرجع السابق، ص.297-298؛ أنظر في هذا المعنى، أحمد حسام طه أحمد، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.320؛ ذيابي باديس، المرجع السابق، ص.111.

في الجانب الآخر هناك مبدأ عام أقرته مختلف القوانين مفاده " أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه"، بحيث أن أخذ عينات للحمض النووي ينطوي على إجبار الشخص للإشهاد على نفسه وفي ذلك خرق للمبدأ القانوني الراسخ. إذ لا يحق لخصم أن يلزم خصمه بتقديم سند يملكه، لأن كل خصم له الحق في الاحتفاظ بأوراقه الشخصية<sup>1</sup>.

إذن، لقد فتح المشرع المجال للقضاة بإمكانية العمل بالدليل العلمي بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 40ق.أ.ج التي نصت على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، واتضح ذلك جليا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/03/05، حيث جاء فيه " المبدأ أنه يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية -الحمض النووي ADN - و لا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي-المادة 40 من نفس القانون- وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية"<sup>2</sup>، ثم تبعتها قرارات قضائية أخرى تبين مدى حجية الطرق العلمية، مقارنة بوسائل إثبات أو نفي النسب<sup>3</sup>.

إذا كان اعتراف القضاء بالدليل العلمي بعد التعديل التشريعي واضحا، فإن ما يهمنا هو كيفية تطبيق هذا النص مع وجود نصوص قانونية أخرى، ونخص بالذكر المادة 08 من القانون المدني<sup>4</sup>، التي تخضع الأدلة المعدة مسبقا للإثبات للنصوص المعمول بها وقت إعداد الدليل، بمعنى آخر هل يمكن إعمال المادة 40ق.أ.بأثر رجعي؟ أم أن الأمر يقتصر فقط حول اختلاف طبيعة الدليل العلمي تحليل الدم وتقنية الحمض النووي<sup>5</sup>؟

ما هو معلوم أن القاعدة القانونية تسري من تاريخ صدورها وبدون أثر رجعي، ذلك أن الوقائع يحكمها القانون القائم أثناء حدوثها. غير أن المشرع استثنى من تلك القاعدة بعض الأدلة المعدة للإثبات، فأخضعها للنصوص المعمول بها عند تقديم الدليل.

<sup>1</sup>- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013، ص.27.

<sup>2</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم.355180، م.ق، 2006، ع.01، ص.469.

- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم.690718، م.ق، 2013، ع.02، ص.268.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2009/10/15، ملف رقم.605592، م.ق، 2010، ع.01، ص.245.

- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2012/11/14، ملف رقم.0761943، م.ق، 2013، ع.02، ص.284.

<sup>4</sup>- تنص المادة 08 ق.م.ج على أنه: " تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

<sup>5</sup>- زيزي بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، ع.08، 2009، ص.68-69؛ المؤلف نفسه، النسب في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.276.

فالفرضية أن قضاة المحكمة العليا وضعوا البصمة الوراثية موضع الدليل المعد للإثبات، فيفهم أنهم سايروا التعديل التشريعي، لكن إذا كان لا يمكن اعتبار الطرق العلمية المشار إليها في المادة 40 الفقرة الثانية ق.أ من الأدلة المعدة للإثبات مقدما، فالقول إذا أن المادة 40 قبل تعديلها لا تزال تفرض نفسها على القضاة، وإن أصبحت بعد التعديل أكثر وضوحا، بمعنى آخر فالنص القديم بصياغته يكون دائما هو الصالح للتطبيق.

أما إذا فرضنا أن قضاة ذات المحكمة قد تيقن لديهم ضعف الدليل العلمي المتمثل في تحليل الدم في القرار المؤرخ في 1999/06/15، مقارنة مع تقنية البصمة الوراثية، وهو ما تم اعتماده في القرار المؤرخ في 2006/03/05، ففي هذا معنى للقول بأن البصمة الوراثية أقرب لليقين مقارنة مع اللعان. غير أن عمومية عبارة " الطرق العلمية لإثبات النسب " تفيد بعدم التمييز بين الدليل العلمي تحليل الدم والبصمة الوراثية<sup>1</sup>.

### ثالثا: مقصد حفظ النفس

اعتنى الإسلام بالنفس عناية شاملة، فأتى بالأحكام التي تجلب لها المصالح وتدفع عنها المفسدات، فيحصل الصون للأنفس من الضياع والهلاك. والأنفس التي خصتها الشريعة بالحفظ هي المعصومة بالإسلام أو الجزية أو الأمان<sup>2</sup>.

ويعد القتل من أكبر الأكاير لأنه اعتداء على خلق الله واعتداء على المجتمع، قال تعالى: « وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ... »<sup>3</sup>، وقوله تعالى أيضا: « وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا... »<sup>4</sup>، وما جاءت به السنة النبوية كذلك، فعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: « أكبر الكبائر الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقول الزور أو قال ألا وشهادة الزور »<sup>5</sup>.

ومقصد حفظ النفس شاسع المفهوم بالنظر إلى ما يرتبط به من مسائل شرعية وقانونية، والحق في الحياة هو العنصر الجوهرية في تركيبته، ويمتد إلى الحق في سلامة الجسم، وكل ذلك يدفعنا إلى التفصيل فيه تبعا لما يلي:

<sup>1</sup> - زبيري بن قويدر، القضاء بين ...، المرجع السابق، ص. 69-70.

<sup>2</sup> - أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج. 09، إ.ش.، زهير الشاويس، ط. 03، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص. 148.

<sup>3</sup> - سورة الإسراء، جزء من الآية 33.

<sup>4</sup> - سورة النساء، جزء من الآية 93.

<sup>5</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر. 6771، كتاب الديات، ص. 1699.

## أ- حفظ الحق في الحياة

هذا الحق قد يبدو في الظاهر حق للإنسان، إلا أنه في الحقيقة هبة من الله عز وجل، إذ ليس للإنسان فضل في إيجادهِ<sup>1</sup>.

I- قتل النفس بغير حق: فالقتل شرعا هو فعل من العباد تزول به الحياة<sup>2</sup>، وله خمسة أوجه في الفقه الإسلامي، عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما يجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب<sup>3</sup>. ولقد تطرق المشرع إلى جرائم القتل في الباب الثاني تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأفراد، فالقسم الأول تناول فيه القتل والجنايات الأخرى الرئيسية وأعمال العنف العمدية، فنص في المادة 254 ق.ع على أنه: "القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا".

لذلك فجريمة القتل العمدي تتحقق بوجود الركن المادي المتمثل في فعل الجاني من شأنه إحداث الموت، والركن المعنوي الذي يتجسد في القصد الجنائي للجاني في إحداث النتيجة، وهو الركن المميز للقتل العمدي عن القتل الخطأ المنصوص عليه بالمادة رقم 288 ق.ع، إذ أن إرادة الجاني في النوع الأول تنصرف إلى إحداث النشاط والنتيجة معا، على عكس النوع الثاني، فأرادته تتجه إلى إحداث النشاط دون النتيجة، أما الركن الثالث فيكمن في العلاقة السببية بين الفعل المجرم والنتيجة المحدثة، ولقد أقر المشرع عقوبات متفاوتة لجريمة القتل تصل إلى الإعدام حسب ظروف وملابسات كل فعل.

II- الدفاع الشرعي: نص المشرع عليه في المادة 39 الفقرة 02 ق.ع على أنه: "إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس، أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص، أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء". فقد اشترط المشرع شروطا يتوجب توافرها في فعل الاعتداء وأخرى في فعل الدفاع<sup>4</sup>، وهي أن يكون الاعتداء حالا، وغير مشروع وواقع على النفس، أو المال للمعتدى عليه، أو للغير، في مقابل أن يكون فعل الدفاع لازما لدرء الخطر ومتناسبا مع الاعتداء.

<sup>1</sup>- قال تعالى: «وَسَخَّلْنَاكَ مِنَ الرُّوحِ قَلِيلًا وَالرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا»؛ سورة الإسراء، الآية 85.

<sup>2</sup>- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، المرجع السابق، ج06، ص03.

<sup>3</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج41، ص29؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، المرجع نفسه، ج06، ص03.

<sup>4</sup>- كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، جوان 2018، مج ب، ع49، ص10.

وحتى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد ذهبوا إلى أن قتل الموصول عليه الصائل<sup>1</sup> دفاعاً عن نفسه ونحوها، فلا ضمان عليه لا بقصاص، ولا دية، ولا كفارة، ولا قيمة، ولا إثم عليه، لأنه مأمور بذلك، بخلاف ما قال به الحنفية إلى أن الموصول عليه يضمن البهيمة الصائلة عليه إذا كانت للغير كونه أتلف مال غيره لإحياء نفسه<sup>2</sup>.

III-الانتحار: نص عليه المشرع في المادة 273 ق.ع بأنه: "كل من ساعد عمداً شخصاً في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار". وعليه فهذا الفعل لا يعد جريمة يعاقب عليها وفقاً لأحكام قانون العقوبات، بل إن التجريم يشمل أفعال الشخص المساعد على الانتحار بشرط تنفيذ الانتحار، وما دام الأمر كذلك، فإن الشروع في الانتحار يبقى غير معاقب عليه قانوناً.

#### ب- حفظ الحق في سلامة الجسم

يعد هذا الحق من مظاهر الحق في الحياة، وهو يندرج تحت مبدأ حرمة المطلقة لجسم الإنسان، إذ لكل شخص الاعتراض عن أي مساس بسلامة جسده. وكما يحمي القانون الحق في الحياة بتجريم القتل، يحمي بداية الحق في السلامة الجسدية بل يستلزم الأمر ضمان ممارسة الحق في الحياة<sup>3</sup>.

وإن لهذا الحق عناصر يتكون منها، فيتوافرها يتحقق وجوده<sup>4</sup> وقيامه في الواقع، ومجمل هذه العناصر تتمثل

في الآتي:

I- حفظ التكامل الجسدي: يقصد به احتفاظ الفرد بكامل أعضاء جسمه وبصفة متكاملة دون نقص أو تعديل وتتجلى المصلحة في التكامل الجسدي من خلال المحافظة على أعضاء الجسم كلها داخلية وخارجية بشكلها الطبيعي، دون المساس بها على أي وجه كان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-الصائل هو الظالم والموصول عليه هو المظلوم، صال عليه يعني سطا عليه ليقهره؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج28، ص.103.

<sup>2</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج28، ص.106.

<sup>3</sup>-بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013، ص.60.

<sup>4</sup>- الأشهب العنديل فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الإصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.33.

<sup>5</sup>-أكرم محمد حسين البدر، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مجلة الرافدين للحقوق، مج9، 2007، ع33، ص.16.

II- حفظ سير وظائف الأعضاء بصفة طبيعية: والمراد من ذلك بقاء جسم الإنسان على وضعه الطبيعي والحيوي، فكل مساس لأي عضو منه يؤدي إلى تعطله أو الإنقاص من وظيفته المعتادة، ويعد ذلك انتهاكا لمبدأ حرمة الكيان الجسدي وحدوده، فزيادة المريض مرضا أو الإبقاء على مرضه، مع إمكانية الشفاء أو التخفيف من آلامه، يجسد جريمة المساس بالجسم بطريق الامتناع<sup>1</sup>.

III- حفظ سكينه الجسم وجلاء الآلام: يتركز هذا النوع من الحقوق على عدم التعرض لأي نوع من الآلام، فكل فعل ينجم عنه المساس بالسكينه الجسديه ولو لم يترتب عليه انخفاض في المستوى الصحي للجسم أو انتقاص أعضائه يشكل انتهاكا لها. وهذا بالنظر إلى استقلالية عناصر الحق في سلامة الجسم بعضها عن بعض<sup>2</sup>.

وحتى السكينه النفسية التي تشمل التوازن الجسدي يمكن إدراجها ضمن هذا العنصر، فعدم استقرار حالة الإنسان من الناحية النفسية يؤدي إلى الإضرار بالحالة الصحية له فيتأذى جسده<sup>3</sup>. وما تجدر الإشارة إليه أن الحق في سلامة الجسم قد نال الحظ الوافر من نصوص القانون الجزائري إلى جانب نصوص الشريعة الإسلامية.

### ج- مكانة الحق في سلامة الجسم

فهذا الحق مشمول بالعناية الكبيرة بأحكام الشريعة الإسلامية، فحرمت إلحاق الأذى به، كالقتل والجرح، وكل فعل يشكل ضرا ويقع عليه (I)، والمشرع لم يخالفها في ذلك، بما كرسه من قواعد قانونية لحمايته، ما جعله يحظى بمكانة خاصة به (II).

### I- في الشريعة الإسلامية.

فإلى جانب ما ذكرناه من النصوص الشرعية الدالة على تحريم القتل وإذابة النفس، وجدت نصوص أخرى تركز الحماية الربانية لعباده، كقوله تعالى: « وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا... »<sup>4</sup>، فالتهلكة قد يقصد بها أن يهلك الإنسان بسبب الجوع والعطش أو من المشي<sup>5</sup>. وكذلك بعض الأحكام الشرعية التكليفية

<sup>1</sup> - الأشهب العنديلبي فؤاد، المرجع السابق، ص.34.

<sup>2</sup> - أكرم محمد حسين البدر، برك فارس حسين، المرجع السابق، ص.19.

<sup>3</sup> - الأشهب العنديلبي فؤاد، المرجع نفسه، ص.35.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، جزء من الآية 195.

<sup>5</sup> - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مع 01، ط01، دار ابن حزم، بيروت، د.س.ن، ص.348.

التي أكدت على الحق في السلامة الجسدية كالحفاظ على النفس وعدم تحميلها ما لا تطيق بدليل قول الله عز وجل: « لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا »<sup>1</sup>. والإسلام في مجمله دين يسر لا دين عسر، بدليل قول الله عز وجل: « يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ... »<sup>2</sup>.

فالإكثار من الطاعات الذي ينجر عنه إرهاق للنفس والبدن أمر منهى عنه، بل هناك تأكيد على ضرورة إعطاء الجسم الراحة اللازمة لبقاء عيشه بدليل الحديث الذي رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال: « قال لي رسول الله ﷺ: يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينك حقا وإن لزوجك عليك حقا... »<sup>3</sup>.

ومن الوجهة المقاصدية، فإن حفظ هذا الحق أمر هام لضمان مقصد حفظ النفس، إذ يقول الطاهر بن عاشور: « ويلحق بحفظ النفوس من الإتلاف حفظ بعض أطراف الجسد من الإتلاف وهي الأطراف التي ينزل إتلافها منزلة النفس في انعدام المنفعة بتلك النفس، مثل الأطراف التي جعلت في إتلافها خطأ الدية كاملة »<sup>4</sup>. كما يستدعي الحفاظ على هذا الحق العمل بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، فدللت نصوص الشريعة الإسلامية صراحة على ضرورة الجوع والمخمصة، فأجازت للمضطر أكل الميتة وتناول طعام الغير وشرب الخمر والمياه النجسة، وإن كان الإمامان أحمد<sup>5</sup> ومالك<sup>6</sup>، لا يجيزان تناول شيء من الخمر حال الضرورة، لأنها لا تفيد تفيد إلا لإساعة الغصة إذا لم يجد مائعا غيرها، وفي إباحة الميتة والدم ونحوهما هو إحياء النفس وتجنّبها من التلف<sup>7</sup>، دون التوسع في المحظور بل يُقتصر منه على قدر ما تدفع به الضرورة فقط<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، جزء من الآية 286.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، جزء من الآية 285.

<sup>3</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر. 1975، كتاب الصوم، ص. 474-475؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر. 193، كتاب الصوم، ص. 518.

<sup>4</sup> - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 137.

<sup>5</sup> - أنظر؛ لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تح. أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، 2003، ص. 120.

<sup>6</sup> - أنظر؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الذخيرة، ج. 04، ط. 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص. 110؛

<sup>7</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط. 04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص. 75-76.

<sup>8</sup> - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم محمد مصطفى الزرقا (ابن المؤلف)، ط. 02، دار القلم، دمشق، 1989، ص. 187؛ بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج. 03، ط. 03، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005، ص. 87.

## II- في التشريع الجزائري

لقد أقر المشرع العناية اللازمة لحماية أهم الحقوق والحريات بما فيه هذا الحق، فقد كرسه ضمن مختلف الدساتير التي أوجدها<sup>1</sup>، كما أحاطه بجملة من القواعد والإجراءات بمقتضى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية. ففي التعديل الدستوري لسنة 2020، نجد أن الفقرة الأولى من المادة 35 تنص على أنه: « الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة »، والمادة 39 المشار إليها سابقا. كما نصت المادة 38 من نفس القانون على أنه: « الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون».

ولو أتينا إلى نصوص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية لوجدنا أن كليهما يكرسان نفس القواعد عملا بمبدأ دستورية القوانين، فأفعال الاعتداء على الجسم والضرب والجرح وتقديم المواد الضارة والسامة، وكل أفعال العنف والتعدي هي مجرمة ولكل منها العقوبة المناسبة لها. حيث نصت المواد من 254 إلى 263 ق.ع. على الجنايات الجرح ضد الأشخاص. وما يلاحظ أن المواد الخاصة بحماية الحق في سلامة الجسم عقت مباشرة المواد التي أقرت حماية الحق في الحياة، وفي ذلك دلالة واضحة على العلاقة بين هذين الحقين وإبراز لأهمية ومكانة الحق في سلامة الجسم<sup>2</sup>.

وما يفهم من تلك العلاقة أن الاعتداء على الحق في الحياة يفضي إلى تعطيل الوظائف الجسدية بصفة كلية أبدية، في حين أن الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ينجم عنه تعطيل تلك الوظائف بصفة جزئية وقتية كانت أو أبدية، مع اليقين أن محل الاعتداء في كليهما وفي كل الأحوال هو جسم الإنسان، لذلك عمل المشرع على تجريم أي اعتداء من شأنه المساس بهما وإقرار العقوبات المناسبة له.

أما من ناحية تشريع الإجراءات الجزائية، فيتضح من خلال روح القواعد الإجرائية أن المشرع كرس قاعدة تضمن احترام الحق في السلامة الجسدية تتمثل في أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته"، وبذلك يتوجب معاملة المتهم معاملة تضمن سلامته الجسدية خلال مراحل التحقيق بغض النظر عن خطورة الجرم المنسوب إليه.

<sup>1</sup>- بعد الإستقلال كان أول الدساتير سنة 1963 والثاني سنة 1976، والثالث سنة 1989 والرابع 1996 وتعديل سنة 2016، وأخيرا دستور سنة 2020.

<sup>2</sup>- رابع فغور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، م.ب.د، جامعة الوادي، مج.15، 2018، ص.73.

وإذا كانت تلك هي المقاصد التي تتصل بمسألة الإنجاب إتصالاً وثيقاً، فإن هناك حقوقاً تستمد وجودها من الفطرة البشرية، وتفرض نفسها على الزوجين، فحق الحصول على الولد، وتكوين أسرة هي حقوق مرتبطة كذلك بمسألة الإنجاب، ولعل هذا ما سنبينه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### الإنجاب مطلب نفسي واجتماعي

يعد الإنجاب عاملاً مؤثراً في نفسية الزوجين فبه يزداد التآلف بينهما وتتحقق السكينة والأنس، لذلك يمكن اعتبار أن الحق في الولد هو رغبة شرعية ونفسية (الفرع الأول)، ويمتد ذلك الأثر من خلال دور الإنجاب في تعزيز المكانة الاجتماعية للزوجين فيكون الدافع لاستمرار الرابطة الزوجية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الحق في الولد رغبة شرعية ونفسية

لعل من ثمرات الزواج المقصودة شرعاً تحقيق النسل ذكورا وإناثاً، فما كان مقصوداً شرعاً فهو مرغوب فيه شرعاً كذلك، وأدنى درجات ما ترغب فيه الشريعة أن يكون من مستحباتها لذلك يكون من المؤكد أن إيجاد النسل بتكثير الأولاد هو من مستحباتها<sup>1</sup>.

ومن الناحية النفسية، فإن الرغبة الشعورية في الأطفال غالباً ما يطبعها تجاذب وجداني، فمن جهة، قد تكون تعبيراً للحصول على الولد كونه ضرورة من ضروريات الحياة؛ ومن جهة أخرى؛ تكون بدافع تحقيق رغبات معينة، كالرغبة في أن يكون محباً ومحبوباً، أو للخلاص من القلق وبعض المخاوف كالوحدة والشيخوخة والملل وقلق الموت<sup>2</sup>. وعليه، فتفصيلنا في هذا الحق يكون بالتطرق للبشارة بالمولود من الناحية الشرعية (أولاً) وإلى الرغبة في الإنجاب من الناحية النفسية (ثانياً).

<sup>1</sup> - زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج 09، ص 259.

<sup>2</sup> - رشيدة سبتي، تأثير العقم على الأزواج من الناحية النفسية نظرة تحليلية للأسباب والآثار النفسية للعقم على الرجل والمرأة، ص 31، موقع على الإنترنت، [www.nova.pdf.com](http://www.nova.pdf.com)، تاريخ الإطلاع: 2018/09/20.

## أولاً: مشروعية البشارة بالمولود

فمعنى البشارة إذا أطلق الكلام، التبشير والإخبار بالخير<sup>1</sup>، كما يمكن استعمالها مفيدة في الشر<sup>2</sup>، لقوله تعالى: «... فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ...»<sup>3</sup>، ومنه فالبشارة بالمولود تعني إخبار الزوج بأن زوجته قد أنجبت له ولدا، أو إخبار المرأة بأنها أنجبت مولودا وكلا الخبرين يسرها ويفرحهما، وهي تختلف عن التهنتة التي هي دعاء للوالد بعد علمه بولادة طفله<sup>4</sup>.

وتنقسم البشارة عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى بشارة مباحة إذا تعلقت بأمر مباحة، وبشارة محظورة إذا فرح الإنسان بوقائع محظورة شرعا، وبشارة مستحبة إذا ارتبطت بأحداث يجنبها الشرع ويفرح بها المسلم، لذلك فالقول أن البشارة بالمولود مستحبة شرعا<sup>5</sup>، ففي ولادة المولود تكثير لعدد المسلمين وهو أمر يرضاه ديننا الحنيف وحث عليه النبي ﷺ حسب ما ذكرناه من أحاديث ضمن مقصد حفظ النسل.

ونضيف في هذا الموضوع ما نص عليه القرآن في استحباب البشارة، فقال الله تعالى: «وَلَقَدْ جَاءَتْ رُسُلُنَا إِبْرَاهِيمَ بِالْبُشْرَى...»<sup>6</sup> وقوله تعالى كذلك: «... فَبَشِّرْنَهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ...»<sup>7</sup>؛ وقوله تعالى أيضا: «فَأَوْجَسَ مِنْهُمْ خِيفَةً قَالُوا لَا تَحْزَنْ وَبَشِّرْهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ»<sup>8</sup>.

ورد في التفسير أن الله عز وجل أرسل ملائكته لإنزال العذاب بقوم لوط مروراً بالنبي إبراهيم عليهما السلام، فبشروه بالولد، وأن زوجته رغبت في الولد ولكنها طعنت في السن ويئست، فجاءتها البشارة بأن ترى ولدها وولد ولدها<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج01، ص251؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص19.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج08، ص93.

<sup>3</sup> - سورة آل عمران، الآية 21.

<sup>4</sup> - شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تح، مكتب الدراسات والتوثيق، ط01، دار الفكر، بيروت، 2004، ص13-14.

<sup>5</sup> - زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج09، ص262.

<sup>6</sup> - سورة هود، جزء من الآية 69.

<sup>7</sup> - سورة هود، جزء من الآية 71.

<sup>8</sup> - سورة الذاريات، الآية 28.

<sup>9</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج11، ص169؛ ج19، ص494.

والبشارة بالولد تشمل الذكر والأنثى، فولادة أي منهما يسر المسلم والتذكير والتأنيث من قدرة الله عز وجل، والشريعة الإسلامية نبذت كراهة الأنثى، فهو من أخلاق الجاهلية، بل رغبت في محبة البنات والرضا بقضاء الله وقدره، وسدا لباب تطليق النساء وتفكيك الأسر، فقد دل الحديث النبوي الذي رواه عقبه بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال: « لا تكرهوا البنات فإنهن المؤنسات الغاليات »<sup>1</sup>.

### ثانيا: الرغبة في الإنجاب من الناحية النفسية

فالطفل المرغوب فيه عند علماء النفس قد يكون في تفكير الأفراد على أشكال مختلفة<sup>2</sup>:

-الطفل اللعبة في شكل دمية حية لأم صبيانية.

-الطفل الأمل: يمكن للطفل أن يحقق آملا عاطفيا أو إقتصاديا.

-الطفل الدليل: يدل على الرجولة والأنوثة.

-الطفل السلاح: إذ يستعمل من طرف الزوجة للحصول على الرجل المحبوب، أو لإصلاح علاقة زوجية سيئة ويستوي الأمر عند الزوجة والزوج.

وقد تكون هذه الرغبة عند الزوجة (أ)، أو عند الزوج (ب).

### أ-رغبة الإنجاب عند الزوجة

معلوم أن الفتاة تمر بمراحل كي تكتمل أنوثتها ولا تكتمل إلا بتحقيق الأمومة، وهذه الأخيرة يقال عنها أنها بال المرأة، فستغرق حياتها الشعورية واللاشعورية منذ أن يتفتح وعيها على الحياة. والأم لغويا يقصد بها بالضم الوالدة أي الجدة، أو اسم احترام للسيدة المتقدمة في السن، أو أم الشيء، أي أصله<sup>3</sup>. أما اصطلاحا فتعني العلاقة البيولوجية والنفسية بين المرأة ومن تنجبهم وترعاهم من الأبناء والبنات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن حنبل، ج07، ح.ر.17837، ص.200.

<sup>2</sup>- رشيد سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.31.

<sup>3</sup>- أحمد مختار عمر، المرجع السابق، مج01، ص.121؛ جماعة من المختصين، معجم النفاث الكبير، مج01، ص.55.

<sup>4</sup>- محمد المهدي، سيكولوجية الأمومة، أكاديمية علم النفس، موقع على الإنترنت، www.acofps.com، تاريخ الإطلاع: 2018/09/21.

والأمومة تنقسم إلى أقسام ثلاثة، الأمومة البيولوجية وهي الأم التي حملت الطفل في رحمها وولدت له لا غير وهي علاقة عميقة بالنسبة للأم لا للطفل. وأمومة نفسية وهي الأم التي لم تحمل ولم تلد وإنما كفلت الطفل بعد فراقه لأمه البيولوجية فأحاطته بالرعاية والتربية حتى كبر وهي علاقة عميقة بالنسبة للطفل. وأمومة كاملة وهي الأم التي حملت وولدت ورعت الطفل، فهي تجمع بين الأمومة البيولوجية والأمومة النفسية معا وهي علاقة عميقة للأم والطفل<sup>1</sup>.

### ب- رغبة الإنجاب عند الزوج

فالزوج هو الآخر تتكون لديه الرغبة في الإنجاب بمجرد الإقتران، فالجانب البيولوجي عنده يتحقق بإشباع غريزة التكاثر والتنعم بالولد. إذ الرجولة داخلية في هذا البعد، فهو لا يشعر ويحس بأنه رجل إلا إذا أصبح له أطفالا ونادوه بالأبوة.

وتختلف الأبوة عن الأمومة كون أن الأولى تقتصر في الظاهر على الإنجاب في حين أن الثانية تتعدى ذلك، فالأم تحمل ثم تلد ثم تهتم بالطفل بعد الولادة جسديا ونفسيا وبنظافته ومأكله ومشربه، على عكس الأب الذي يمنحه اسمه<sup>2</sup>.

فعلماء النفس حاولوا تعليل ذلك بالقول، أن الأب يعد في نظر الطفل كل ما هو ممنوع، والمكانة التأديبية التي تكمن من ضبط الرغبات، والتكوين النفسي للكائن البشري، فاكتساب الفرد الشعور بالأبوة يكون عندما يصبح بالغا وأبا للطفل، عندها يتخلى عن طفولته بالكلية، ويهتم بطفله لأن الأبوة تقدير للشخصية الرجولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد المهدي، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - لكن اليتيم من الناحية الشرعية يعرف على أنه: « اليتيم في الآدميين من فقد أباه، لأن أبه هو الذي يهذبه، ويرزقه، وينصره: بموجب الطبع المخلوق؛ ولذا كان تابعا في الدين لوالده، وكان نفقته عليه وحضانه عليه »؛ شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المرجع السابق، ص. 108؛ أنظر أكثر، تسنيم محمد جمال حسن استيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007، ص. 10 وما بعدها.

<sup>3</sup> - آيت حياوش سعاد، العلاج الأسري النفسي للأطفال المحرومين من الأب بالإهمال، دراسة ميدانية لخمس حالات، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الاجتماعية، 2012-2013، ص. 55-56.

والحاصل أن النظام الأبوي تضمن قيامه وظائف الوالدين معا، فكل تغيير لوظيفة أحدهما يتبعه تغيير مباشر في وظائف الطرف الآخر، ومن الصعب دراسة أدوار الأمومة والأبوة منعزلة عن بعضهما<sup>1</sup>.

فالإنجاب عند الزوج بصفة عامة يتميز بقيمة أساسية في حياته، فالأطفال يشكلون مصدرا قويا للرزق، والإستقرار الإجتماعي للأسرة، وبالتالي الحفاظ على ممتلكاتها وصيانتها من التفكك والإندثار<sup>2</sup>، وكذلك، فإنجاب الأولاد يكون موضوعا للتفاخر والسرور، فهم يعبرون عن حيوية الزوج ورجولته الكاملة، وعن الخصوبة الحقة للزوجة<sup>3</sup>.

وبما ذكر في أهمية الإنجاب عند الزوجين معا، يتضح للمتمعن المكانة التي يحظى بها، وما يحدثه من أثر في المجتمع، من خلال زيادة تماسك الأسر، وهو الذي يتضمنه الفرع الموالي.

## الفرع لثاني

### مكانة الإنجاب في المجتمع

تتضح تلك المكانة بإبراز دور الإنجاب في تثبيت الزواج (أولا) ودوره في تعزيز المكانة الإجتماعية (ثانيا).

#### أولا: دور الإنجاب في تعزيز المكانة الإجتماعية

إذا كانت العزوبة عاملا مؤرقا للرجل والمرأة داخل المجتمع على حد سواء إذا بلغا سن الزواج، فالعلاقة الزوجية إذا لم تكمل بأولاد فذلك يؤثر على طرفيها تأثيرا بالغا، فاقتراها لا يقف عند إشباع الرغبات الجنسية بل لغاية التناسل وتوريث الخلف من بعدهما.

<sup>1</sup>-أنوار حافظ، سيكولوجية الأمومة والطفولة (المشكلات-طرق العلاج)، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2014، ص.11.

<sup>2</sup>-بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، التخطيط العائلي في الأسرة الحضرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع العائلي، جامعة باتنة، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإجتماعية، 2007-2008، ص.184.

<sup>3</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.11.

فالثقافات والعادات الاجتماعية أحدثت تصورات فرضت نفسها داخل المجتمع، فنجد التصور المشترك بين الزوجين ذلك المتمثل بأن الهدف الأسمى للزواج هو إنجاب الأطفال وتوريثهم كخلف لاستمرار السلالة، ينتج عنه انتزاع وترسيخ مكانة داخل المجتمع<sup>1</sup>.

ودليل البحث عن تلك المكانة الاجتماعية ما جرى على ألسنة الأزواج بالقول "أم أولادي" إذا كان المتكلم هو الزوج وبالقول "أب أولادي" إذا كانت المتحدث هي الزوجة، ولعل هذا ما ينم عن سعيهما لإثبات انتمائهما للمجتمع بوظيفة الإنجاب. فإيديولوجية الإنجاب هي مشتركة بينهما فرضت تصورا خاصا لهذه الوظيفة وما يترتب عليهما من نتائج داخل المجتمع<sup>2</sup>.

### ثانيا: دور الإنجاب في تثبيت الزواج

يعد الإنجاب من المقاصد الهامة للزواج في نظر أحكام الشريعة الإسلامية على حسب ما بيناه سابقا، لهذا يعتبر أحد دعائم الوازع الديني، فبوجوده يمتنع الزوجين عن فك عروة النكاح، لأن نفوس الوالدين مجبولة على حب بقاء الولد إلى جانبهما، والحيلولة دون مفارقتهم لهما. فقد روي في الحديث المختصر عن معاوية بن قرة عن أبيه رضي الله عنه، أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم ومعه ابن له، فقال له: "أتجبه؟"، فقال: "أحبك الله كما أحب، فمات، ففقدته فسأل عنه؟ فقال: "ما يسرك أن لا تأتي بابا من أبواب الجنة إلا وجدته عنده يسعى يفتح لك"<sup>3</sup>.

فلو حصلت الفرقة الزوجية فإن الولد لا محال أن يفارق أحدهما ويلحق بالآخر أبا أو أما، فتحدث الحسرة بهذا الفراق للذي ضاع منه الإثنين، لذلك يحرص الزوجان على الإبقاء على تلك الرابطة الزوجية وتحمل طبائع الطرف الآخر حبا في بقاء ولدهما لجانبهما<sup>4</sup>. ولقد دل على هذا ما رواه أبو هريرة أنه: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم قد طلقها زوجها فأرادت أن تأخذ ولدها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «استهّمَا فيه، فقال الرجل: من يحول بيني وبين إبني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للإبن: اختر أيهما شئت، فاختر أمه فذهبت به»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup> - رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع نفسه، ص.15.

<sup>3</sup> - أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، تعليق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ح.ر. 1870، ص.301 و333.

<sup>4</sup> - اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل بالمجلس الأعلى العالمي للدعوة والإغاثة، ميثاق الأسرة في الإسلام، ط01، الخيرة، مصر، 2008، ص.157.

<sup>5</sup> - أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج04، ح.ر. 10023، ص.656.

وحقيقة الإنجاب حسب ما بيناه، وما يتصل به من مقاصد تعمل على تعزيزه، وأنه من الرغبات الفطرية للأزواج، التي يظهر أثرها على الأسرة والمجتمع. غير أن مساره الطبيعي قد تعترضه عوائق، تعدمه أو تحد من نطاقه، قد تكون مرضية أو ناتجة عن التدخلات الطبية، أو تلك التي أفرزتها التغيرات الاجتماعية والقانونية، كل ذلك سيكون ضمن المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### عوائق الإنجاب

يعتبر العقم من العوائق الرئيسية للإنجاب، فهو بصفة عامة عدم القدرة على الإنسال لأسباب قد تلحق بالزوج أو الزوجة أو كلاهما معا، كما أن له أنواعا وقف عليها الطب الحديث، دفع بالبعض إلى اعتباره مرضا يستدعي علاجه، عملا بالقواعد الفقهية الممكن إعمالها في مجال التداوي (المطلب الأول).

وبالموازاة فهناك نوعا آخر من العقم ناتج عن التدخلات الطبية الإرادية، المتمثلة أساسا في التغيير الجنسي والتعقيم الجراحي، فكلاهما عملية تهدف إلى قطع الإنجاب (المطلب الثاني).

ومما لا يخفى على أي عاقل أن العقم له أثر مباشر على استمرار العلاقة الزوجية، سواء كسبب يدفع بالزوج إلى الزواج بثانية، أو أنه من الأسباب المحدثة للفرقة الزوجية، يستلزم الأمر دراستها وفق أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون الجزائري (المطلب الثالث). إلى جانب ذلك سنحاول التطرق إلى عوائق أخرى أوردتها دون حصر، منها ما هو إجتماعي، كالمغالاة في المهور وتوفير مسكن الزوجية، ومنها ما هو قانوني كقصور القوانين المنظمة للعلاقات الأسرية، وعوامة تحديد النسل (المطلب الرابع).

## المطلب الأول

### العقم المرضي

فالعقم حالة تتحقق عند عدم الإنجاب بعد مدة من الزواج بالرغم من حدوث الاتصال الجنسي بين الزوجين. لذلك يتحتم علينا تبيان تعريفه، سواء من الناحية الشرعية، أو الطبية، مع ذكر أسبابه ضمن الفرع الأول. أما الفرع الثاني فسنبرز من خلاله أسباب العقم، والفرع الثالث نتطرق فيه إلى مشروعية التداوي من العقم باعتباره مرضا.

## الفرع الأول

## مفهوم العقم

لنتمكن من الإحاطة بمفهوم العقم خصصنا خمسة بنود نعالج فيها تعريف العقم لغة واصطلاحاً (أولاً)،  
التعريف الطبي (ثانياً)، التعريف الشرعي (ثالثاً)، مدى اعتبار العقم مرضاً (رابعاً)، وأخيراً أنواع العقم (خامساً).  
أولاً: تعريف العقم لغة واصطلاحاً

والعقم يعرف لغة (أ)، واصطلاحاً (ب)، ويوجد فرق بينه وبين العقر (ج).

## أ- تعريفه لغة

العقم بالضم، هُزْمَةٌ تقع في الرحم فلا تقبل الولد<sup>1</sup>، عَقِمَتْ، كَفَرِحَ وبَصَرَ وَكُرِمَ وَعُنِيَ، عَقْمًا وَعَقْمًا،  
ويضم، وعقمها الله تعالى يعقمها وأعقمها، ورحم عقيم وعقيمة: معقومة، وامرأة عقيم، ج: عقائم وعُقْمٌ. ورجل  
عقيم، كأمير وسحاب: لا يولد له، ج: عقماء وعِقَامٌ وَعُقْمَى، وريح عقيم: غير لاقح<sup>2</sup>. والعقيم الذي لا يولد  
له، يطلق على الذكر والأنثى<sup>3</sup>.

العُقْرَةُ: وتضم، العقم وقد عقرت، كعُنِيَ، عَقَارَةٌ وَعُقَارَةٌ، وَعَقَرْتُ تعقر عَقْرًا، فهي عاقِرٌ، جمع: عُقْرٌ،  
كسُكْرٌ. ورجل عاقر وعقير، لا يولد له ولد، والعُقْرَةُ، كهُمَزَةٍ، خَزْرَةٌ تحملها المرأة لثلاثا، وامرأة عُقْرَةٌ، كهُمَزَةٍ،  
برحمها داء وأعقر الله رحمها<sup>4</sup>. فالعاقِر، المرأة التي لا تحمل، وفيه، فأعطاهم عُقْرَهَا، العقر بالضم ما تعطاه المرأة  
على وطء الشبهة، وأصله أن واطئ البكر يعقرها، إذا افتضها فسمي ما تعطاه للعقر عقر، ثم صار عاما لها  
وللثيب<sup>5</sup>.

## ب- تعريفه اصطلاحاً

وأما معناه الإصطلاحى للعقم، فهو لا يكاد يخرج عن التعريف اللغوي، فكلاهما يشير إلى أن العقم هو  
عدم الأهلية للإنجاب والإنسال.

<sup>1</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج15، ص.306.

<sup>2</sup> - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح. محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص.1139.

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.161.

<sup>4</sup> - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع نفسه، ص.443-444.

<sup>5</sup> - مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط01، تق. علي بن حسن بن علي بن عبد  
الحميد الحلبي الأثري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، ص.630-631.

## ج- الفرق بين العقم والعقر

بما ذكرناه في التعريف اللغوي يمكن الجزم بأن العقم هو من معاني العقر، ويعني استعقام الرحم وهو أن لا تحمل، يقال عقرت المرأة فهي عاقرة، وجاء في القرآن الكريم قصصاً عن نبي الله زكرياء عليه السلام قوله تعالى « وَكَانَتْ أُمْرَاتِي عَاقِرًا »<sup>1</sup>، أي عقيماً ويستعمل في الجرح، فالعقر أعم من العقم<sup>2</sup>.

## ثانياً: التعريف الطبي للعقم

عرفه الأطباء كما يلي:

العقم هو: « عدم القدرة على الإنجاب، ويكون في الرجال وفي النساء »<sup>3</sup>.

وعرفه بأنه « فشل الحمل بعد مضي سنة كاملة على المعاشرة الزوجية »<sup>4</sup>.

وقيل أنه « عبارة عن عدم إنجاب كل أنثى ناضجة ومكتملة في مرحلة إنجاب الأطفال »<sup>5</sup>.

أما بعض الأطباء، فيشيرون إلى ضرورة التفريق بين ظاهري العقم وعدم الإخصاب، فالعقم *stérilité* ليس له علاج ناجح ويتمثل في تلك الأمراض الخلقية والوراثية التي تلحق بالجهاز التناسلي، أي الغدة التناسلية وانعدام الخصية أو ضمورها الشديد وكذلك بالنسبة للمرأة حالة انعدام المبيض أو شذوذ في تكوينه، فهذه الحالات وغيرها من الحالات التي بها خلل في الصبغيات تؤدي كلها إلى العقم.

أما عدم الإخصاب *infertilité*، فهو تعبير يضم كل الحالات التي يمكن أن تعالج أو ما يعرف عند الأطباء "عدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع منع الحمل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-سورة مريم، الآية 05.

<sup>2</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج30، ص267.

<sup>3</sup>- أحمد مُجَدِّ كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة الأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية؛ تقد، مُجَدِّ هيثم الخياط، ط1، دار النفائس، بيروت، 2000، ص.733.

<sup>4</sup>- مُجَدِّ خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس، الأردن، 1999، ص.61.

<sup>5</sup>-ياسر عبد الحميد النجار، أسباب العقم في الشريعة الإسلامية والطب وحكم علاجه، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بالدقهلية، ج01، جانفي 2015، ع30، ص.304.

<sup>6</sup>- مُجَدِّ علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ط01، دار القلم، دمشق، 1993، ص.330-331.

كما أن البعض الآخر، يفرق بين العقم وتأخر الإنجاب، إذ الأول يتمثل في عدم القدرة مطلقاً على الإنجاب ويكون ذلك حين تكون الخصية عند الرجل غير مؤهلة لتأدية دور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية لأسباب خلقية والأمر ذاته عند المرأة حالة عجز المبايض على إنتاج بويضات من الأساس. أما الثاني، فيسجل عند وجود أسباب بسيطة جداً يمكن تشخيصها وعلاجها، فيزول سبب تأخر الإنجاب كوجود قلة في عدد الحيوانات المنوية أو أن تكون ذات أشكال غير طبيعية أو تموت بسرعة أو أن تكون البويضات ذات جدار سميك أو صغيرة الحجم إلى غير ذلك من الأسباب المكتشفة لدى الرجال والنساء<sup>1</sup>.

### ثالثاً: التعريف الشرعي للعقم

لقد وردت كلمة "عقيم" في أربعة مواضع من القرآن الكريم، ففي قول الله عز وجل « حَتَّى تَأْتِيَهُمُ السَّاعَةُ بَغْتَةً أَوْ يَأْتِيَهُمْ عَذَابٌ يَوْمٍ عَقِيمٍ »<sup>2</sup> ، وفي قوله تعالى « فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صَرْفٍ فَصَكَتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ »<sup>3</sup> ، وقوله تعالى « أَوْ يُزَوِّجَهُمْ دُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ »<sup>4</sup> ، وقوله تعالى « وَفِي عَادٍ إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ الرِّيحَ الْعَقِيمَةَ »<sup>5</sup>.

وأما كلمة عاقراً، فجاءت في قوله الله تعالى « قَالَ رَبِّ أُنِّي يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَقَدْ بَلَغَنِيَ الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ »<sup>6</sup> ، وقد وردت في موضعين من سورة مريم في قوله تعالى على لسان نبيه زكرياء « ... وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا... »<sup>7</sup>.

وبالوقوف عند حديث المفسرين القدامى لقول الله عز وجل «... وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا » أوردوا تعاريف متقاربة للعقم كانت في مجملها مشابهة لما ذكره أهل اللغة. قال ابن كثير في تفسيره يعني لا نسل له ولا

<sup>1</sup>-خالد جبر، العقم وتأخر الإنجاب المشكلة والحل، بيت الضياء للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 05-06.

<sup>2</sup>-سورة الحج، الآية 55.

<sup>3</sup>-سورة الذاريات، الآية 29.

<sup>4</sup>-سورة الشورى، الآية 50.

<sup>5</sup>-سورة الذاريات، الآية 41.

<sup>6</sup>-سورة آل عمران، الآية 40.

<sup>7</sup>-سورة مريم، جزء من الآيتين 05 و08.

يولد له<sup>1</sup>، وهو ما ذكره الإمام القرطبي<sup>2</sup> والطبري<sup>3</sup>، ولعل تمحور كلامهم حول نفس المعنى اللغوي يرجع أساساً إلى سهولة معنى العقم وتداوله عند العرب، فلا يثور ما يشكل حول مفهومها في القرآن.

أما الفقهاء المعاصرين فقد ذكروا تعريفات ضمن بحوث تتعلق بالإنجاب ونظرة الإسلام إليه ومن هذه التعريفات ما يلي:

عرفه بعضهم بأنه «العجز عن الإخصاب الذي يتوقف على قدرة كل من الذكر والأنثى على إنتاج خلايا تناسلية، ثم قدرة هذه الخلايا على الإتحاد حتى يحصل الحمل»<sup>4</sup>.

يمكن الرد على هذا التعريف بالقول على أنه قد يتمتع الزوجان بالقدرة على إفراز خلايا تناسلية سليمة قادرة على الإتحاد، غير أنه قد توجد علة أخرى تمنع حدوث الحمل كعلة تكون في رحم الزوجة مثلاً.

وقال عنه آخر بأنه «عجز حقيقي أو حكمي ظني عن إنجاب الزوجين معا أو أحدهما والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة»<sup>5</sup>.

ونعيب على هذا التعريف بذكره للعجز الحكمي الظني، بحجة أن التطور الطبي الحاصل في الوقت الحالي بات بإمكانه الوقوف على أدق العلل المانعة لحصول الإنجاب، مما ينفي عنه الصفة الحكمية الظنية.

وعرفه آخر بأنه: «العجز عن الإنجاب لوجود علة أو عيب بالزوجين معا أو بأحدهما، وهما في سن يمكن الإنجاب به عادة»<sup>6</sup>.

وهذا التعريف هو الآخر يعاب عليه عند إضافة عبارة -وهما في سن يمكن به الإنجاب عادة-، إذ أن هذا الشرط إن كان معلوماً في جانب الزوجة، فإنه لا يستقيم في جانب الزوج، ما دام أن هذا الأخير معافى في جسده ليس به علة. لأن الثابت أن الرجل يستطيع الإخصاب لفترة أطول من المرأة، تختلف من رجل لآخر.

<sup>1</sup>- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ص. 2577.

<sup>2</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج. 18، ص. 502.

<sup>3</sup>- أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج. 06، ص. 504.

<sup>4</sup>- محمد سلام مذكور، التقييم والإجهاض من وجهة نظر الإسلام؛ نقلاً عن محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 69-70.

<sup>5</sup>- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>6</sup>- زياد صبحي ذياب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، نقلاً عن محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 70.

لذلك، فإن ما نراه تعريفا واضحا وشاملا بعد الذي ذكرناه من التعاريف المقدمة من أهل اللغة والطب والفقهاء والمفسرين، ما أوردته الموسوعة الطبية الفقهية بقولها أن العقم هو « عدم القدرة على الإنجاب»، فهم أصحاب الاختصاص، فقد جاء هذا التعريف مختصرا دون إسهاب ولا تفصيل، كما أنه يتضمن أنواع العقم التي سنتطرق إليها في مقامها.

وما علمناه أن الفقهاء القدامى قد ذكروا العقم عند الكلام عن مسألة الفرقة بالخيار أو الطلاق أو الفسخ، فقد جاء في كتب الحنابلة ما نصه « إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيما يخير. وأحب أحمد أن يتبين أمره، وقال: عسى امرأته تريد الولد. وهذا ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ، ولا يتحقق ذلك منهما»<sup>1</sup>.

وهذا القول فيه دليل على أن الإمام أحمد لا يجزم بالعقم الدائم المطلق بل يميل إلى ما يعرف بتأخر الإنجاب، فهو لا يتعجل في فسخ النكاح إلا بعد إمهال الزوج العقيم والتأكد من أمره، وأن الإنجاب قد يتأخر فلا يولد لأحد وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ، فالعقم عنده حالة مرضية قابلة للشفاء بإذن الله تعالى. ذلك ما سنقف عليه في البند الآتي.

#### رابعا: مدى اعتبار العقم مرضا

الأصل أن الزوجين عند عقد قرانهما يكونان حكما قادرين على الإنسال، فالله عز وجل قد هيأها لذلك الغرض، غير أن الإتصال قد يقع بينهما ولا يحدث الحمل لسبب يحمله أحد الزوجين أو كليهما وبهذا اعتبر كثير من الأطباء العقم مرض يمكن علاج بعض أسبابه، فمصطفى الزرقاء يرى أن الأمومة حاجة مشروعة للزوجة ومصالحتها فيها، ليس لها طريق آخر مشروع وبالتحديد إذا عملنا بما يقرره الأطباء إجماعا على أن عقم المرأة لأي سبب كان يعد حالة مرضية<sup>2</sup>. ويرى عبد العزيز الخياط أن عدم القدرة على الإنسال مرض يصيب الرجال والنساء وتسمى المرأة عقيما أو عاقرا بمضي ثلاث سنوات على زواجها ولم يحصل الحمل بالرغم من توفر الأسباب لحدوثه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص.59-60.

<sup>2</sup> - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.27.

<sup>3</sup> - زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.28.

ومع تصور المجتمعات لاعتبار العقم مرضاً، حاول البعض منها القضاء عليه باللجوء إلى طرق علاجه، فإذا استحال ذلك كان بالعمل على التخفيف من آثاره، ومن تلك الوسائل التي لجأت إليها بعض المجتمعات وبالأخص المجتمعات الغربية إقرار التبني<sup>1</sup>، وهي مسألة أقرت بجرمتها نصوص الشريعة الإسلامية.

وإن صح اعتبار العقم مرضاً، فإن بعض وسائل علاجه لا يمكن عدها علاجاً بالمعنى الدقيق، فالإنجاب الصناعي يبقى في نظر البعض مجرد وسيلة لإزالة آثار العقم دون عدها طريقة لعلاج<sup>2</sup>، إذ العلاج بمعناه الدقيق يهدف إلى تشخيص علة المرض للقضاء عليه، فإذا شفي المريض من مرضه بالكلية عد العلاج ناجحاً، وإذا فشل بقي المرض كما هو، فالإنجاب الصناعي يبقى العقم كما هو، سواء نجحت العملية أم لا<sup>3</sup>.

والمرض أي السقم هو عكس الصحة، يخرج الجسم عن حالة الاعتدال المتمثلة في قيام أعضاء البدن بالوظائف المعتادة، مما يمنع الإنسان من ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية<sup>4</sup>، على إثر ذلك يمكن عد العقم مرضاً يوجب علاجه وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في القرار الخامس حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، إلى إقرار أن المرأة إذا احتاجت إلى العلاج من مرض يؤديها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً، يعد ذلك غرضاً مشروعاً، يجوز لها الانكشاف على غير زوجها لغرض العلاج مع الإلتزام بقدر الضرورة<sup>5</sup>.

وكما أن المرض حالة ضعف تعترى الإنسان، فالعقم كذلك ضعف وعجز، وعلامة العجز والضعف بينة لدى المرأة العقيم بعدم تقبلها مني زوجها كونها من حالات العقم عند المرأة. وبذلك فهو نقص عضوي في جهازها التناسلي مقارنة بأقرانها من النساء وهذا عند البعض يعد مرضاً تنطبق عليه الأحكام الشرعية المتعلقة بالمرض<sup>6</sup>.

### خامساً: أنواع العقم

يميز الأطباء العقم بين نوعين أساسيين هما: عقم مطلق وعقم نسبي.

<sup>1</sup>-مُجد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.194.

<sup>2</sup>- مرحبا إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط01، دار ابن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص.436.

<sup>3</sup>- مُجد المرسي زهرة، المرجع نفسه، ص.199

<sup>4</sup>- أحمد مُجد كنعان، المرجع السابق، ص.845.

<sup>5</sup>-القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي...، المرجع السابق، ص.152.

<sup>6</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.30.

أ-**العقم المطلق**: يقصد به استحالة حدوث الحمل مطلقاً لأسباب غير قابلة لعلاج كانهدام الأعضاء الأساسية للتناسل مثل الرحم أو المبيضين أو الخصيتين وهو حالة نادرة الحدوث<sup>1</sup>، ويسميه البعض بالعقم المحقق<sup>2</sup>.

ب-**العقم النسبي**: ويعني وجود موانع تعيق حدوث الحمل، غير أنه يمكن علاجها ولقد ثبتت الدراسات على أن معظم الأزواج الراغبين في الإنجاب يعانون من مشكلة العقم النسبي<sup>3</sup>، كما يطلق عليه بالعقم المشكوك فيه<sup>4</sup>. وينقسم هذا النوع من العقم إلى عقم أولي وعقم ثانوي حسب ما يلي:

I-**عقم أولي**: وهو انعدام القدرة على الإنجاب بعد الزواج لمدة معينة تصل إلى عام أو أكثر<sup>5</sup>.

II-**عقم ثانوي**: هو ذلك الذي يحدث بعد تمكن الزوجة من الحمل والإنجاب مسبقاً، لكنها صارت عاجزة عن الحمل. وإن كان الأطباء لا يعدونه عقماً بسبب عدم وجود فرق تشخيصي أو علاجي مقارنة مع العقم النسبي الأولي<sup>6</sup>.

وستتضح لنا الفروق بين تلك الأنواع بصفة مفصلة بالتطرق لأسباب العقم ضمن الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### أسباب العقم

ما دام أنه يمكن اعتبار العقم مرضاً يصيب الأزواج، فلا بد من أن تكون له أسباباً تفضي إليه، وحتماً فمعرفة السبب يمكن من إزالة المرض، أو التحكم فيه وإيجاد حلال له. فقد اتفق الأطباء على جملة من الأسباب التي يعاني منها الزوج (أولاً)، أو الزوجة (ثانياً)، وقد تكون هنالك أسباباً مشتركة بينهما (ثالثاً)، وهذا ما سنفصل فيه كالاتي.

<sup>1</sup>- ياسر عبد الحميد النجار، المرجع السابق، ص.308.

<sup>2</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، 36؛ زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.31.

<sup>3</sup>-ياسر عبد الحميد النجار، المرجع نفسه، ص.308.

<sup>4</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.31.

<sup>5</sup>-رسمية عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الإنجاب دراسة فقهية مقارنة بالقانون، طبعة 01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص.68.

<sup>6</sup>-ياسر عبد الحميد النجار، المرجع نفسه، ص.308.

## أولاً: أسباب تصيب الزوج

يختلف سبب العقم لدى الرجل باختلاف أعضائه.

أ- عدم وجود الخصيتين مطلقاً، فهي العضو الأساسي للعملية الجنسية والإخصاب.

ب- عجز الخصية عن إفراز الحيوانات المنوية، حيث أن الخصية تتكون من ثلاثة خلايا رئيسية مسؤولة عن إنتاج الحيوانات المنوية، واختلال أي منها يعطل عملها، وإعطاء حيوانات منوية ناضجة، فالأولى تدعى الخلايا التناسلية الأولى تمر ما بين 18 و20 مرحلة لإنتاج الحيوان المنوي الناضج بعد العديد من الانقسامات، والثانية تسمى بخلايا سيروتولي تكون حاضنة ومغذية للحيوان المنوي، وقد تصاب بخلل في وظيفتها، أما الثالثة فتلك الخلايا المسؤولة عن إنتاج هرمون الذكورة (التستسترون) وتسمى بخلايا لايدرج<sup>1</sup>.

ج- دوالي الخصية، التي هي عبارة عن وريد متورم<sup>2</sup>، وهي مسؤولة عن نسبة معتبرة لحدوث العقم دون أن تمنع الخصية مطلقاً من إنتاج الحيوانات المنوية. غير أنها تؤثر على عددها وسرعتها وحيويتها، من خلال الرفع من حدة درجة حرارة الخصية لتتجاوز بذلك الحد المناسب لها، فيكون إنتاج الحيوانات بشكل أقل وبأشكال غير طبيعية<sup>3</sup>. وقد لوحظ أن 35% إلى 40% من الرجال الذين يعانون من العقم الأولي و80% من الذين يعانون من العقم الثانوي يكون بسبب دوالي الخصيتين<sup>4</sup>.

هذا وإن علاج دوالي الخصية بالجراحة يتوقف على نتائج تحليل السائل المنوي للمريض، فإذا كان عدد الحيوانات المنوية وشكلها بصفة طبيعية مع سرعتها ونشاطها، فغالبا ما تؤجل الجراحة إلى حين أن يبرز المريض بالأولاد، مع إعطائه أدوية مسكنة للألم إذا احتاج لذلك، أما في حالة ما إذا تبين عدم جاهزية الحيوانات المنوية من ناحية العدد، والشكل، والسرعة، والنشاط، فتقرر إجراء العملية، وإزالة الدوالي، كونها هي السبب في إعاقة تخصيب البويضة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، 37-38.

<sup>2</sup>-بودحوش نصر الدين، أثر برنامج علاجي في التخفيف من حدة الأمراض الإكتئابية لدى المصابين بالعقم، دراسة عيادية لعشرة حالات، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطفونيا، 2015-2016، ص.32.

<sup>3</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.46-47.

<sup>4</sup>-سعد محمود حسن، دراسة تقييمية لعملية دوالي الخصيتين على مكونات السائل المنوي والعقم، جريدة ديبالا للطب، جامعة السلطان زين العابدين، ماليزيا، كلية الطب، ع11، 2016/12/06، ص.05.

<sup>5</sup>-خالد جبر، المرجع نفسه، ص.47.

ح- ارتفاع درجة حرارة الخصية، يحدث هذا خاصة إذا أصيب الرجل بدوالي الخصية كما ذكرنا سابقاً، بالإضافة إلى الجلوس لفترات طويلة، أو السمينة الزائدة، لأن تراكم الدهون يؤدي إلى ارتفاع درجة حرارة الخصية، وبالتالي التقليل من عدد الحيوانات المنوية<sup>1</sup>، لذلك فالحكمة من وجود الخصية خارج الجسم تكمن في أن حرارة الجسم العالية 37 درجة لا تسمح بتوالد النطف ووجودها خارجاً يجعل درجة الحرارة أقل من 25 درجة<sup>2</sup>.

وكذلك ليحميها من حركة الجهاز الهضمي وأعضاء الحوض المختلفة ويبقى العامل الرئيسي لإصابة بعض أصحاب المهن بالمقم هو تعرض الخصية لدرجة حرارة عالية لمدة أطول نتيجة الجلوس في درجة حرارة عالية، أو لبس بدلات ضيقة لفترات طويلة<sup>3</sup>.

خ- الإلتهابات الشديدة للخصيتين<sup>4</sup> التي تحد من إنتاج الحيوانات المنوية وتثبط حركتها ونشاطها، فينبغي معالجة تلك الإلتهابات الجرثومية بسرعة ودون تأخير لأن إهماله يسبب آثاراً وخيمة<sup>5</sup>

-وجود انسداد أو أكثر داخل الخصيتين على مستوى الأنابيب المنوية وقنوات الخصوبة وقد تحدث هذه الإنسدادات خارج الخصية وتمس باقي الأعضاء التناسلية<sup>6</sup>.

د-عدم سلامة غدة البروستاتا، كونها المسؤولة عن إفراز البلازما المنوية، وهو سائل يضاف إلى السائل المنوي الذي تفرزه الخصيتين والحويصلة المنوية، غير أنه في حالات إتهابات البروستاتا، فقد ينزل هذا السائل بكميات كبيرة لكن ليس له علاقة بالإثارة الجنسية. وإن كان الأطباء قد ثبت لديهم أن معظم المركبات الكيميائية لهذا السائل تعد العامل الرئيسي لعملية إخصاب البويضة وحركة الحيوانات المنوية<sup>7</sup>.

ذ-قلة عدد الحيوانات المنوية عن العدد الطبيعي المقدر ما بين 30.000.000 إلى 120.000.000، فإذا قل العدد أو زاد عن ذلك يعطى للمريض أدوية ترفعه وتخفضه إلى الحد الطبيعي، والعلة في ذلك أن عدد الحيوانات

<sup>1</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup>-مُجد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، جدة، المملكة العربية السعودية، 1983، ص.27.

<sup>3</sup>-محمود سامي أبو رية، البروستاتا وأسرار الرجولة، ط03، د.د.ن، 1988، ص.86-87.

<sup>4</sup>-بودحوش نصر الدين، المرجع السابق، ص.32.

<sup>5</sup>-رسيمة عبد الفتاح الدوس، المرجع السابق، ص.73.

<sup>6</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع نفسه، ص.38 و41.

<sup>7</sup>-محمود سامي أبو رية، المرجع نفسه، ص.12 وما بعدها.

المنوية له تأثير على حركتها من ناحية البطء والسرعة، حيث يحتاج الحيوان المنوي لكي يصل إلى تلقيح البويضة تقريبا من 12 إلى 14 سنتيمتر أي ما يقارب من 12 إلى 14 ساعة<sup>1</sup>.

هـ- انعدام الغذاء اللازم لسلامة وظيفة الجنس والإخصاب وهو الغذاء نفسه اللازم لسلامة كل خلايا الجسم ويقصد به الغذاء الصحيح المتكامل الذي يحتوي على نسب متجانسة من الأحماض الأمينية والبروتينات والدهون والأملاح المعدنية وبالأساس الفيتامينات التي يؤدي نقصها إلى ضعف الحيوانات المنوية وانخفاض درجة الحرارة عند الرجل. لهذا فأغلب أطباء العقم ينصحون مرضاهم بتناول جرعات مناسبة من هذه الفيتامينات، وبالأحرى الطبيعية منها، والإبتعاد عن تلك المصنعة، كالفيتامين أ، ب1، ج، هـ<sup>2</sup>.

### ثانيا: أسباب العقم عند الزوجة

بصفة عامة فإن أسباب العقم عند الزوجة تكمن في كل ما يمكنه أن يعيق وصول الحيوان المنوي إلى تلقيح البويضة والإنغراس فيها، غير أن هذا لا يمنعنا من الوقوف بصفة جزئية على مسببات العقم لدى المرأة.

أ- عدم سلامة الأعضاء التناسلية الخارجية للمرأة، كضيق المهبل الخلقي، أو المكتسب هي حالة تمنع العضو الذكري من الإيلاج الكافي الطبيعي، فيحدث القذف عند مدخل المهبل أو أسفل منه. وقد يرجع ذلك إلى أسباب خلقية أو عصبية نفسية أو تقرحات<sup>3</sup>.

ويشترط من الناحية الطبية أن يكون للمرأة مهبل مطاطي قادر على التمدد والسماح للعضو الذكري بالولوج، ورحم كامل التكوين، ومبيض واحد على الأقل<sup>4</sup>.

ب- حموضة المهبل الزائدة، إذ يعتبر العصير المهبلي بمستوى حموضته الطبيعية حاميا للمهبل من الجراثيم الفتاكة ويساعد المنى على الإنزلاق داخل عنق الرحم، غير أن الحموضة الزائدة تؤدي إلى شلل الحيوانات المنوية مما يقلل فرص حدوث الحمل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.07-08.

<sup>2</sup>-محمود سامي أبو رية، المرجع السابق، ص.87 إلى 89؛ رسيمة عبد الفتاح الدوس، المرجع السابق، ص.73.

<sup>3</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.32؛ ياسر عبد الحميد النجار، المرجع السابق، ص.314.

<sup>4</sup>-اليوت فيليب، العقم أسبابه وطرق علاجه، ترجمة الفاضل العبيد عمر، ط02، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1986، ص.37-38.

<sup>5</sup>-مُجَّد خالد منصور، المرجع السابق، ص.74؛ اليوت فيليب، المرجع نفسه، ص.116.

ج-التشوهات الرحمية، فمعلوم طبيًا أن أي تشوه في شكل الرحم أو وضعه يؤثر على حدوث الحمل، وتحدث هذه التشوهات في مرحلة التكوين الجنسي. كالرحم المضاعف الذي يكون حجمه ضعف الحجم الطبيعي والرحم الثنائي القرن والوحيد القرن وثنائي الحجرة والرحم المسطح كلها أشكال لا يقوم معها الحمل<sup>1</sup>.

وكذلك وضع عنق الرحم يلعب دورا هاما لكي تستطيع الحيوانات المنوية دخوله بسهولة، فبعض النساء يولدن برحم مائل إلى اللوراء وعنقه مائل إلى الأمام وهذا النوع يؤثر على دخول الحيوانات المنوية والإلتصاق به<sup>2</sup>. وقد تطرأ بعض التشوهات الرحمية عند إصابة عنق الرحم بجروح، أو تكون المرأة قد خضعت لمعالجة عنق الرحم بواسطة الكي، أو عملية جراحية، لاسيما إذا كانت لمعالجة سرطان الرحم<sup>3</sup>.

ح-عدم انتظام الهرمونات الأنثوية، إذ يقع عبء تنظيم إفراز هذه الهرمونات على جزء في المخ، كما تلعب الغدة النخامية الدور ذاته، وحدوث أية تغيرات عليها ينتج عنه عقم المرأة، ويمكن الكشف عن ذلك بواسطة الأشعة على جمجمة الرأس، خاصة عند المرأة التي تعاني من اضطراب في الدورة الشهرية، إلى جانب ذلك هناك هرمونات أخرى تعرف باسم الإستروجين والبروجسترون اللذان يتمركز دورهما داخل الرحم من خلال تحضيره لتقبل البويضة وتغذيتها أيضا<sup>4</sup>.

خ-عدم القدرة على التبويض، يحدث هذا حالة ضمور المبيضين أو غيابهما، يضاف إليه عند وجود إلتهابات بالمبيضين، خاصة إذا صاحب ذلك إحاطة المبيض بأغلفة التهابية. كما أن أورام المبيض أو أكياسه التي تلحق بالأوعية تحدث العقم إذا أصابت الجهتين وأعدم النسيج المبيضي<sup>5</sup>. وتوجد كذلك أورام أخرى تفرز في الدم هرمونات مذكرة دون الهرمونات الأنثوية، فينعدم التبويض وتعقم المرأة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.38.

<sup>2</sup>-اليوت فيليب، المرجع السابق، ص.112.

<sup>3</sup>-رشيدة سبتى، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.47.

<sup>4</sup>-اليوت فيليب، المرجع نفسه، ص.118.

-وينبغي الإشارة إلى أن الأطباء الأوائل قاموا باستخدام هرمونات شبيهة تسمى البروجستوجن وتم استخراجها من بول المرأة التي بلغت سن اليأس، على أن يكون البول نظيفا خاليا من الميكروبات وتم اللجوء إلى الراهبات الإيطاليات اللاتي لم يتزوجن ويعشن داخل الكنيسة لأنهن أقل تعرضا لالتهابات المسالك البولية؛ اليوت فيليب، المرجع نفسه، ص.119-120.

<sup>5</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.33.

<sup>6</sup>-مُجد خالد منصور، المرجع السابق، ص.75.

د- استعمال اللولب لتنظيم الحمل، فهو أداة رחمية يؤدي إلى حصول التهابات في الرحم والأنابيب ينجم عنها عدم الخصوبة<sup>1</sup>.

ذ- الجماع في فترة الحيض، إذ ثبت من الناحية الطبية أن الجماع في فترة الحيض والنفاس يسبب الإصابة بأمراض خطيرة، لأن الرحم يكون متقرحا وجلده مسلوخا فتتشكل بيئة لغزو البكتيريا وتكاثرها ونموها، علما أن سطح العضو الذكري المملوء بالبكتيريا يشكل خطرا محققا على الرحم، في ظل انخفاض إفراز المهبل الحمضي الذي يقتل الميكروبات، وتقل كذلك المواد المطهرة الموجودة بالمهبل أثناء الحيض<sup>2</sup>.

وغني عن التعليل، فبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية أن الجماع أثناء الحيض فيه أذى وضرر للزوج والزوجة معا، فهو مسألة ثبت تحريمها بنص القرآن لقول الله عز وجل « **وَدَسَّأْتُمْ نَفْسَكُمْ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ** »<sup>3</sup>، ويأخذ النفاس حكم الحيض في سائر الأحكام إلا ما استثني<sup>4</sup>.

لم تكن تلك كل العوامل المسببة للعقم عند الزوج والزوجة، بل إن هناك أسبابا أخرى مشتركة بينهما، سنذكرها في البند التالي، من غير ترتيب ولا حصر.

### ثالثا: أسباب تصيب الزوجين معا

أ- الأمراض الجنسية: تشكل الأمراض الجنسية المترتبة عن الزنا واللواط والممارسات الشاذة من مسببات انعدام الخصوبة لكلا الجنسين وأبرزها السيلان، الكلاميديا، الزهري والهريس، فهي تحدث التهابات للغدة التناسلية للرجل والمرأة. وقد يتفاقم الأمر إلى أسوأ من ذلك، فتسبب انسدادا أو التهابا مزمنًا في القنوات التي تنقل البويضة والسائل المنوي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.335.

<sup>2</sup> - محمد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.101-102؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.413.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 222.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج18، ص.327.

<sup>5</sup> - محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.332-333.

والشريعة الإسلامية قد حرمت اقتراف هذه الفواحش، فقد جاءت نصوص كثيرة تدل على ذلك بصفة متفرقة لكل فاحشة، كما جاء قول الله عز وجل جامعاً لتحريم الفواحش « قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ... »<sup>1</sup>.

ب- تأخير سن الزواج، خاصة بالنسبة للمرأة<sup>2</sup>، فتقل نسبة حدوث الحمل لديها بتقدمها في السن، حيث تكون بنسبة 11% في سن الثلاثين وبنسبة 3% عند سن الأربعين<sup>3</sup>، والغالب إذا تأخر الزواج بعد الخامسة والعشرين تقل الخصوبة، لكونه السن الأمثل لذلك<sup>4</sup>.

ج- تعاطي الخمر والمسكرات، فلقد أثبتت البحوث الطبية أن شرب المواد الكحولية له التأثير المباشر على خصوبة الرجل، فهي مواد ضارة للخلايا المنتجة للحيوانات المنوية بالخصية، فتجمعها تفرزها ضعيفة ومشوهة وقليلة من حيث العدد. فالخشيش والأفيون والأنواع الأقوى، كاهروين والكوكايين، فهي تفوق المواد الكحولية تأثيراً على خصوبة الرجل، كما أن المرأة ليست بعيدة عن تأثير تلك المواد، لأنها تؤثر على نشاط مراكز المخ التي تتحكم في انتظام الدورة الشهرية والتبويض وعلى الغدة النخامية<sup>5</sup>.

إضافة إلى ما ثبت طبياً أن المخدرات والكحوليات تؤثر على الكبد، فترتفع إنزيماته ويحدث انخفاض في القدرة الجنسية وضعف الأعصاب، وحتى خلل في إفراز بعض الغدد المساهمة في القدرة الإنجابية<sup>6</sup>. والمتأمل في ما جاء به الإسلام من العناية الكافية لعقل الإنسان يجد أن له منزلة عظيمة، لكونه وسيلة للفهم والإدراك والتعلم وأساس التكليف، فأوجب ربنا عز وجل حفظه وصيانته من كل ما يعطله أو يذهبه، فقال تعالى « يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَأَجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ »<sup>7</sup>.

7

<sup>1</sup>-سورة الأعراف الآية، 33.

<sup>2</sup>-مُجَدَّ علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.335.

<sup>3</sup>-رسمية عبد الفتاح الدوس، المرجع السابق، ص.70.

<sup>4</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.33.

<sup>5</sup>-ياسر عبد الحميد النجار، المرجع السابق، ص.311.

<sup>6</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.28-29.

<sup>7</sup>-سورة المائدة، الآية 90.

خ-العوامل النفسية، ففي الغالب أن أسباب العقم تكون عضوية، إلا أن ذلك لا ينفي القول بوجود حالات للعقم وإن كانت قليلة ترجع إلى عوامل نفسية كان لها الأثر البين على عمل بعض أعضاء الجسم، فبداية نجد أن الإتصال الجنسي تتحكم فيه العوامل السيكولوجية والعاطفية، وأي اضطراب لنفسية الزوج ينعكس سلبا على اتصاله الجنسي، فالرجل يفقد الرغبة الجنسية، أما المرأة فإن الغدد لديها لا تقوم بإفراز المذي في المهبل<sup>1</sup>.

ولعل كل رجل يدرك تمام الإدراك أن قدرته الجنسية تتأثر بالعوامل العاطفية وقد ينجح العلاج النفسي لحالات القذف السريع أو انعدامه<sup>2</sup>. والمرأة هي الأخرى قد تفقد القدرة على إنتاج البويضة وتختفي لديها الدورة الشهرية تماما بسبب الهبوط النفسي، غير أن الأطباء اكتشفوا أن هناك اتصالات عصبية في المخ تتحكم في الغدد التي تفرز الهرمونات المساعدة لذلك<sup>3</sup>. وما يستخلص أن للعوامل النفسية والبيئية دور لا ينكر في بعض حالات العقم<sup>4</sup>. وهو ضعف في الإيمان بالقضاء والقدر.

د-ارتداء الملابس الضيقة، فلقد توصل الباحثون مؤخرا إلى أن لبس الملابس الضيقة عند الرجال تؤدي إلى إضعاف الدورة الدموية للخصية نتيجة الضغط لوقت طويل، فيتأثر إنتاجها أو إصابتها بالتلف، وقد ترتفع درجة حرارتها بسبب الإلتصاق الدائم بالجسم فيحدث تشوه للحيوانات المنوية. ويستوي الحال عند المرأة فالملابس الضيقة في مرحلة المراهقة قد تسبب التهابات بطانة الرحم نتيجة للضغط الكبير للرحم وقنوات المبيض، فقد ثبت طبيا أن ذلك الضغط يستمر ولو بعد خلع تلك الملابس، ولو انخفض نسبيا، فيكون توجه الخلايا إلى الخارج، وتكرار هذه الوضعية وطول أمدها تتجمع الخلايا من بطانة الرحم إلى منطقة أخرى، فتحصل الإصابة<sup>5</sup>، كما تتأثر عملية التبويض بتلك الملابس الضيقة باستمرار الضغط عليها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-اليوت فيليب، المرجع السابق، ص.159.

<sup>2</sup>-اليوت فيليب، المرجع نفسه، ص.160.

<sup>3</sup>-اليوت فيليب، المرجع نفسه، ص.162..

<sup>4</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.733.

<sup>5</sup>-ياسر عبد الحميد النجار، المرجع السابق، ص.316.

<sup>6</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.34.

-وارتداء اللباس الضيق الذي يصف جسد المرأة منهى عنه بنصوص الشريعة الإسلامية، فقد ثبت في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « صنفان من أهل النار لم أرهما قوم معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس، ونساء كاسيات عاريات مميلات مائلات، رؤوسهن كأسنمة البخت المائلة، لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها، وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا»؛ صحيح مسلم، ح.2128، ص.1021.

ذ-عقم مجهول الأسباب، إذ أن هناك حالات من العقم المؤقت لم تعرف أسبابه، فيبقى الزوجان ردحا من الزمان من غير إنجاب، ثم ينجبان، وقد لا ينجب الزوجان فيما بينهما، فإذا افترقا وتزوج كل منهما زوجا آخر أنجبا والله في خلقه شؤون<sup>1</sup>، وهذه الحالة قد يطلق عليها عند البعض بالعقم غير المفسر<sup>2</sup>.

ه-التدخين: يؤثر التدخين بداية على العملية الجنسية، فرائحته الكريهة التي تلتصق بجسد وثياب الزوج المدخن، وهي تحدث نفرة للزوج الآخر، وتذهب رغبته في اللقاء الجنسي، كما أن له التأثير البالغ على الغدد الصماء خاصة المشرفة على العملية الجنسية، فيكون هناك خمول وضعف جنسي. وثبت طبييا أن الخصوبة لدى النساء المدخنات تقل مع نظيرتها غير المدخنات، حيث وصلت فرص الخصوبة وحدوث الحمل أربعة أضعاف مقارنة بالنساء المدخنات، أما بالنسبة للرجال فالتدخين يقلل عدد الحيوانات المنوية ويضعف حركتها ويرتقي أثره إلى المساس بجنس المولود بالتأثير في الكروموسومات المتحركة فيه. ففي دراسة أجريت بجامعة بريستول على ثمانية آلاف وخمسمائة من الأزواج الذين تعرضوا للتدخين السليبي أثناء العمل أن 14% من هؤلاء النساء ضعفت لديهن القدرة على الحمل لهذا إذا كان الزوج يدخن أكثر من 20 سيجارة في اليوم فإن نسبة تأخر الحمل تصل إلى 34%<sup>3</sup>.

ووصل اكتشاف الباحثين إلى وجود نقص في تركيز النطف بحسب عدد السجائر لاسيما عند المدخنين لأكثر من 20 سيجارة، إذ يطرأ تغير في نوعية وكمية المني، خاصة إذا كان التدخين مستمر ولسنوات عديدة، فيحدث اختزال القذفة المنوية، وعدد الحيوانات المنوية، وشكلها ونشاطها، بل يتأثر بذلك الغدد الملحقة بالجهاز التناسلي للذكر والمسؤولة عن إفراز السائل المنوي، كالحويصلات والبروستاتا والإحليل وغيرها، فتكون هناك إعاقة لحركة النطف، وإضعاف الحركة التقدمية الجيدة لها<sup>4</sup>.

-وقد فسر قوله في هذا الحديث «...كاسيات عاريات...»، بأن تكتسي المرأة ما لا يسترها، فهي كاسية ولكنها في الحقيقة عارية، كمن تلبس الثوب الرقيق الذي يصفها بشرتها، أو الثوب الذي يظهر تفاصيل خلقها مثل عجيزتها وساعدها وغير ذلك، وإنما كسوة المرأة ما يسترها فلا يبدي جسمها ولا حجم أعضائها لكونه يكون واسعا كثيفا؛ شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المرجع السابق، ج22، ص146.

<sup>1</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص733.

<sup>2</sup>-طارق عبد المنعم محمد خلف، تقد. محمد سليمان الأشقر، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط01، دار النفائس، الأردن، د.س.ن، ص59.

<sup>3</sup>-جمال عبد الله باصهي، ماجدين عبد الله المنيف، بين محمد صبحي اليوسن، التدخين يחדش جمال وأنونة المرأة، برنامج مكافحة التدخين، وزارة الصحة السعودية، ط01، 1430هـ-2010، ص18-19.

<sup>4</sup>-محسن كاظم حسن المرشدي، سماح عامر حمود، إيهاب يحيى جابر، تأثير التدخين في معالم المني والنطف لدى الأشخاص سويي النطف، مجلة العلوم الصرفة والتطبيقية، جامعة بابل، كلية الطب، فرع الجراحة البولية والعقم، مج22، ع04، 2014، ص1439-1440.

و- تناول بعض الأدوية والعقاقير المنشطة للإخصاب والمؤثرة على إنتاج الحيوانات المنوية، كتلك التي تؤدي إلى زيادة هرمون البرولاكتين والأدوية الموجهة لعلاج الأمراض النفسية والعصبية<sup>1</sup>، كما تتسبب في ارتفاع هرمون اللبن الذي له صفة مباشرة في التأثير على عملية التبويض<sup>2</sup>.

كانت تلك أهم أسباب العقم عند الزوجين، والتي من شأنها أن تمكن الطبيب المعالج من مداواة مريضه وإعطائه إحاطة بحالته، وهذا ما يجزنا إلى النظر في مدى مشروعية التداوي من العقم ضمن الفرع الثاني.

## الفرع الثاني

### مشروعية التداوي من العقم

إذا أمكن القول بأن العقم مرض، فإن الإنسان لا محالة سيسعى لمداواته طمعا في الأولاد والإبقاء على نسله من خلفه. خاصة إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية جاءت بأدلة تناو لها فقهاؤها للوقوف على مدى القول بمشروعية التداوي، لاسيما في ظل ما توصل إليه الطب لمعالجة العقم. وسنستعرض ذلك من خلال تعريف التداوي (أولا)، ثم الحكم الشرعي للتداوي من العقم بإظهار آراء الفقه الإسلامي (ثانيا)، والقواعد الفقهية الممكنة إعمالها في إباحة التداوي من العقم (ثالثا).

#### أولا: تعريف التداوي

فالتداوي له تعريف لغوي (أ)، وآخر اصطلاح (ب).

#### أ- التداوي لغة

يقال داويته، أداويه مداواة ودواء، والدواء التي يكتب منها، يقال في الجمع دَوِيٌّ ودَوِيٌّ. والداء من المرض، يقال دَوِيٌّ يدوي ورجل دَوٍ وامرأة دَوِيَّة<sup>3</sup>. ويقال: تركت فلانا دَوِيًّا: ما أرى به حياة، والدوي مقصور: المرض، تقول منه دَوِيٌّ بالكسر، أي مرض، وتدوي صدره أيضا، أي ضَمِنَ، وأدواه غيره، أي: أمرضه ودواه أي: عالج، يقال هو: يُدوي ويُداوي، أي: يعالج، وتداوى بالشيء أي: تعالج به، ودُووي الشيء، أي: عولج<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم...، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.35.

<sup>3</sup>-أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج02، ص.309.

<sup>4</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.391.

## ب-التداوي في الإصطلاح

يعرف بأنه « ما يكون به شفاء المرض بإذن الله تعالى من عقار أو رقية أو علاج طبيعي كالتسميد ونحوه »<sup>1</sup>. والمتأمل في التعاريف اللغوية يجدها متضمنة لثلاثة معان هي الداء والدواء والمعالجة، لذلك عرف بعضهم التداوي أنه " وصف للحالة المرضية الملجئة لطلب الدواء، لأجل غزالة المرض أو تناوله لحفظ الصحة"<sup>2</sup>.

## ثانيا: الحكم الشرعي للتداوي

يعد التداوي إجمالا من المسائل المختلف فيها فقها، ما يتطلب التعرّيج على بعض آراء الفقه الإسلامي(أ)، ثم ذكر ما تم الاستدلال به من قواعد فقهية للقول بمشروعية التداوي من العقم(ب).

## أ-آراء الفقه الإسلامي في حكم التداوي

اختلف الفقهاء في حكم التداوي على أقوال نذكرها فيما يلي:

فالقول الأول، ما نقل عن الإمام أحمد أنه قال: " أحب لمن عقد التوكل وسلك هذا الطريق ترك التداوي من شرب الدواء وغيره، وقد كانت تكون به علل فلا يخبر الطبيب بها إذا سأله"<sup>3</sup>. وأدلتهم في ذلك ما جاء في الحديث الذي رواه عمران بن حصين عن النبي ﷺ أن قال: "...ويدخلون الجنة من هؤلاء سبعون ألفا بغير حساب... فأفاض القوم... فبلغ النبي ﷺ فخرج فقال: هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتبون وعلى ربهم يتوكلون..."<sup>4</sup>.

غير أن النووي ناقش هذا الحديث، بأن لا مخالفة. بل المدح في ترك الرقى التي تكون من كلام الكفار، أو المجهولة التي تكون بغير العربية، أما الرقى بآيات القرآن والأذكار المأثورة فلا نهي فيها بل هي سنة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-خيرية بنت عمر موسى، أحكام التداوي قواعد وضوابط، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.466.

<sup>2</sup>-خيرية بنت عمر موسى، المرجع نفسه، ص. 466.

<sup>3</sup>-عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية، تح.شعيب الأرنؤوط وعم القيام، ج02، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999م، ص.332.

<sup>4</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، جزء من ح.ر.5705، ص.1446؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، جزء من ح.ر.220، كتاب الإيمان، ص.119؛ أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج08، ح.ر.20501، ص.163.

<sup>5</sup>-الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص.1663.

وكذا حديث المغيرة بن شعبة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: "من اكتوى أو استرقى فقد برئ من التوكل"<sup>1</sup>؛ وحديث عطاء بن أبي رباح قال: "قال لي ابن عباس: ألا أريك امرأة من أهل الجنة؟ قلت: بلى. قال: هذه المرأة السوداء أتت النبي ﷺ فقالت: أصرع وأني أتكشف، فادع الله لي. قال: إن شئت صبرت ولك الجنة، وإن شئت دعوت الله لك أن يعافيك. فقالت: أصبر. فقالت: إني أتكشف، فادع الله لي أن لا أتكشف، فدعا لها"<sup>2</sup>، ووجه الدلالة هنا أن الصبر على البلايا في الدنيا يورث الجنة وأن الأخذ بالشدة لمن علم من نفسه التحمل ولم يضعف على التزام الشدة أفضل من الأخذ بالرخصة<sup>3</sup>. كما استدلووا بالحديث الذي رواه ابن أبي الزناد عن هشام عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: "لَدَدَنَاهُ فِي مَرَضِهِ، فَجَعَلَ يَشِيرُ إِلَيْنَا أَنْ لَا تَلْدُنِي، فَقُلْنَا: كَرَاهِيَةَ الْمَرِيضِ لِلدَّوَاءِ. فَلَمَّا أَفَاقَ قَالَ: أَلَمْ أَهْكَمْ أَنْ لَا تَلْدُنِي؟ قُلْنَا: كَرَاهِيَةَ الْمَرِيضِ لِلدَّوَاءِ، فَقَالَ: لَا يَبْقَى أَحَدٌ فِي الْبَيْتِ إِلَّا لُدَّ وَأَنَا أَنْظُرُ، إِلَّا الْعَبَّاسَ فَإِنَّهُ لَمْ يَشْهَدْكُمْ"<sup>4</sup>. وهذا دليل على أن النبي ﷺ كره فعلهم، واللدود من الأدوية ما يسقاه المريض في أحد شقي الفم، ولديدا الفم هما جانباه<sup>5</sup>؛ وما روي عن أبا بكر رضي الله عنه لما مرض وقيل له: ألا ندعو لك لك الطبيب؟ قال: إن الطبيب قد رأي، فقال: إني أفعل ما أريد<sup>6</sup>.

والقول الثاني، هو عدم جواز التداوي، وقال به غلاة الصوفية، حيث أثر عنهم أن مقام الرضا والتسليم أعلى من تعاطي الأسباب، فقال ابن الأثير: "هذا من صفة الأولياء المعرضين عن الدنيا وأسبابها وعلاقتها، وهؤلاء هم خواص الأولياء، ولا يرد عليه وقوع مثل ذلك من النبي ﷺ فعلا وأمرًا لأنه كان في أعلى مقامات العرفان ودرجات التوكل، فكان ذلك منه للتشريع وبيان الجواز، ومع ذلك فلا ينقص من توكله، لأنه كان كامل التوكل يقينا فلا يؤثر فيه تعاطي الأسباب شيئا، بخلاف غيره ولو كان كثير التوكل، فكان من ترك الأسباب وفوض وأخلص أرفع مقاما"<sup>7</sup>، وأدلتهم في ذلك حديث المغيرة بن شعبة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: "من اكتوى أو استرقى فقد برئ من التوكل".

<sup>1</sup>- أحمد بن حنبل، المسند، ج07، ح.ر. 18671، ص.434-435؛ وفي رواية ثانية أن النبي ﷺ قال: "لم يتوكل من استرقى واكتوى"؛ المرجع السابق، ح.ر. 18709، ص.444.

<sup>2</sup>- صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب المرضى، ح.ر. 5652، ص.1433.

<sup>3</sup>- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع نفسه، ص.1664.

<sup>4</sup>- صحيح البخاري، المرجع نفسه، كتاب المغازي، ح.ر. 4458، ص.1092.

<sup>5</sup>- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، تح. عمر بن سليمان الحفيان، ج05، ط01، دار ابن الجوزي، السعودية، 2002م، ص.232-233.

<sup>6</sup>- محمد بن صالح العثيمين، المرجع نفسه، ج05، ص.233.

<sup>7</sup>- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص.1663.

ورد عليهم أهل العلم، أن الأخذ بالأسباب في التداوي اتباعا لسنة الرسول ﷺ، ولم يقدح ذلك توكله وبقينه أن قضاؤه عليه ماض، فقد اتخذ الأسباب بلبسه المغفر على رأسه، وأذن في الهجرة من مكة إلى الحبشة وهاجر هو إلى المدينة، وتعاطى أسباب الأكل والشرب وظاهر بين درعين، وادخر لأهله قوتهم ولم ينتظر نزوله عليه من السماء وهو كان أحق الخلق أن يحصل له ذلك<sup>1</sup>.

والقول الثالث، مفاده أن التداوي مشروع من حيث الجملة، لما روي عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تتداووا بالحرام". غير أنهم اختلفوا في حكمه على ثلاثة أقوال.

فالأول: أنه يجب التداوي إذا ظن نفعه وكان في تركه هلاك<sup>2</sup>، وهذا قول أصحاب أحمد بن حنبل والشافعي<sup>3</sup>.  
والثاني: أن التداوي مستحب وهو قول الشافعية والقاضي بن عقيل وابن الجوزي من الحنابلة<sup>4</sup>.  
أما الثالث: فالتداوي مباح، غير أن المالكية استعملوا عبارة -لا بأس- بالتعالج والتداوي<sup>5</sup>.

والخلاصة أن أحكام التداوي تختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، فمنه المحرم، ومنه المكروه، ومنه المستحب، وقد يرقى إلى درجة الوجوب إذا علم أنه يحصل به بقاء النفس لا بغيره، كأكل الميتة عند الضرورة، فهو أمر واجب عند الأئمة الأربعة وجمهور العلماء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.1663.

-وقد رد ابن القيم الجوزية على هذه الطائفة بالقول: "وفي الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع داء الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها، بل تتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا وشرعا، وأن تعطيلها يقدح في نفس التوكل، كما يقدح في الأمر والحكمة ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجزا ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه، ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب، وإلا كان معطلا للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلا ولا توكله عجزا. وفيها رد على من أنكر التداوي، وقال: إن كان الشفاء قد قدر فالتداوي لا يفيد، وإن لم يكن قد قدر فكذلك؛" أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج04، ص.14.

<sup>2</sup>- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج05، ص.234.

<sup>3</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المرجع السابق، ج21، ص.564.

<sup>4</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج11، ص.117؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإفتاح، تح، إبراهيم أحمد عبد الحميد، ج08، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.693.

<sup>5</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج11، ص.نفسها؛ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ضبطه، محمد عبد الوارث محمد علي، ج02، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.547.

<sup>6</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المرجع نفسه، ج18، ص.12.

## ب- أدلة مشروعية التداوي

اعتمد الفقهاء القائلين بجواز التداوي إلى أدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومما هو معقول، نذكر بعضها على النحو التالي:

فمن القرآن الكريم قول الله عز وجل «... فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ...»<sup>1</sup>، وهذا دليل على جواز العلاج بشرب الدواء، خلافاً لمن كرهه ورد على من قال بلزوم الرضى بجميع ما نزل به من البلاء<sup>2</sup>. ومن السنة ما جاء في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"<sup>3</sup>؛ وما رواه جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل"<sup>4</sup>، وهنا إشارة إلى استحباب الدواء وهو ما قال به النووي وأصحابه من الشافعية وجمهور السلف وعامة الخلق وهو رد على من أنكر التداوي<sup>5</sup>، وكذلك ما رواه ابن مسعود أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله"<sup>6</sup>، فقولته "علمه من علمه" إشارة إلى أن بعض الأدوية لا يعلمها كل واحد، كما أنه إثبات لاتخاذ الأسباب وأن ذلك لا ينافي التوكل<sup>7</sup>.

أما من المعقول، فالمريض تضيق به نفسه، فلا يقوم بما ينبغي أن يقوم به من الطاعات، فإذا ردت إليه عافيته انشرح صدره وانبسطت نفسه، فيؤدي ما عليه من العبادات، فيكون الدواء إذا مراداً لغيره فيسن<sup>8</sup>. وكذلك، فالطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية. ودفع مفسدات المعاطب والأمراض، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>-سورة النحل، جزء من الآية 69.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج12، ص.371.

<sup>3</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، ح.ر.5678، ص.1441.

<sup>4</sup>- صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب السلام، ح.ر.2204، ص.1050.

<sup>5</sup>-أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، د.س.ط، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ص.1376.

<sup>6</sup>-أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج02، ح.ر.4323، ص.653.

<sup>7</sup>-الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص.1662.

<sup>8</sup>- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج05، ص.233.

<sup>9</sup>-أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تع. طه عبد الرؤف سعد، ج01، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1994م، ص.06.

كان ذلك ما أمكن ذكره في هذا البند من أقوال حول مشروعية التداوي، وسوف نذكر في البند الموالي بعض القواعد الفقهية للتأكيد على جواز التداوي من علة العقم.

### ثالثاً: بعض القواعد الفقهية التي تحكم التداوي من العقم

قدم الفقهاء المسلمون بعض القواعد للتداوي من العقم:

أ- قاعدة المشقة تجلب التيسير: فالمشقة الجالبة للتيسير هي التي تسقط عنها التكاليف الشرعية، إذ المشقة تجلب التيسير، لأن الحرج مدفوع بالنص بشرط عدم معارضتها نصاً، فإذا كان لا بد يراعى النص دونها، ومن تطبيقاتها العسر وعموم البلوى، وله تيسيرات منها، إباحة نظر الطبيب للعورة والسواتين حال التداوي<sup>1</sup>، وهذا أمر لا بد من وقوعه حال اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب في الوقت الحالي.

ب- قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع: إذ أنه كلما دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع المشقة، فإذا زالت الضرورة الداعية إليه رجع الأمر إلى ما كان عليه سابقاً قبل نزوله<sup>2</sup>، فالعقم يمكن اعتباره ضرراً ضرراً نفسياً يولد آلاماً عميقة وسط الأسرة الحالي بيتها من الأطفال، وتجاه كل ألم تكمن الضرورة والحاجة. ومناطق ذلك هذه القاعدة<sup>3</sup>.

ج- قاعدة الضرر يزال: فالضرر إذا وقع تحتم دفعه بإزالة الآثار التي خلفها وتأذى منها الأشخاص، بل إن الأخبار المنقولة عن الفقهاء تنص على وجوب إزالة الضرر<sup>4</sup>، ويعد التداوي من العقم وسيلة لرفع ضرر عدم الإنجاب عن الزوجين، فهو أمر مشروع بما أباحه الله من الأدوية، وهذا الضرر يزال بمشيئة الله عز وجل بما أوجده من أنواع الأدوية المختلفة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، محمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 157 و 161؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص. 77.

<sup>2</sup>- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع نفسه، ص. 163.

<sup>3</sup>- أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم التلقيح الإصطناعي، فتوى رقم 136 بتاريخ 2000/11/08، موقع الإنترنت [www.ferkous.com](http://www.ferkous.com)، تاريخ الإطلاع 2022/04/24.

<sup>4</sup>- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع نفسه، ص. 169.

<sup>5</sup>- الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص. 31.

خ-قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح: معناها إذا تعارضت مفسدة ومصلة، أخر جلب المصلحة وقدم دفع المفسدة، فالشارع كان اعتناؤه بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات<sup>1</sup>، لقول النبي ﷺ: " ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم، فإنما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم"<sup>2</sup>. ويمكن العمل بهذه القاعدة في مجال الإنجاب بالقول بمشروعية اللجوء إلى عملية الإنجاب الاصطناعي للحصول على الولد عند تحقق الضرورة، وتحقق الضوابط الشرعية التي أقرها فقهاؤها، إلى جانب كون المنى والبويضة للزوجين، مع عدم وجود احتمال لاختلاط تلك الخلايا التناسلية، ففي هذا تقدماً لمصلحة الإنجاب على مفسدة كشف العورات<sup>3</sup>.

د-قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: ومفادها أن ما كان ممنوعاً شرعاً يباح عند الاضطرار أو تركاً إذا تحققت الشروط<sup>4</sup>. ومن تطبيقاتها كشف العورة للطبيب عند التداوي، مع كون ذلك محرماً شرعاً ونظر القابلة لفرج المرأة عند الولادة<sup>5</sup>. كما أن نقل الحيوان المنوي من الزوج إلى زوجته بالتلقيح الاصطناعي، لا محالة سينجر عنه كشف كشف لعورة الزوجين وهو في الأصل محرّم، لذلك كان من الأجدر أن يتم التلقيح بحضور الزوج<sup>6</sup>. مع جواز مداواة الرجل للمرأة، وللمرأة أن تداوي الرجل وذلك عند الضرورة والحاجة<sup>7</sup>.

والتطور الطبي في مجال العقم، بلعب دورين متناقضين، فبقدر ما مكن من الوقوف على مسببات العقم المرضي، ومحاولة إيجاد وسائل علاجية، فإنه أدى إلى إحداث العقم في حد ذاته، بناء على إرادة ورغبة الأشخاص، يمكن أن نطلق على هذا النوع من العقم بالإرادي، نعالجه في المطلب الموالي.

<sup>1</sup>-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.87.

<sup>2</sup>-ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية للإمام النووي، مكتبة الفيصلية، مكة، د.ط، ص.37-38.

<sup>3</sup>-الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص.37؛

<sup>4</sup>-عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة-آفاق وأبعاد، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم 02، البنك الإسلامي للتنمية-المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 1423هـ، ص.66.

<sup>5</sup>-الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، المرجع نفسه، ص.37، صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ، ص.260.

<sup>6</sup>-شامي أحمد، المرجع السابق، ص.111.

<sup>7</sup>-مُجد علي البار، مداواة الرجل للمرأة ومداواة الكافر للمسلم، ط01، دار المنار للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1995، ص.07 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية...، المرجع السابق، ص.128 و 136؛ عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي بحث فقهي مقارن، ط01، مكتبة ألكسندرية، مصر، 1993، ص18 وما بعدها.

## المطلب الثاني

### العقم الإرادي

فإلى جانب العقم المرضي هناك عقم إرادي مفتعل، ناتج عن التدخل الطبي، يلجأ إليه الزوجين بإرادتهما لتعطيل وظيفة الإنجاب، نتيجة عامل اضطراب الهوية الجنسية، المسيطر على الشخص، يدفعه إلى الشعور بالانتماء إلى الجنس المغاير، وإن كان جنسه البيولوجي مكتملا، ومحددا من غير تشوه، فيعيش مكابدة، تنتهي بتغيير الجنس البيولوجي<sup>1</sup> (الفرع الأول)، أو يكون تعطيل الإنجاب بإجراء عملية التعقيم الجراحي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التغيير الجنسي

نعالج في هذا الفرع في البند الأول ماهية التغيير الجنسي، وفي البند الثاني التغيير الجنسي في ميزان الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أما البند الثالث أثر التغيير الجنسي على الإنجاب.

#### أولا: ماهية التغيير الجنسي

توضيح ماهية التغيير الجنسي يكون بتحديد مدلوله (أ)، والعوامل الدافعة لإجرائه (ب).

#### أ-مدلول التغيير الجنسي

وتحديد هذا المدلول عرف محاولات عدة لإيضاحه، وصفت بالذاتية، ومرد ذلك ارتباط المصطلح بمفاهيم ذات دلالات اجتماعية، بمعنى أنها تتأثر باختلاف الديانات والثقافات، قد يستوعبها مجتمع دون الآخر، وإن كانت في مجملها قد استعانت بالتقسيم الطبي للجنس<sup>2</sup>، ومن أهمها:

عرف بأنه، استبدال جنس الشخص بجنس آخر، أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حميدو زكية، التغيير الجنسي بين التطور والاجتهاد، المجلة المتوسطة للإقتصاد والقانون، جامعة تلمسان، مج3، 2018، ع02، ص.04.

<sup>2</sup> - حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.07.

<sup>3</sup> - تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1998، ع36، ص.29.

وهناك من يعرفه على أنه « تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى، أو من أنثى إلى ذكر وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المداخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الأعضاء التناسلية أو إلغائها »<sup>1</sup>.

وثمة من عرفه على أنه « يقصد بالمصطلح الفرنسي Transsexualisme الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعا اقتناعا مطلقا بانتمائه إلى الجنس الآخر، مما يثير بداخله تناقضا رهيبا. هذا التناقض يضيف عليه الشعور بأنه مجني عليه في غلط لا يحتمل من الطبيعة، إذ يشعر بأنه أنثى في جلد رجل أو العكس، ويبغض جسده بغضا يدفعه إلى سلوك مسلك الجنس الآخر، من مرحلة التخثث إلى قطع عضوه بنفسه أو الانتحار، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يعد مجنوناً. وبهذا يختلف هذا الشعور عن الشذوذ الجنسي Homosexualité والخنوثة Travestisme، ففيهما على الرغم من الشك والغموض في مسلك الشخص و هويته الجنسية، إلا أنه لا يوجد لديه الشعور بالانتماء إلى الجنس الآخر »<sup>2</sup>.

وفضل بعض الفقهاء مصطلح -تثبيت الجنس- على مصطلح -تغيير الجنس- نظرا لدلالته حسب رأيهم ، بالقول « جراحة تثبيت الجنس هي ذلك العمل الطبي الجراحي الذي يقصد به معالجة الخنثى أو من في حكمه من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه ومظاهره الجنسية الجسدية »<sup>3</sup>.

غير أن الواقع يبرز خلاف ذلك نظرا لانتشار جراحة تغيير الجنس من بلدان الغرب إلى مختلف مجتمعات الدول الأخرى، فظهرت تلك الطائفة التي أصبحت تتطلع إلى استبدال جنسها بالجنس المضاد، وإن كان لا يشوبهم أي خلل في معرفة جنسهم الحقيقي فيزيولوجيا، مثلما هو الأمر في الخنثى، بل إن المقاطع الجنسي يشعر بأنه ضحية الطبيعة، وأن جنسه الفعلي ليس هو جنسه المرفولوجي، بل جنسه البسيكولوجي، لذلك نجده يلجأ إلى إجراء عملية تغيير الجنس، وإن كانت في غالب الأحيان تكون صعبة ومتعددة، ليقوم بعدها بتعديل حالته المدنية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، مج19، 2003، ع02، ص.50.

<sup>2</sup>-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.256.

<sup>3</sup>-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع نفسه، ص.158-159.

<sup>4</sup>-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.19.

ولعل الشخص العاقل لا يمكنه تقبل مثل هذه التصرفات التي وصلت إلى حد رفض الشخص لخلقته، فهذا التصرف لم يأت مصادفة، بل هناك دوافع تدفعه للجوء إلى إجراء هذه العملية وهو ما سنخرج إليه في الفقرة الموالية.

### ب- عوامل التغيير الجنسي

إن لعملية التغيير الجنسي عوامل أساسية تكون السبب في إقدام الشخص على إجرائها ذكرا كان أو أنثى، وهي تتمثل فيما يلي:

#### I- العامل النفسي

يتمثل هذا العامل في شعور الشخص سواء كان رجلا أو امرأة بعدم تقبله الانتماء إلى الجنس البشري الذي هو عليه، مما يعني ميله إلى الجنس الآخر والتشبه به، وهذه الظاهرة هي معروفة منذ القدم، وأطلق عليها بالتخنث. ففي اللغة يعني التثني والتكسر، وتخنث الرجل إذا فعل فعَل المخنث، وخنث الرجل كلامه، إذا تشبه بكلام النساء لينا ورخامة<sup>1</sup>. وأما اصطلاحا فيعني التزي بزي النساء، والتشبه بهن في تليين الكلام عن اختيار، أو الفعل المنكر<sup>2</sup>. وهو وإن كان في الغالب يطلق على الرجال في تشبههم بالنساء، لكن لا يمنع من إسقاطه على حال المرأة المتشبهة بالرجال<sup>3</sup>.

إن أمر الرجل المخنث أو المرأة الرنثى، لا يتوقف عند مجرد حب التشبه بالجنس الآخر، بل يتأكد بالرغبة في التحول إليه، ذلك أن كلا منهما يشعر بأنه يعيش في جسد جنسه المضاد، فالرجل يشعر بأنه امرأة في جسم رجل، والمرأة تشعر بأنها رجل في جسم أنثى<sup>4</sup>، وهذا ما يدفع بكلاهما من جعل حقيقته النفسية تتوافق مع مظهره الجسدي عن طريق إزالة أعضائه التناسلية واستبدالها بإجراء عملية التحول الجنسي. وكل ذلك ما هو إلا

<sup>1</sup> - مُجَد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.70.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج.11، ص.62.

<sup>3</sup> - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية-دراسة مقارنة، ط01، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2014، ص.127.

-قال الزرقاني « وليس المخنث الذي يعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما هو شدة التأنيث في الخلقة، حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنعمة والفعل والعقل، سواء فيه عاهة الفاحشة أم لا » ؛ مُجَد بن عبد الباقي بن يوسف بن علوان الزرقاني، المرجع السابق، ج.04، ص.125.

<sup>4</sup> - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.19؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع نفسه، ص.127.

إتباع الهوى ورغبة نفسية شاذة وهمية تؤثر على القدرات العقلية للشخص<sup>1</sup>، تحتاج إلى علاج نفسي وإيماني يخلص صاحبها من تلك العقدة النفسية.

هذه الحالة تتكون لدى الأشخاص في الغالب نتيجة التأثير السلوكي داخل الأسرة، وبالأخص كيفية معاملة وتربية الأولاد، فمعاملة الطفل معاملة معاكسة لجنسه يولد لديه بصفة لا شعورية حب التشبه بالجنس المغاير لكسب عطف وحنان أبويه<sup>2</sup>. فيكون من اللازم معاملة الأطفال منذ الأيام الأولى تبعاً للجنس الذي ولدوا عليه<sup>3</sup>.

## II-العامل الوراثي

قد يولد الولد ولا يمكن تمييزه إن كان ذكراً أو أنثى، ذلك أن معيار التمييز بينهما يرتكز على ما ظهر من الأعضاء التناسلية، فإذا كان له عضو الذكورة فهو ذكر وإن كان له عضو الأنوثة فهو أنثى، أما إذا لم يتبين جنسه بعد الولادة فهو خنثى. ولقد اعتمد فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية على معيار علامات التأنث والتذكير عند الولادة إلى أن تتبين باقي العلامات بمرور الزمن<sup>4</sup>. والخنثى عندهم إما مشكل وإما غير مشكل،

<sup>1</sup>-بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.15.

<sup>2</sup>- الشهابي إبراهيم الشراوي، المرجع السابق، ص.121.

<sup>3</sup>-عبد الرحمن إبراهيم، تحول الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2008، ع20، ص.140؛ موقع الإنترنت: <http://www.arabpsynet.com/Archive>، تاريخ الإطلاع: 2022/05/08.

<sup>4</sup>-المذهب المالكي: مُجَدُّ الأمير، الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، د.س.ن، ص.477؛ بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج04، المرجع السابق، ص.365-366؛ جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، المرجع السابق، ص.558-559؛ بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج02، ط01، مركز نجيبويه، مصر، 2008، ص.997.

-المذهب الشافعي: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج01، ص.71؛ ج06، ص.41؛ أبي مُجَدُّ الحسين بن مسعود بن مُجَدُّ بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج01، تح، عادل أحمد عبد الموجود وعلي مُجَدُّ عوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.310 وما بعدها، ج05، ص.52 وما بعدها، مُجَدُّ بن عمر البجيرمي، المرجع السابق، ج01، ص.332 وما بعدها.

-المذهب الحنفي: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.91؛ ص.103 وما بعدها؛ كمال الدين مُجَدُّ بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج08، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ ص.504، إبراهيم بن مُجَدُّ بن إبراهيم الحلبي، مُجَمَّع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص.467 وما بعدها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص.461 وما بعدها، أبي الحسن أحمد بن مُجَدُّ البغدادي المعروف بالقُدوري، مختصر القُدوري، ط01، مؤسسة الريان، بيروت، 2005، ص.313 وما بعدها؛ صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، مج05، المرجع السابق، ص.961.

-المذهب الحنبلي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج07، ص.2253؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج09، ص.109؛ شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الإنتفاع، ج03، ط.خ، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002، ص.223.

فالأول هو من لم تعرف ذكوره من أنوثته، أي أن تجتمع لديه أعضاء الذكور والإناث معا أو ليس له من أيهما شيء، وأما الثاني فهو الذي اتضحت ذكوره أو أنوثته<sup>1</sup>.

ووجود الخنثى ثابت عند جمهور الفقهاء بدليل قول الله عز وجل « **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ** **مَخْلُقِ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ** »<sup>2</sup>، أي أن الله تعالى بقدرته المطلقة كما خلق الزوجين الذكر والأنثى، فليس يبعد عليه خلق الخنثى وغيره<sup>3</sup>.

وأما في السنة النبوية، فقد أخرج البيهقي عن محمد بن السائب الكلبي، أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ قال: « يورث من حيث يبول »<sup>4</sup>.

أما الخنثى لدى الأطباء، فيعرف على أنه ذلك الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة مبهمه، فيعمد الطبيب لأجل تحديد جنس الخنثى أن ينظر إلى الغدد التناسلية حسب فحصها النسيجي -المستولجي-. فإذا كانت الغدة خصية وباقي الأعضاء التناسلية الظاهرة تشبه أعضاء الأنثى، فالشخص خنثى ذكر كاذب. وإن كانت الغدة مبيض والأعضاء التناسلية الظاهرة ذكرية، فهي خنثى أنثى كاذبة، وإن كانت للشخص مبيض وخصية أو هما معا ملتحمان، فالشخص إذن خنثى حقيقية ولا يلتفت حينئذ للأعضاء الظاهرة التي ربما تشبه الذكر أو الأنثى أو كليهما معا<sup>5</sup>.

### III-العامل الإجتماعي

يمكن أن يقدم الشخص على إجراء عملية التغيير الجنسي من أجل التنكر والتخفي عند ارتكابه لجريمة معاقب عليها قانونا، كي يفلت من العقاب، أو قد تكون الرغبة في التحول الجنسي بهدف الحصول على الكسب والمال كما هو الشأن في الفارق الموجود بين إرث الذكر وإرث الأنثى<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - يقول ابن قدامة « الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، وينقسم إلى مشكل وغير مشكل، فالذي تتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة »؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج9، ص.108-109.

<sup>2</sup> - سورة الشورى، جزء من الآية 49.

<sup>3</sup> - أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج18، ص.503.

<sup>4</sup> - قيل بأنه حديث موضوع، وروي عن النبي ﷺ أنه أتى بخنثى من الأنصار فقال: « ورثوه من أول ما يبول منه »؛ دون ذكر إسناد الحديث؛ محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج06، ص.152.

<sup>5</sup> - محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقهاء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ط02، 2005، ع06، ص.352.

<sup>6</sup> - طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، مج05، 2015، ع01، ص.219.

إذا كان ذلك هو المقصود بعملية التغيير الجنسي، فما هو موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من تلك العملية؟ ذلك ما سنوضحه في البند الموالي.

### ثانيا: موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من التغيير الجنسي

باعتبار عملية تغيير الجنس من الأعمال الطبية، فإن الأمر يستدعي اتخاذ موقف بشأنها، بالإباحة أو الحظر، بتأصيلها من الناحية الشرعية (أ)، أو تأسيس مبادئها وقواعدها من الناحية القانونية (ب).

#### أ- موقف الفقه الإسلامي

فهذه العملية لم يتطرق لها الفقهاء القدامى، فقد تكون جراحة التغيير الجنسي حالة وجود ضرورة شرعية، أو مجرد هوى نفسي عند الفقه المعاصر، لذلك يختلف الحكم الشرعي لها حسب كل حالة، وهو ما سنذكره في الآتي.

#### I- حالة وجود الضرورة الشرعية

من المتفق عليه قديما أن الخنثى المشكل ينظر إلى حين تبين أمره عند البلوغ، وكذلك فإن الفقهاء المعاصرين قالوا بجواز إجراء عملية تغيير الجنس، كونها تؤدي إلى تصحيح جنس الشخص وتثبيتته، بحيث تجعل أعضائه الظاهرة مطابقة لأعضائه الباطنة وهذا بتوافر ضرورة تبيح تلك العملية. وبهذا فهي تختلف تماما عن عملية التحويل الجنسي غير المشروعة<sup>1</sup>، وكانت أدلتهم في ذلك ما يلي:

فمن القرآن الكريم، قول الله عز وجل «... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۗ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعَدْوَانِ...»<sup>2</sup>، ويستدل من هذه الآية على أن عملية تثبيت الجنس تدخل ضمن الأفعال الخيرية التي حثنا عليها الدين الإسلامي، إذ هو أمر موجه لجميع الخلق على التعاون على البر<sup>3</sup>؛ وقول الله عز وجل: «... وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً...»<sup>4</sup>، ويستدل من هذه الآية أن الخنثى ليس بنوع لكن له حقيقة تردده إلى هذين النوعين وهي الآدمية، فيلحق بأحدهما من اعتبار نقص الأعضاء وزيادتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 207؛ محمد علي البار وزهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص. 324؛ القرار السادس بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 13 إلى 20 رجب 1409 هـ الموافق 19 إلى 26 فبراير 1989، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدورات من الأولى إلى السابع عشر القرار من الأول إلى الثاني بعد المائة، ص. 262؛ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ج 01، ط 05، دار المؤيد، جدة، 1424 هـ-2003، ص 28-29.

<sup>2</sup>- سورة المائدة، جزء من الآية 02.

<sup>3</sup>- أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 01، ص. 28-29.

<sup>4</sup>- أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج 06، ص. 07.

أما من السنة النبوية، فالحديث الذي رواه زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك أن رسول الله ﷺ قال: «تداووا عباد الله فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل معه شفاء إلا الموت والهزم»<sup>1</sup>، ووجه الإستدلال من هذا الحديث أن الخنثى المشكل إنما هو حالة مرضية تستلزم العلاج، بإزالة الإلتباس وإبراز الأعضاء الحقيقية المستورة، ليصبح الشخص إما ذكراً أو أنثى<sup>2</sup>.

ومن المعقول، فإنه يكون للشخص محل العملية أحكاماً متوقعة على ظهور حقيقته كذكر أو كأنثى، فمن غير المنطقي تركه على حالته ما دام أن هناك وسائل علاجية ترفع عن حالته اللبس، لأن بقاءه كما خلق فيه ضرر ومشقة<sup>3</sup> والقواعد الفقهية تقضي بأن «الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير»<sup>4</sup>. إن مشروعية جراحة تثبيت الجنس في نظر الشريعة الإسلامية يحكمها مبدأ أساسيان، أولهما يقضي بأن معيار مشروعية هذه الجراحة لا يكمن في نقص الرجولة ولا في نقص الأنوثة، أي أن الرجل إذا كان محبوباً أو عنيماً ليس له مبرر لإجرائها، كما أن المرأة التي لا تشتهي الرجال ليس لها مبرر لتغيير جنسها، وثانيهما فيكمن في عدم الإعتداد بإرادة المريض الشخصية كمعيار لمشروعية العملية، لأن ذلك سيؤدي لا محالة إلى إجراء مسخ الهوية<sup>5</sup>.

بالتأمل في الفتاوى الفقهية حول مشروعية تثبيت الجنس، يتضح أنه لا بد من توافر شرطين مجتمعين دون الإكتفاء بأحدهما<sup>6</sup>.

- أن يكون الشخص المراد تثبيت جنسه بعملية جراحية خنثى ومظاهر خنوثته عضوية لا نفسية، بحيث تتجه مظاهره الجنسية إلى ذكر أو أنثى، مما يستوجب التدخل الجراحي لتثبيت جنسه.

- وجود الضرورة الطبية الداعية للتدخل الجراحي، أي أن العملية تكون هي الحل المناسب للكشف عن حقيقة الشخص<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج 07، ح.ر. 18952، ص. 512.

<sup>2</sup>- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 207.

<sup>3</sup>- محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص. 207؛ بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص. 90.

<sup>4</sup>- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص. 83 إلى 85؛ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 179 إلى 183.

<sup>5</sup>- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 219.

<sup>6</sup>- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع نفسه، ص. 220-221.

<sup>7</sup>- الفتاوى الإسلامية لمجموعة من أعلام المفتين، مج 10، ط 02، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، 1997، ص. 3501.

لذلك على الطبيب أن يعالج بالأسهل فالأسهل، فلا ينتقل إلى الجراحة إلا عند عدم نفعية العلاج بالأدوية، وأن ينظر إلى العلة هل يمكن علاجها أو لا، فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرمته ولا يحمله الطمع إلى علاج لا يغني شيئاً<sup>1</sup>.

## II- حالة انعدام الضرورة الشرعية

تتجسد هذه الحالة عند إجراء التغيير الجنسي رغبة في التحول إلى الجنس الآخر، فالذكر يريد أن يصبح أنثى والأنثى تريد أن تصبح ذكراً. فالعامل هنا هو الشعور بالكراهية والنفور للجنس الطبيعي الأصلي وذلك نتيجة لأسباب مختلفة كاختلال في التربية منذ الصغر واتباع الهوى والأفكار الدنيئة أو التشبه بالحضارات الغربية. لقد قال فقهاء الشريعة الإسلامية بحرمة إجراء التغيير الجنسي في هذه الصورة تحريماً قطعياً، لما فيه من تغيير لخلق الله عز وجل. كما أن الطبيب القائم بهذه العملية يعد آثماً لأنه كذلك تعدى على خلق الله، وهذا ما قال به مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشر، ومُجِّد علي البار، وزهير أحمد السباعي، وصالح بن مُجِّد الفوزان، ومصلح بن عبد الحي النجار، وآمال يس عبد المعطي بنداري، ومُجِّد بن مُجِّد المختار الشنقيطي<sup>2</sup>، وكانت أدلتهم في ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول.

فمن القرآن الكريم، قول الله عز وجل «...وَلَا تُرْهِمُهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ...»<sup>3</sup>.

أما من السنة النبوية فقد وردت أحاديث كثيرة في هذه المسألة منها، الحديث الذي رواه قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء

<sup>1</sup>- شمس الدين مُجِّد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.114.

<sup>2</sup>- القرار السادس بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 13 إلى 20 رجب 1409 هـ الموافق 19 إلى 26 فبراير 1989، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص.262؛ مُجِّد علي البار وزهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.324-325؛ صالح بن مُجِّد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج3، جامعة الإمام مُجِّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ، ص.2396؛ آمال يس عبد المعطي بنداري، الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج3، جامعة الإمام مُجِّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ، ص.2617؛ مُجِّد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط2، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص.119.

<sup>3</sup>- سورة النساء، جزء من الآية 119.

بالرجال»<sup>1</sup> ، والحديث الذي رواه طيب بن مُجَدِّد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة قال: « لعن رسول الله ﷺ مخنثي الرجال الذين يتشبهون بالنساء والمترجلات من النساء المتشبهين بالرجال وراكب القلابة وحده»<sup>2</sup> .  
ومن المعقول، أن هذا النوع من العملية يدخل ضمن الجراحة المحرمة، فهو لا ريب يؤدي إلى كشف العورات عند القيام بها وهو أمر منهي عنه عند غياب الحاجة والضرورة المبيحة لذلك.

وعملية تغيير الجنس لا محالة تؤدي إلى هدم مقصد النسل الذي حثت عليه الشريعة الإسلامية، فالله عز وجل ما خلق الذكر والأنثى إلا للتزاوج والتكاثر واستمرار البشرية. كما أن هذا العمل يفضي إلى انتشار فاحشتي السحاق واللواط وهي من الأفعال المنهية عنها شرعا.

والتغيير الجنس يؤدي إلى اضطراب في الأحكام الشرعية المبينة على الإستقرار، إذ التحول الجنسي سيحدث الفوضى ومنها اختلال العلاقات الأسرية، فعلاقة الأب المتحول مع أبنائه وزوجته والحرمات بالمصاهرة والعديد من المسائل التي ستثار بعد تحوله<sup>3</sup> . كما أن التغيير الجنسي في حقيقة الأمر لا يؤدي إلى إعطاء المتحول جنسا جديدا قادرا على القيام بوظائفه البيولوجية كالإنجاب والمخالطة الجنسية، بل إنما هو إزالة الأعضاء الظاهرة وفقا للجنس المرغوب فيه واستبدالها بأعضاء الجنس المتحول إليه دون أن تكون فعالة، بالرغم من الأدوية والهرمونات التي تقدم للمتحول الجنسي فيبقى الرجل رجلا والمرأة امرأة<sup>4</sup> .

كانت تلك هي آراء الفقه الإسلامي وسننتقل إلى إبراز موقف القانون الجزائري في الفقرة الموالية.

### ب-موقف القانون الجزائري

وفق القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يفرد لعملية التغيير الجنسي نصوصا خاصة، مما يقتضي الأمر العمل بالقواعد العامة المنصوص عليها في بعض التقنيات، مع العلم أن هذه الظاهرة يمكن أن يكون لها حكما جنائيا(I)، ومدنيا(II)، كما أنها تؤثر على الأحوال الشخصية للمتغير جنسيا(III).

<sup>1</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب اللباس، ح.ر.5885، ص1485.

<sup>2</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج04، ح.ر.8074، ص188.

<sup>3</sup>-عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، [www.almoslim.net](http://www.almoslim.net)، تاريخ الإطلاع 2015/11/09؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص164.

<sup>4</sup>-طارق حسن كسار، المرجع السابق، ص211؛ بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص44.

## I- تجريم التغيير الجنسي

ولقد نصت المادة 355 من قانون الصحة على أنه: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، وهي نفسها المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05.

حيث يستشف من نص هذه المادة أن أية عملية جراحية لا بد أن يكون الهدف من إجرائها هو علاج الشخص محل العملية، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في عملية التغيير الجنسي. يضاف إلى ذلك فإن الطبيب القائم بهذه العملية يكون قد خرج عن قواعد مهنته لكون أن عملية البتر أو الإستئصال كانت دون سبب طبي. فبموجب المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب يكون عمل الطبيب مقتصرًا على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج<sup>1</sup>.

وحسب نصوص قانون العقوبات فهذه العملية تكيف على أنها جريمة معاقب عليها بموجب أحكام المادة 274 ق.ع.<sup>2</sup>، باعتبار أن عملية التغيير الجنسي كما بينا سابقًا لا تتم إلا بانتزاع الأعضاء التناسلية الظاهرة للشخص محل التغيير، فيتم استئصال خصيتي الرجل وذكوره، أما المرأة فينتزع ثدييها ورحمها، ذلك أن المشرع لم يفرق بين أن يكون الشخص رجلاً أو امرأة، إذ الغاية من تجريم هذا الفعل هو حماية مقصد النسل، فالطبيب قد قام بسلب ضحيته بالعمد وسيلة التناسل وهذا ما يعرضه للمساءلة الجنائية<sup>3</sup>.

فمن ناحية، فالطبيب القائم بهذه العملية لا يمكنه الإستناد إلى أحكام المادة 39 من ق.ع. لأجل الإستفادة من أسباب الإباحة لإعفائه من العقاب، كون أن المريض يعيش حياة نفسية جد صعبة ومعقدة تستلزم إحداث التوافق بين كيانه النفسي والفيزيولوجي، وهو ما لا يمكن تكيفه على أنه ضرورة تستوجب العلاج. ومن زاوية أخرى لا يمكن الإعتداد برضا الشخص المريض، كون أن هذا الرضا سيؤدي حتماً إلى المساس بالتكامل الجسدي له وانتقاص من مقدرته الوظيفية<sup>4</sup>. كما يمكن مساءلة الطبيب الذي أجرى عملية التغيير الجنسي بمقتضى نص المادة 264 في فقرتها الرابعة<sup>5</sup>، بسبب إحداثه لعاهة مستديمة للشخص تؤدي إلى

<sup>1</sup>-المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب، المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المرجع السابق.

<sup>2</sup>-تنص المادة 274 ق.ع. على أنه: « كل من ارتكب جناية الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة » .

<sup>3</sup>-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

<sup>4</sup>-كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.137.

<sup>5</sup>-تنص الفقرة 04 من المادة 264 ق.ع. على أنه: « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات » .

فقد الجسم لعضو فيه، أو إمكانية من الإمكانات الطبيعية له وإن كانت العبارة التي استعملها المشرع عامة، مما يمكن معه القول أن فقد القدرة على الإنجاب والتناسل يدخل ضمن هذا الإطار<sup>1</sup>.

## II- جزاء عقد التغيير الجنسي

إذا كان من واجب الطبيب تخليص المريض من آلامه وأوجاعه وعلله والسهر على تحسين صحته البدنية والنفسية والعقلية، مع قيمة من الرحمة والشفقة<sup>2</sup>، فإن ذلك لا يبرر بتاتا شرعية أي اتفاق يبرم بين الطبيب والشخص الراغب في تغيير جنسه.

إن نصوص القانون المدني تقضي بأن كل اتفاق يكون محله مخالفا للنظام العام والآداب العامة، هو عقد باطل بطلانا مطلقا<sup>3</sup>. وما دام أن جسد الشخص في هذه العملية هو محل الاتفاق، فإن ذلك يعد بمثابة تعد على تكاملية الجسد، وهو ما لا يمكن الإعتراف به قانونا، احتراماً لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، أو مبدأ عدم مساس الشخص بجنسه، بحيث يجب عليه أن يعيش كما خلقه الله عز وجل<sup>4</sup>.

ومعلوم أن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا توافرت أركانها، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ومن بين الأخطاء التي قد يرتكبها الطبيب أثناء أدائه لمهامه عدم الحصول على رضا المريض<sup>5</sup>. غير أن في عملية التغيير الجنسي، فرضا الشخص المريض نفسيا متوفر، إلا أنه لا يعتد به، ولا يمكن للطبيب الإحتجاج به، كونه يمس بجرمة الكائن البشري المتعلق بالنظام العام بل بالنظام الطبيعي<sup>6</sup>.

ومن جهة الدفع بعدم المسؤولية من جانب الطبيب الذي أجرى عملية التغيير الجنسي، فإن هذا الأخير لا ينفعه الدفع بإثباته أنه لم يرتكب أي خطأ كان سببا في المساس بالسلامة البدنية للشخص محل التغيير، حسب ما تقضي به المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- باعزير أحمد، الطب الشرعي ودوره في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.62.

<sup>2</sup>- عبد القادر الشخلي، التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمرضه في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والنظم العربية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج04، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.3527.

<sup>3</sup>- تنص المادة 93 ق.م.ج على أنه: «إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا».

<sup>4</sup>- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ع06، ص.72.

<sup>5</sup>- فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص.195.

<sup>6</sup>- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص.35.

<sup>7</sup>- تنص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو تسبب في وفاته».

إن القاضي المدني في مجال عملية التغيير الجنسي لا يمكنه على الإطلاق تأسيس حكمه على مسألة رضا الشخص محل التغيير أو الإلتفات إلى دفع الطبيب بعدم ارتكابه لأي خطأ، كون أن هذه العملية من أساسها لا تتسق مع الأعمال الطبية والأصول الفنية للمهنة<sup>1</sup>.

إن الشخص محل التغيير كونه لحق به ضرراً جراء عملية التغيير يكون صاحب الحق في المطالبة بالتعويض ما دام أهلاً لرفع الدعوى. غير أنه إذا توفي فالحق ينتقل إلى خلفه حسب ما تقضي به القواعد العامة<sup>2</sup>.

### III- الحالة المدنية للمتغير جنسيا

تعتبر حالة الشخص داخل المجتمع ذات أهمية قصوى، إذ على أساسها تبنى الإلتزامات والحقوق، لاسيما ما تعلق بجنس الشخص. ولقد عني المشرع من خلال إلزام ضابط الحالة المدنية على ضرورة تبيان جنس الطفل بعد ولادته إلى جانب اسمه ولقبه عند تحريره لعقد الميلاد، حسب ما نصت عليه المادة 63 من قانون الحالة المدنية المعدلة<sup>3</sup>.

وقد تكون عقود الميلاد أحيانا عرضة للتعديل تماشياً وحالة الشخص، وفي هذا الصدد نص المشرع بموجب المادة 29 ق.م على أنه «يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية». وفي هذا الشأن فإن الشخص الذي خضع لعملية تغيير الجنس قد تغيرت حالته. غير أن قانون الحالة المدنية لم يتضمن نصاً قانونياً يسمح للمتغير الجنسي تصحيح عقود حالته المدنية، ذلك أن ما جاء في المواد من 49 إلى 57 لا يمكن تطبيقها على حالة هذا الأخير، وإن أمكن القول أن هناك نقصاً تشريعياً، قد يفسر على أنه اعتراف ضمني بإمكانية تبديل الحالة المدنية للمتحول الجنسي. إلا أن التفسير الموسع للمصلحة المشروعة التي أوردتها نص المادة 57 من نفس القانون، والتي عدلت بالقانون رقم 03-17<sup>4</sup>، كقيد على إجراء التعديلات

<sup>1</sup>-أنظر في هذا المعنى، داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006، ص.67؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.35.

<sup>2</sup>-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع نفسه، ص.36.

<sup>3</sup>-المادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع21، بتاريخ 1970/02/28، المعدل والمتمم بالقانون 08-14 المؤرخ في 09/08/2014، ج.ر، المؤرخة في 20/08/2014، ع49، ص.03 وما بعدها.

<sup>4</sup>-القانون رقم 17-03 المؤرخ في 10/01/2017، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970، ج.ر. المؤرخة في 11/01/2017، ع02، ص09 وما بعدها.

على عقود الحالة المدنية يمكننا من القول أن عملية التغيير الجنسي ما دامت لا تنطوي على ميثاق ذرة للمصلحة المشروعة، بل هي مفسدة عظيمة تبقى في نظر ذات القانون غير مباحة<sup>1</sup>.

غير أن ما نلاحظه على المشرع أنه لم يتعرض لحالة الخنثى الحقيقي الذي خضع لعملية تثبيت الجنس، مما يفهم معه العمل بأحكام المادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يمكن للقاضي بعد رفع دعوى التصحيح أمامه إصدار حكمه بتعديل عقد الميلاد للشخص الذي تم تثبيت جنسه، بعد التأكد من خضوع الشخص لفحص طبي دقيق، وتوفر جميع الشروط التي أوجبهها الفقه الإسلامي.

### ثالثاً: أثر التغيير الجنسي على الإنجاب

يظهر أثر التغيير الجنسي على المراكز الأسرية للزوجين، فيؤدي إلى تشابهه في جنسهما، وذلك يعد بمثابة عيب من عيوب النكاح(أ)، ومن المستحيل استمرار العلاقة الزوجية، لعدم تقبل زوج المتغير جنسيا لتلك الحالة(ب).

### أ- التغيير الجنسي أساس عيوب النكاح

إن حق سلامة الزوجين من أي عيب من أهم الحقوق التي تناولها الفقهاء في كتاب النكاح، وما دام أن الهدف الأساسي من الزواج هو التناسل وحفظ النوع البشري، فإن وجود أي عيب مانع لا محالة سيؤثر على استمرار العلاقة الزوجية، ولعل التغيير الجنسي له تأثير مباشر على ذلك، لكونه يمس أعضاء الذكورة والأنوثة للزوجين، فبمقتضاها لا يصير بالزوج عيب الجب والعنة والخضاء، فحسب بل يتعداه الأمر إلى إتحاد جنس الزوجين.

أضف إلى ذلك أن حق الإستمتاع هو من الحقوق المترتبة على عقد الزواج، إذ يجب على كل من الزوجين أن يعاشر زوجه بالمعروف، وأن يمكن كل منهما نفسه للآخر لغرض الإستمتاع والتلذذ، لأن هذا الحق هو مشترك بين الزوجين، فالمرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها، وللزوج مطالبة زوجته بالوطء وقت ما شاء، إلا عند وجود سبب شرعي مانع، وللزوجة هي الأخرى أن تطالب زوجها بالوطء، وعلى الزوج الإستجابة، لأن ذلك يدخل في حسن المعاشرة واستمرارية النكاح.

<sup>1</sup>- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.36-37.

## ب- فك الرابطة الزوجية للتغيير الجنسي

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مسألة زواج الخنثى، فقال المالكية، والشافعية، والحنابلة، بأن زواج الخنثى المشكل زواج باطل<sup>1</sup>، وإن وجد قول للشافعي أن الخنثى المشكل ينكح بأيهما شاء، فإذا نكح بأحدهما لم يكن له أن ينكح بالآخر<sup>2</sup>. أما الحنفية في المقابل فقالوا بأن زواج الخنثى المشكل موقوف لا يحكم ببطلانه، ولا بصحته، إلى أن تتضح حقيقته بظهور علامات الذكورة أو الأنوثة<sup>3</sup>.

وواقعياً يمكن تصور إبرام الخنثى لعقد زواج حسب ظاهره، إلا أن حقيقته ستكتشف بمجرد وقوع الدخول ومحاولة الإتصال الجنسي بين طرفي العلاقة الزوجية، إذ يتأكد بأن الزوج الخنثى الذي أبرم عقد الزواج على أنه رجل ما هو في حقيقة الأمر إلا أنثى، أو أن الزوج الخنثى الذي أبرم العقد على أنه امرأة ما هو إلا رجل لعدم قدرتها على معاشره الرجال.

وما دام الأمر كذلك، فإن عملية تثبيت الجنس على حسب هذه الحالة سيكون لها الأثر البين على العلاقة الزوجية، ولا مفر من وجود حالتين بعد عملية التثبيت، فإما أن تؤدي العملية الجراحية إلى تثبيت جنس الزوج على ظاهره، وإما أن تكشف عن الجنس الحقيقي للزوج، والذي هو عكس ظاهره. ويترتب على ذلك إمكانية استمرار العلاقة الزوجية بين المثبت وزوجه في الحالة الأولى، أو بطلان الزواج بين المثبت وزوجه في الحالة الثانية<sup>4</sup>.

فبالنسبة للحالة الأولى، فالزوج الخنثى الذي أجرى عملية جراحية وثبت جنسه على ظاهره، فيمكن أن تستمر الحياة الزوجية معه. غير أن الزوج الآخر إذا طالب بفك الرابطة الزوجية قبل الجراحة لعيب الخنوثة فله ذلك لأنه عيب يثبت به الخيار وهو قول الحنفية والشافعية ووجه للحنابلة<sup>5</sup>، إلا أنه يشترط ألا يكون عالماً به وقت العقد أو رضي به بعده<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.148؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.245؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج20، ص.27.

<sup>2</sup>- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تح. رفعت فوزي عبد المطلب، ج06، ط01، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.112.

<sup>3</sup>- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص.106، 110، 113، 114؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ص.27.

<sup>4</sup>- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.419-420؛ طارق حسن كسار، المرجع السابق، ص.230.

<sup>5</sup>- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج03، ص.595؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج07، ص.178؛ لموقف الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص.59.

<sup>6</sup>- لموقف الدين بن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص.61.

وحسب رأي البعض، فإن رضا زوج المريض بإجراء زوجه عملية تثبيت الجنس، لا يمكن اعتباره تنازلاً ضمناً عن حقه في طلب فسخ النكاح لعيب الخنثوية، فرمما يكون قبوله ذلك من باب الحفاظ على شعور زوجه المقدم على العملية الجراحية، أو أملاً في شفائه وإمكانية المعاشرة بصورة عادية بعد الجراحة، ويبقى حقه في الفسخ قائماً ما لم يصدر منه ما يدل على رضائه بالعيب<sup>1</sup>.

أما الحالة الثانية، فإذا أدت جراحة تثبيت الجنس إلى كشف عن حقيقة جنس الزوج بعكس ظاهره الذي أبرم على أساسه عقد زواجه، أي أن كان رجلاً وأصبح امرأة أو كانت امرأة وأصبحت رجلاً، فلا لبس في القول ببطلان الزواج بطلاناً مطلقاً لاتحاد جنس الزوجين. وما نعلمه أن من أهم أركان الزواج أن يكون بين رجل وامرأة وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 04 ق.أ.

إن الحالة الثانية التي أوردناها تتوافق وعملية التغيير الجنسي بدافع نفسي، بل يتعدى حكمها إلى القول بانعدام الزواج بسبب إتحاد الجنس حسب نظرية الجنس البسيكولوجي، وهذه الحالة تكون مطابقة تماماً لحالة وقوع الغلط أثناء الولادة<sup>2</sup>.

وفك الرابطة الزوجية هنا يمكن أن يكون بالطلاق أو التطليق فللرجل التمسك بالطلاق على الوجه المطلق وللمرأة التمسك بالتطليق بموجب أحكام المادة 53 في فقرتها الثانية والثالثة، كون أن زوجها به عيب من العيوب التي حالت دون تحقق الهدف من الزواج، وأنه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر، ولعل ذلك يدخل كذلك ضمن الفقرة العاشرة من نفس المادة، لأن الزوجة تضررت من حالة زوجها.

واتسعت رقعة العمليات الجراحية المفضية إلى العقم الإرادي، ليس تلك التي تكتنفها عوامل ببيكولوجية، أو وراثية، بل هناك جراحات أخرى، تكون بدافع الرغبة المجردة، تحدث نفس الأثر في قطع الإنجاب وإحداث العقم، كجراحة التعقيم.

## الفرع الثاني

### التعقيم الجراحي

فإلى جانب الوسائل الطبيعية والعلاجية المتبعة لمنع الحمل، توجد وسيلة التعقيم الجراحي التي تستعمل للتأثير على فاعلية الجهاز التناسلي للرجل والمرأة، فنفقده القدرة على الإنجاب مؤقتاً أو مؤبداً، فتنشأ لديه حالة

<sup>1</sup> - الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 420.

<sup>2</sup> - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص. 38-39.

العقم. ولتبيان حقيقة هذه الوسيلة نتطرق إلى مدلول التعقيم الجراحي (أولاً)، ثم الحكم الشرعي للتعقيم الجراحي (ثانياً) وبعدها المسؤولية المترتبة على عملية التعقيم (ثالثاً).

### أولاً: مدلول التعقيم الجراحي

يتأتى هذا المدلول بذكر مفهومه (أ)، وأنواعه (ب)، ثم وسائله (ج).

#### أ- مفهوم التعقيم الجراحي

أما التعقيم لغة، فهو لفظ مشتق من كلمة العقم وقد سبق التفصيل فيه<sup>1</sup>.

وأما اصطلاحاً، فهناك من عرفه على أنه "جعل المرأة عقماً بمعالجة تمنع الإنجاب نهائياً"<sup>2</sup>، غير أن هذا التعريف يعد قاصر لاكتفائه بتعقيم المرأة دون الرجل.

وهناك من عرفه على أنه "عملية تعقيم الرجال بقطع الحبل المنوي (الأسهر) وتعقيم النساء بقطع قناتي الرحم أو ربطهما أو الإثنتين معاً"<sup>3</sup>، وهذا التعريف كذلك لم يتضمن نوعي التعقيم من حيث المدة الزمنية للتعقيم. ولعل التعريف الأقرب للصواب الذي عرفه بأنه: "التأثير على الجهاز التناسلي ليفقد صلاحية الإنجاب مؤقتاً أو مؤبداً"<sup>4</sup>، حيث شمل هذا التعريف التعقيم بالنسبة لكل الكائنات الحية المتناسلة، فهو لم يقيد بذكر الرجل والمرأة، كما تضمن نوعي التعقيم المؤقت والمؤبد، مع شموله لكل وسيلة تفضي إلى منع الإنجاب نهائياً بالجراحة أو غيرها. وعليه فبين التعقيم ومنع الحمل الجراحي عموم وخصوص مطلق، فكل منع حمل جراحي هو تعقيم، وليس كل تعقيم هو منع حمل جراحي<sup>5</sup>. والتعقيم سواء تم بالجراحة أو غيرها، يمكن أن يسمى عقماً إرادياً، وإن كنا نميل إلى التعقيم الجراحي باعتبار فاعليته ونسبة تحققه مقارنة باستعمال وسائل أخرى، كتناول مادة طبيعية أو كيميائية، وكذلك حتى نميزه عن مسألة تنظيم الإنجاب.

<sup>1</sup>- أنظر؛ ص. 55 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>2</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 03، ص. 558.

<sup>3</sup>- محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص. 300.

<sup>4</sup>- سعد بن عبد الله السير، منع الحمل الجراحي (التعقيم) دراسة فقهية، بحث مقدم في مرحلة الدكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1430هـ-1431هـ، ص. 05.

<sup>5</sup>- سعد بن عبد الله السير، المرجع نفسه، ص. نفسها.

## ب-أنواع التعقيم

I-التعقيم المؤقت: ويهدف من وراء إجرائه منع الحمل لمدة مؤقتة بغية تنظيم الإنجاب وتباعد فترات الحمل لأسباب يراها الزوجان فيكون مشاها لعملية تنظيم النسل.

II-التعقيم المؤبد: يؤدي إلى فقدان الجهاز التناسلي قدرته على الإنجاب مطلقا، مع بقاء القدرة الجنسية<sup>1</sup>، فهو إذا يتوافق ومصطلح العقم الإرداي لاشتراكه في العلة، وهي عدم الاستطاعة على الإنجاب مؤبدا.

## ج- وسائل التعقيم الجراحي

I-بالنسبة للرجل: تكون عملية التعقيم المؤقت للرجل بربط النهايتين ربطا جيدا، وبما أن مجرى الأسهر ضيق وجدرانه العضلية ثخينة نوعا ما، فإن سد المجرى يكون بشد الخيط بقوة، على أن يكون الخيط غير قابل للامتصاص عند الربط كالقطن والنايلون والحزير<sup>2</sup>.

II-بالنسبة للمرأة: وتكون بواسطة ربط البوقين لمنع نقل البويضات، وذلك باستخدام منظار جوف البطن، الذي يمكن الطبيب من رؤية أنابيب الرحم، ليتمكن من ربطهما بآلات متصلة بالجهاز. كما يمكن إغلاق البوق من الخارج، باستعمال حلقات بلاستيكية أو ملقط، ومن الأطباء من يركب على البوقين مثل مشبك الغسيل<sup>3</sup>. وإجمالا، فإن الطبيب الجراح يعتمد إلى الوصول إلى قناتي فالوب إما بالجراحة التقليدية، أو باستعمال منظار خاص بالرحم، أو إحداث شق في جدار المهبل، أو بواسطة حقنة يضعها عند نقطة التقاء تلك القناة بالرحم<sup>4</sup>.

## ثانيا: الحكم الشرعي للتعقيم الجراحي

إن العلة المشتركة بين التعقيم والخصاء واحدة، تكمن في قطع الإنجاب. غير أنهما يختلفان في كون أن عملية التعقيم تبقى على الإفراز الهرموني في الدم، فيحافظ الشخص على الإستجابة والقدرة الجنسية، بل قد

<sup>1</sup>-عباسي مجدوب مُجد، أحكام وسائل منع الحمل-دراسة طبية فقهية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2008-2009، ص.78.

<sup>2</sup>-طارق عبد المنعم مُجد خلف، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup>-طارق عبد المنعم مُجد خلف، المرجع نفسه، ص.250-251.

<sup>4</sup>-عباسي مجدوب مُجد، المرجع نفسه، ص.79-80.

تزداد قوتها عند البعض وهذا ما لا يتحقق في الخصاء<sup>1</sup>، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية عملوا بالقياس في إنزال الحكم الشرعي للتعقيم على أقوال ثلاثة نذكرها فيما يلي:

فالقول الأول، يرى بعدم جواز استعمال ما يمنع الحمل على الدوام مطلقاً، إلا ما استثني بالضرورة، وهو الظاهر عند الحنفية، ومذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>2</sup>. وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، إذ قالوا بتحريم قطع النسل ومنعه نهائياً بالتعقيم ومنهم:

- جاء في أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية أن تحديد النسل يكون محرماً مطلقاً، ومنع الحمل كذلك، إلا ما استثني بالحالات الفردية التي لا عموم لها، والنادرة التي يكون عليها خطر من الحمل لمرض، فيستثنى ذلك منعاً للضرر، وإبقاء على النفس<sup>3</sup>.

- ما قاله أبو الأعلى المودودي في قضية حركة تحديد النسل التي لا ترضاهم النفوس السوية<sup>4</sup>.

- قال بعدم الجواز المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن فهد بن حزين الفهد، المنع الدائم للحمل لدراسة فقهية، م.ج.ف.س، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ع30، 1437هـ-2016م، ص.544.

<sup>2</sup>- الحنفية: " يكره استخدام الخصى لأن فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثله وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهي عنها فتحرم"، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج06، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1315هـ، ص.31.  
-المالكية: " لا خلاف في تحريم خصاء بني آدم وفي الجواهر هو عيب يرد به العبد"، أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق، شرح على متن الرسالة لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني مع شرح قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي الغروي، ج02، دار الفكر، 1402هـ-1982م، ص.414.

-الشافعية: "في قول الله تعالى «... وَلْيَسْتَعْفِفِ...» بحملها على من لم يجد من يتزوجه ولا يكسرهما بكافور ونحوه، لأنه نوع من الخصاء وقال البغوي: يكره أن يحتال لقطع شهوته، ونقله في المطلب عن الأصحاب وقيل يحرم ويجزم به في الأنوار، والأولى حمل الأول على ما إذا لم يغلب على ظنه قطع الشهوة بالكلية بل تغييرها في الحال، ولو أراد إعادتها باستعمال ضد تلك الأدوية لأنه لا يمكنه ذلك. والثاني على القطع لها مطلقاً؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج03، ص.169؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، المرجع السابق، ص.443.  
الحنابلة: "ولا يجوز ما يقطع الحمل"؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تح، محمد حامد الفيقي، ج08، ط01، د.د.ن، 1956، ص.383؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص.256.

<sup>3</sup>-الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مج02، ط05، الرئاسة العامة للبحوث العلمية للإفتاء، الرياض، 1424هـ-2013، ص.528؛ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، المرجع السابق، مج19، ص.300.

<sup>4</sup>-أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص.64.

<sup>5</sup>-القرار الأول، الحكم الشرعي في تحديد النسل " لذلك كله، فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي يقرر بالإجماع أنه لا يجوز تحديد النسل مطلقاً،... أما الدعوة إلى تحديد النسل أو منع الحمل بصفة عامة: فلا تجوز شرعاً...؛ رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، ط02، 1398هـ-1424هـ/1977-2004م، ص.59-60.

وإجمالاً فقد صرح الفقهاء بحرمه استعمال ما يقطع الحبل من أصله لأنه كالوَأَد<sup>1</sup>، وفيه إهدار لمقصد الإنجاب عن طريق الحد منه أو استئصال القدرة عليه للرجل والمرأة، إلا ما استثنى<sup>2</sup>.

وأدلتهم على ذلك، ما جاء في الحديث عن سعيد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: "رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مضعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا"<sup>3</sup>؛ وفي حديث جابر بن عبد الله قال: جاء شاب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: "أتأذن لي في الخصاء؟ فقال: صم وسل الله من فضله"<sup>4</sup>؛ وما رواه عبد الله بن عمرو، قال: جاء رجل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ائذن لي أن أختصي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "خصاء أمتي الصيام والقيام"<sup>5</sup>، وما رواه كذلك اسماعيل عن قيس قال: "قال عبد الله: كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس لنا شيء، فقلنا ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب، ثم قرأ علينا « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ »<sup>6</sup>.

وما أوردناه من أحاديث فيها دليل على النهي الصريح على الخصاء، والنهي عند الإطلاق يقتضي التحريم وعليه فإن:

-الخصاء فيه تغيير لخلق الله تعالى، مصداقاً لقوله تعالى « وَلَا تُرَبِّمُمْ فَلْيَفْغِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ »<sup>7</sup>، وفيه تعذيب بالغ بالغ الألم قد يفضي بصاحبه إلى الهلاك، ويكون وسيلة لقطع النسل المأمور به، وفيه تضييع مال وإذهاب نفس، وهو مثله<sup>8</sup>.

-بالخصاء يحدث إهدار لمعنى الرجولة، وكفر بالنعمة، وتشبه بالمرأة، وتفضيل النقص على الكمال<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، المرجع السابق، ج3، ص.558.

<sup>2</sup>-ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، القسم الثاني، م.م.ف.إ، مكة، السنة الثالثة والعشرون، 1431هـ-2010م، ع25، ص.134.

<sup>3</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، ح.ر.5073، ص.1294.

<sup>4</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج06، ح.ر.15425، ص.251.

<sup>5</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج03، ح.ر.6771، ص.563.

<sup>6</sup>-صحيح البخاري، المرجع نفسه، كتاب النكاح، ح.ر.5075، ص.1294؛ سورة المائدة، الآية 87.

<sup>7</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 119.

<sup>8</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج07، ص.140.

<sup>9</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج19، ص.121.

أما القول الثاني، فيرى بجواز استعمال ما يمنع الحمل على الدوام مطلقاً، وهذا قول عند الحنابلة قياساً على شرب الكافور<sup>1</sup>. وأدلتهم على ذلك، قوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»؛ وحديث الرجل الذي جاء إلى الرسول ﷺ فقال: يا رسول الله ائذن لي أن أختصي، فقال رسول الله ﷺ "خصاء أمي الصيام والقيام"، فيستدل من الحديثين أن النبي ﷺ أشار لمن لم يجد مؤنة النكاح بالصيام لقطع الشهوة، فيقاس عليه كل دواء يقطعها.

ويرد عليهم بالقول أن في الحديث إشارة إلى القدرة على تكاليف النكاح وليس القدرة على الوطء، إذ هو خطاب للقدار على الوطء، فيكون الصيام له وجاء، فتنتفي بذلك أي دلالة ظاهرة على ما ذكره أصحاب هذا الرأي<sup>2</sup>.

والقول الثالث، عندهم يجوز استعمال ما يحول دون الحمل دائماً لمن لم يجد أهبة النكاح، بما في ذلك التعقيم، وهو ظاهر قول أبي محمد البغوي، والخطابي<sup>3</sup>، وأحمد إبراهيم الذي قال "إنه ينبغي عدم الإقدام على التعقيم إلا بعد اليأس من أي وسيلة علاجية للقضاء على هذا المرض المزمن المعدي، أو لمنع انتقاله إلى الذرية"<sup>4</sup>. وأدلتهم على ذلك، عدم وجود نص صريح من القرآن والسنة يمنع قطع الحمل مطلقاً، وأن التعقيم يمكن قياسه على العزل والامتناع عن الزواج، وأنه يعمل على تقوية الاقتصاد، ورفع التنمية، وكثرة الإنتاج والموارد.

ويرد على هذا القول، بأن جل النصوص القرآنية والأحاديث النبوية يوحى معناها إلى تحريم منع الحمل مؤبداً لغير ضرورة، فهي تحث على النسل والتكاثر، بل حتى أن ما يدعون إليه ليس لهم عليه دليل واحد من القرآن. فيبقى قولهم مجرد تأويل لمعاني ما وقفوا عليها في كتب الحديث، وقياس التعقيم على العزل ليس بالقول

<sup>1</sup> - "وظاهر ما سبق جوازه، كإلقاء نطفة، بل أولى، ويحتمل المنع، لأن فيه قطع النسل وقد يتوجه جوازه مما سبق في الكافور، فإن شربه يقطع شهوة الجماع"؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص. 256.

<sup>2</sup> - ابن تيمية، المرجع السابق، ج. 32، ص. 06.

<sup>3</sup> - "قيل ولكن ينبغي حمله على دواء يهدئ الشهوة ولا يقطعها بالأصالة لأنه قد يقوى على مؤن النكاح، فالله وعد من يستعفف بأن يغنيه من فضله، وما دام أنهم اتفقوا على منع الجب والخصاء فيلحق بذلك ما في معناه. واستدل به الخطابي على جواز التداوي لقطع الشهوة بالأدوية وحكاه البغوي في شرح السنة"؛ محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تح. حازم علي بهجت القاضي، مج. 03، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1415هـ-1995م، ص. 1298.

<sup>4</sup> - سعد بن عبد الله السير، المرجع السابق، هامش 04، ص. 10.

السديد، فالأول وسيلة لتجنب الحمل مؤقتاً، أما الثاني فيقطعه من أصله. كما أن القول بأن التعقيم يقوي الإقتصاد، ويساعد على التنمية إدعاء باطل، إذ كل مخلوق وله رزقه، بدليل قوله تعالى «وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ»<sup>1</sup>، بل في زيادة النسل زيادة للأرزاق.

وترجيحا لما عرضناه في هذا الجانب، فالقول بجرمة التعقيم هو الصواب، لوجود الأدلة الدامغة، وغير المعارضة للنصوص الشرعية، وهو ما استقر عليه قرارات المجامع الفقهية المعاصرة، وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك. غير أنه لا بأس بفعله إذا وجدت ضرورة، وإلا فالواجب تركه<sup>2</sup>.

فبالرغم من إبراز الحكم الشرعي لعملية التعقيم بما سبق ذكره، فالواقع سيشهد لا محالة هذا النوع من التدخلات الطبية، فيكون من اللازم الوقوف على المسؤولية المترتبة على ذلك، وهو ما نتناوله ضمن البند الموالي.

#### ثانياً: المسؤولية المترتبة على عملية التعقيم

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية بعض الصور المشابهة لمثل هذه العملية، فقد روى الزهري من رواية ابن الحبيب قال: "مضت السنة أن في الصلب الدية"<sup>3</sup>، وفي رواية عن البيهقي، عن سعيد بن المسيب قال: "أن السنة مضت في العقل بأن في الصلب الدية"<sup>4</sup>.

ولو ادعى أحد فقده القدرة على الجماع بالجناية وأقر على ذلك أهل الخبرة أن مثل هذه الجناية تذهب، فقول الضحية مع يمينه، إذ الظاهر معه، ولو ذهب مأوه أو إحباله دون جماعه ففي ذلك الدية، لأن المنفعة أشبه بالسمع<sup>5</sup>، وورد عن الشافعية أنه "تجب الدية في إبطال قوة إمناء بكسر صلب لفوات المقصود وهو النسل، وتجب الدية في إبطال قوة حبل المرأة لفوات النسل فيكمل فيه ديتها لانقطاع النسل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-سورة هود، الآية 06.

<sup>2</sup>-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع محمد بن سعد الشويعر، ج09، ط01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2004، ص.434.

<sup>3</sup>-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج08، ص.2952.

<sup>4</sup>-محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج07، ص.323.

-وفي رواية عن ابن وهب، عن عياض بن عبد الله الفهري، أنه سمع زيد بن أسلم يقول: "مضت السنة بأن في الذكر الدية وفي الأنثيين الدية"، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، ج14، ح.ر. 16400، ص.378.

<sup>5</sup>-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع نفسه، ج08، ص.2953.

<sup>6</sup>-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج04، ص.98؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، المرجع السابق، ج07، ص.341، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج30، ص.268.

قد يكون اللجوء إلى عملية التعقيم ذو طبيعة علاجية، حالة الحفاظ على حياة المرأة التي لا يمكنها الحمل مع عدم تحقق الضرر، فهو عمل مباح شرعا حسب ما أسلفناه. كما أنه لا يحتاج إلى نص قانوني يجيزه باعتباره الحل الأمثل للوقاية، فيكون بذلك في جانب النساء دون الرجال، لانتفاء الغاية التي تبرره.

ويرى البعض<sup>1</sup>، أنه يتوجب على الطبيب الوقوف على أمرين لا ثالث لهما. أما الأول فيشمل التأكد من أن الحمل يعرض حياة المرأة للخطر، مع انعدام وسيلة علاجية أخرى لتجنب ذلك الخطر. وأما الثاني فعلى الطبيب التيقن من عدم استعمال وسائل الحمل المؤقتة.

بل ذهب البعض إلى إعطاء أمثلة على حالة الضرورة التي تستدعي اللجوء إلى التعقيم لمنع الحمل على الدوام منها<sup>2</sup>:

-إثبات الأطباء المختصين وجود أمراض خطيرة في القلب والشرايين لا تسمح بالحمل.

-وجود أمراض مزمنة في الكليتين وارتفاع الضغط الدموي.

-أمراض الجهاز التنفسي تعيق مراحل الحمل كوجود فشل رئوي.

ويشترط لعملية التعقيم الجراحي حصول الطبيب على إذن المريضة مع تبصيرها بنتائج هذه العملية ومخاطرها، على أن تكون موافقتها صادرة عن إرادة حرة. وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى أقروا بذلك، فهذا ابن القيم يقول: "... فإن كان بالغا عاقلا لم يضمه، لأنه أسقط حقه بالإذن فيه وإذا كان صغيرا ضمنه، لأنه لا يعتبر إذنه شرعا..."<sup>3</sup>. فيمكن القول بوجه تخريج المسألة على أصل القياس في الحدود، هو قياس الطبيب الذي يقوم بعملية الإعدام عمدا مختارا على القاتل، فيجب عليه حد القتل وهو القصاص<sup>4</sup>.

فإذا حادت وسيلة التعقيم عن ذلك، عدت عملا غير مشروع، فتتقرر بذلك مسؤولية الطبيب الجراح عن ارتكابه جريمة جرح عمدا إذا كان أدى التعقيم إلى إحداث جرح أو عاهة مستديمة، بمقتضى نص المادة 264

<sup>1</sup>-طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، منقول عن، جدوي سيدي محمد أمين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2015-2016، ص.233.

<sup>2</sup>-أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص.555.

<sup>3</sup>- شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع السابق، ص.139.

<sup>4</sup>-عبد الوهاب بن عايد الأحمد، القياس في الحدود دراسة نظرية تطبيقية على بعض النوازل المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الثلاثون، ع36، ص.219.

في فقرتها الأولى والثالثة<sup>1</sup>، بسبب إحدائه لعاهة مستديمة للشخص تؤدي إلى فقد الجسم لعضو فيه، أو إمكانية من الإمكانات الطبيعية له وإن كانت العبارة التي استعملها المشرع عامة، مما يمكن معه القول أن فقد القدرة على الإنجاب والتناسل يدخل ضمن هذا الإطار<sup>2</sup>. أو جريمة قتل عمد حالة لم تتحمل المجني عليها آلام العملية وتوفيت من إثرها، يزداد على ذلك الجرائم المتعلقة بشروط ممارسة العمل الطبي بدون ترخيص أو جريمة هتك عرض المرأة الخاضعة للتعقيم<sup>3</sup>. فالمادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب، وضعت قاعدة عامة تقضي بمنع التعقيم، إذا تم بغير سبب وجيه، حيث نصت: "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون"، بهذا يمكن أن تتقرر مسؤولية الطبيب القائم بعملية التعقيم، متى كان إثبات عملة أنه جاء مخالفا للقانون.

ومصير العلاقة الزوجية يتأثر بشكل مباشر بوجود العقم عموما مهما كان نوعه، فهو يؤدي إلى تتطلع الزوج إلى الزواج بثانية، إذا كانت هي العقيم، أو إلى انحلالها عند تضرر الزوج السليم، خاصة في حالة عدم تحقق الإنجاب مطلقا.

### المطلب الثالث

#### أثر العقم على العلاقة الزوجية

معلوم أن بقاء عقد الزواج مرتبط في أغلب الأحوال بمدى سلامة الزوجين من الأسباب التي تتعارض مع تحقيق أهدافه. ويتحدد مصير العلاقة الزوجية حسب كل حالة من ناحية من هو المسؤول عن عدم الإنجاب؟ فإذا كانت الزوجة هي العقيم، فهنا قد تستمر تلك العلاقة بزواج بامرأة أخرى منجبة، مع رضا الزوجة الأولى (الفرع الأول)، أو تنفك العلاقة الزوجية حالة رفضها لفكرة التعدد، أو حالة كون الزوج هو العقيم (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>-تنص الفقرة 01 و03 من المادة 264 ق.ع.ج على أنه: «كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربة أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما... وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.»

<sup>2</sup>-باعزيز أحمد، المرجع السابق، ص.62.

<sup>3</sup>- جدوي سيدي محمد أمين، المرجع السابق، ص.233.

## الفرع الأول

## العقم كمبرر لتعدد الزوجات

يعتبر تعدد الزوجات أمراً شرعياً لقول الله تعالى «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ»<sup>1</sup>، وهو ما فعله النبي ﷺ. كما أن لتعدد الزوجات الأثر البالغ لما فيه من المصالح العظيمة التي تعود على الرجال والنساء والمجتمع، إذ به تغض الأبصار وتحفظ الفروج ويكثر النسل، وكذلك فاستمتاع الرجل بالمرأة استمتاعاً كاملاً ومثمراً يتوقف عند سن اليأس الذي هو خمسين سنة، مقارنة بالرجل الذي يبقى لديه صلاحية الإنجاب إلى سن الهرم، فلو قصر على واحدة لضاعت منفعة الإنجاب وكثرة النسل.<sup>2</sup>

ومعلوم أن من شروط التعدد هو العدل بين الزوجات، لقوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا»، فذكر في التفسير هو في الميل والمحبة والجماع والعشرة والقسم بين الزوجات الأربع والثلاث والإثنين. وقوله فواحدة دليل على المنع من التعدد الذي يؤدي إلى عدم العدل في القسم وحتى المعاشرة، بل هو دليل على وجوب ذلك.<sup>3</sup> والعدل المطلوب عند بعض الفقهاء المعاصرين في هذه الآية هو العدل المستطاع بالتسوية في النفقة والكسوة والمسكن والمبيت.<sup>4</sup> أما عند الفقه القانوني فتعدد الزوجات مقرون بشرط وجود مسوغات التعدد المتمثلة أساساً في عقم المرأة أو إصابتها بمرض مزمن يمنعها من تأدية واجباتها الزوجية.<sup>5</sup>

وفي قانون الأسرة فالمادة 08 تشترط هي الأخرى وجود المبرر. وقد يفسر بالعقم والمرض المزمن، وهي حالتين وردتا في المنشور الوزاري رقم 84-108 المؤرخ في 1984/12/23 بالقول "عندما تكون الزوجة عقيماً لا تلد والزوج مولع بالذرية، ذلك أن حب البنين من مقاصد الزواج". وبهذا يكون المشرع بإقراره مبرراً قانونياً قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أقروا مسألة تعدد الزوجات دون قيد، بل اعتبروا أن العقم من بين الأسباب الخاصة الشخصية، فالرجل الذي تكون زوجته عقيمة يكون أمام خيارين، إما أن يطلقها أو أن يبقى عليها ويتزوج أخرى عليها، فتكون الزوجة العقيمة قد سلمت من الطلاق والثانية استفادت من هذا

<sup>1</sup>-سورة النساء، الآية 03.

<sup>2</sup>-صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ج02، ط01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 1423، ص.324.

<sup>3</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج06، ص.37.

<sup>4</sup>-صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، المرجع نفسه، ج02، ص.323.

-يقول محمد أبو زهرة: "أن العدالة أمر نفسي لا يعلم إلا من جهة صاحبها، وخصوصاً الخوف منها، وإن القرآن الكريم عندما ذكر العدل أناط الأمر إلى الخوف من أن ألا يعدل، كما قال تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا» مناقلة إلى أمر نفسي لا يجري فيه إثبات القضاء وما لا يمكن إثباته قضاء، لا يوضع في قانون يمنعه"؛ روح الشريعة الإسلامية وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، مجلة الأصالة، الجزائر، ماي 1976، ع33، ص143.

<sup>5</sup>-رأسم شحدا سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1431هـ-2010م، ص.246.

الرجل<sup>1</sup>. فإذا تزوج ثانية وأنجبت له، فهؤلاء الأطفال يكونون بمثابة أولادها لصلتها بأبيهم، ولعل الواقع يعطينا الكثير من هذا النموذج. غير أن فرضية الطلاق بسبب العقم ليس على إطلاقها. وبالموازاة أيضا يكون بيتها الخالي من الأولاد مكانا لراحته في بعض الحالات التي يحتاج إليها، فتكون قد أعانته مرتين، بنعمة الأولاد وسكينة النفس والجسد<sup>2</sup>، وإلا تكون العلاقة الزوجية مهددة بالانحلال.

## الفرع الثاني

### انحلال الرابطة الزوجية بسبب العقم

نعالج هذه المسألة في من وجهة الفقه الإسلامي في البند الأول، ثم في نظر قانون الأسرة في البند الثاني.

#### أولا: في الفقه الإسلامي

يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن العيوب التي يفسخ بها النكاح هي الجنون، الجذام والبرص فيها يثبت الخيار للزوجين في فسخ النكاح، باستثناء ما ذهب إليه الحنفية في عدم الفسخ، ولو اشتد الجذام أو البرص ونحوهما<sup>3</sup>، واختلفوا في العيوب المتبقية باعتبارها مثبت للخيار، وإن كانت هذه العيوب تعود إلى سبب واحد هو المنع من الوطاء، أو حصول لذته، فإنه ليس بالإمكان مقارنتها بالعقم إذ لا تشابه بينهما<sup>4</sup>، فيتحتم القول بأنه ليس للزوج حالة تأكده من عقم زوجته فسخ عقد النكاح<sup>5</sup>.

ويبقى له حالته استعمال الرخصة الشرعية لفك الرابطة الزوجية، والمتمثلة في الطلاق لقول الله تعالى «أَطْلَقْ مَرَّتَانِ ط فِيمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ»<sup>6</sup>، وقال تعالى «يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ

<sup>1</sup>- أبو عبد الرحمن الجريسي، فضل تعدد الزوجات، ط01، دار المنار بالخرج، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1411هـ-1991م، ص34؛ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط07، دار الوراق، بيروت، 1420هـ-1999م، ص.70.

<sup>2</sup>- المهادي محمد أحمد حسن، تعدد الزوجات الأسباب والضوابط، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع16، 2010، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القضاة، السودان، ص.26.

<sup>3</sup>- ماهر أحمد السوسي، المرجع السابق، ص.12؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج04، ص.162.

<sup>4</sup>- ماهر أحمد السوسي، المرجع نفسه، ص.14.

<sup>5</sup>- الفسخ هو نقض العقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه ولا ينقص من عدد الطلقات أما الطلاق هو إنهاء للعقد ولا يزول الحل إلا بعد البيونة الكبرى (الطلاق الثلاث).

- أما من حيث التفريق بين الفسخ والطلاق بالعيب، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى القول بأن التفريق بالعيب يقع طلاقا بائنا لا فسخا، لأن الفرقه إما أن تكون من جانب الزوج أو بسبب منه، ولم يوجبها فساد عقد كانت طلاقا.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأن هذه الفرقه هي فسخ لإيقاعها من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا، لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر القاضي وهو مما يخضع للإجتهاد فكان فسخا لا طلاقا؛ بلباقى عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص.96-97.

<sup>6</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 229.

فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ..»<sup>1</sup>، وما شرع الطلاق إلا لضرورة حل مشاكل الأسر بسبب الإصابة بمرض لا يتمل أو عقم لا علاج له، ينجم عنه زوال المحبة وتوليد الكراهية، فيكون الطلاق هو المنفذ للتخلص من كل الشرور<sup>2</sup>، غير أن استعمال تلك الرخصة لا يكون إلا للحاجة لقوله ﷺ "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"<sup>3</sup>، وإن كان يعتبر هذا الحديث ضعيفا عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>4</sup>.

ولقد جاء في أقوال الفقهاء بشأن هذه المسألة، فالمالكية قالوا: «... و لا يضر عدم النسل كالعقم.»<sup>5</sup> وأما الحنابلة « ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا، إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيما بخير، وأحب أن يتبين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهو في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منهما...»<sup>6</sup>.

ولقد ذكر ابن القيم حديثا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذا فقال: " وذكر سعيد بن منصور: حدثنا هشيم، أنبأنا عبد الله بن عوف، عن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السقاية، فتزوج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر: أَعَلَمْتَهَا أَنَّكَ عَقِيمٌ؟، قال: لا، قال: فانطلق فأعلمها ثم خيرها"<sup>7</sup>. ويمكن القول أن ثبوت الخيار في فسخ عقد الزواج يكون للزوجة فقط دون زوجها، لأن في هذا دفعا للضرر الذي يلحق بها معنويا، لا تقل جسامته عن الضرر المادي.

<sup>1</sup>-سورة الطلاق، جزء من الآية 01.

<sup>2</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ج07، ص358.

<sup>3</sup>-أبي الحسن الخنفي المعروف بالسندي، شرح سنن ابن ماجة القزويني، ج01، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص622.

<sup>4</sup>-مُجَد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مج05، مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن، ص18.

<sup>5</sup>-بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج03، ص307.

<sup>6</sup>-ملوفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص59-60.

<sup>7</sup>-شمس الدين مُجَد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج05، ص165.

-في رواية عن عبد الرزاق عن معمر وابن جريج عن أيوب عن ابن سيرين قال: بعث عمر بن الخطاب رجلا على السعاية فأثاه فقال: تزوجت إمراة، فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال: فأخبرها وخبرها؛ أي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج06، تح، حبيب الرحمن الأعظمي، ط02، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، ص162.

-هناك من استند إلى هذا الحديث ورد على أقوال الحنابلة، أن العقيم هو مثل الآيسة لأن مثل هذا الإلحاق لا وجه له، فالأصل هو السلامة من العقم والقدرة على الإنجاب، وأما عدم قدرة الآيسة على الإنجاب فهو سبب جبلي، يحكمه التقدم في السن، إذ أن العيب المانع من الإنجاب لا يقبل به في العادة بخلاف بلوغ المرأة سن اليأس فهو أمر حتمي؛ الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز إشبيليا، الرياض، 1428هـ، ص199.

إذ العقم يمكن اعتباره ضرراً نفسياً يولد آلاماً عميقة وسط الأسرة الخالي بيتها من الأطفال، وتجاه كل ألم تكمن الضرورة والحاجة. ومناطق ذلك القاعدة الفقهية القائلة، إذ ضاق الأمر اتسع.<sup>1</sup> فالزوجة بطبيعتها تتطلع لأن تكون أما، فإذا فشلت في ذلك أصابتها خيبة أمل وضيق وألم ومن باب أولى تمكينها من وسيلة فسخ النكاح لعقم زوجها. غير أن تلك الوسيلة لا بد أن تقيد بقيود، كأن لا يكون للزوجة ولد منه قبل أن يطرأ عليه العقم أو من زوج آخر قبله، لأن وجود الولد ينفي تحقق الضرر بالأومومة. وأن يثبت الفحص الطبي لعقم الزوج وعدم احتمال زواله، أو يغلب على الظن ذلك إذا لم يتحقق التيقن، إذ أن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه. وانتظار مدة من الزمن بعد عقد الزواج وتحقق الدخول ما لا يقل عن أربع سنوات.<sup>2</sup>

### ثانياً: في قانون الأسرة

يعتبر الإنجاب من الأهداف الأساسية لعقد الزواج قانوناً، وما أكد ذلك هو نص المادة 04 ق.أ.، ومعلوم أن الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة سليمين قادرين على الإنجاب، فبغيا هذه الصفة في الزوجة يمكن لنا أن نتمسك بتطبيق نظرية البطلان، استناداً على وقوع الزوج في غلط يتمثل في العقم الناجم عن العجز الجنسي، إلا أنه يشترط لذلك أن يكون الغلط متعلقاً بصفة جوهرية، فالقدرة الجنسية تعد كذلك إذا استعنا بالمعيار الذاتي والموضوعي. غير أن هذا لا ينطبق على مسألة الإنجاب، وهذا ما يدفعنا إلى البحث عما إذا كان بحق الزوج رفع دعوى الطلاق بسبب ذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أبي عبد المعز محمد علي فركوس، فتوى رقم 136 بتاريخ 2000/11/08، المرجع السابق؛ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص.163.

<sup>2</sup> - زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج.09، ص.40.

- كما يرى محمد الصالح العثيمين بأنه يحق للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها إذا تبين أن العقم منه وحده، فإن طلقها فذاك، وإن لم يطلقها فإن القاضي يفسخ نكاحها وذلك لأن المرأة لها الحق في الأولاد وكثير من النساء لا يتزوجن إلا من أجل الأولاد؛ أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، فتاوى المرأة المسلمة لمجموعة من العلماء، ط.01، ج.02، دار ابن حزم، بيروت، 2001، ص.750-751؛ أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام، قطف الأزهار المنتثرة من فتاوى المرأة المسلمة لعلامة اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط.01، ج.02، دار المحسن، مصر، 2008، ص.646.

<sup>3</sup> - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.153-154؛ المؤلف نفسه، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع.04، ص.65-66.

رغم عدم النص صراحة على هذه المسألة وعملا بعموم النصوص التي جاء بها قانون الأسرة في مواد 04، 36 الفقرتين الأولى والثانية يتأسس معه حق الزوج في فك الرابطة الزوجية من خلال تمسكه بالطلاق بصفة مطلقة وفقا لما جاء في نص المادة 48 ق.أ.<sup>1</sup>.

هذا وإن كان القضاء الجزائري لا يعتبر عقم الزوجة سببا يخول للزوج اللجوء إلى الطلاق بسبب عقم زوجته، ذلك أن العقم لا يعد من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة، لأنه من المسائل الخارجة عن إرادتها<sup>2</sup>. وإن تعسف الزوج في استعمال حقه في طلب الطلاق من شأنه أن يسبب ضررا للزوجة، يعد في نظر القانون مبررا لها للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بها<sup>3</sup>. غير أنه من الناحية الشرعية، فلا يجوز لها أخذ التعويض عن الطلاق<sup>4</sup>.

أما في جانب الزوجة فيمكنها رفع دعوى التطليق بناء على نص المادة 53 ق.أ.ج في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه: "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...". هذا وإن كان القانون الجزائري لم ينص صراحة على ذلك، ولكن يمكن اعتبار أن عقم الزوج يشكل عيبا يحول دون تحقيق أهداف الزواج وهو النسل، وعلى القاضي أن يعرضه لفحص طبي للتأكد من حالته، فإذا ثبت عجزه قضى بالتطليق، أما إذا اتضحت إمكانية العلاج أمهله سنة ميلادية لطلب العلاج، فإذا امتنع وافق على طلب الزوجة بالتطليق<sup>5</sup>. وإن كان تقدير إمهال الزوج يعود للفقهاء الإسلاميين، وتحسب المدة عنده بالأشهر القمرية لا الميلادية.

<sup>1</sup>-تنص المادة 48 ق.أ.ج على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

<sup>2</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.ق، ع2007، 01، ص.499؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين 1966-2010، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.243.

<sup>3</sup>-بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2011، ع12، ص.88.

<sup>4</sup>-حيث أن مصطلح "التعويض عن الأضرار المعنوية" لا وجود له عند الفقهاء، وإنما هو تعبير حادث، ولم يعثر عليه في الكتب الفقهية، فلا أحدا من الفقهاء تكلم عن التعويض المالي في شيء من الأضرار المعنوية؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج13، ص.40؛ أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم الطلاق التعسفي، فتوى رقم 530 بتاريخ 2006/08/15، موقع الإنترنت [www.ferkous.com](http://www.ferkous.com)، تاريخ الإطلاع 2022/05/07.

<sup>5</sup>-إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.112-113؛ حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2011، ع12، هامش03، ص.70.

كما وسع المشرع الحماية للزوجة في مسألة طلب التطلق، بإضافته للفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج بقولها: "كل ضرر معتبر شرعا"، وهذا ما يخول للقاضي سلطة توسيع دائرة الضرر، إذ بإمكانه الاعتداد بجرمان الزوجة من تحقيق الشعور بالأُمومة والولادة والحمل والإرضاع للحكم بالتطلق<sup>1</sup>، عملا بنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج<sup>2</sup>. غير أنه حسب اجتهاد المحكمة العليا، لا يمكن تحميل الزوج المصاب بالعقم، مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطلق، عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب<sup>3</sup>.

هذا وإن كان قضاة المحكمة العليا قبل صدور تعديل 05-02، قد اعتبروا أن عدم القدرة على الإنجاب تشكل ضررا للزوجة، يستلزم معه الإستجابة لطلبها في التطلق، إذ جاء في أحد القرارات ما يلي: «من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا... وما تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما»<sup>4</sup>.

وعملا بالقواعد العامة، فإنه يمكن كذلك للزوجة التمسك ببطلان العقد على أساس وقوعها في غلط يقوم على صفة من الصفات الجوهرية للزوج المنصوص عليه في المادة 82 ق.م. 5<sup>5</sup> والمتمثلة في القدرة على الإتصال الجنسي التي يترتب عليها الإنجاب والتناسل، ما لم يثبت علمها بذلك قبل العقد، على أساس أن القانون قد استحدث إجراء مسبقا للزواج من شأنه توفير الحماية لطرفي العلاقة الزوجية تكمن في الفحص الطبي الذي نصت عليه المادة 07 مكرر ق.أ. في فقرتها الأولى على أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج». غير أن هذا الفحص يبقى محصورا في نطاق العقد المدني دون العقد العرفي الذي يفلت منه.

<sup>1</sup>-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.113؛ كريم زينب، المرجع السابق، ص.53.

<sup>2</sup>-تنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

<sup>3</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/01/13، ملف رقم 596191، م.م.ع، ع.01، 2011، ص.270.

<sup>4</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 213571، م.م.ع، ع.خ، 2000، ص.119؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.م.ع، ع.02، سنة 1995، ص.92، إذ جاء فيه: "ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطبيق على سبب عدم إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض".

<sup>5</sup>-يفهم من خلال نص المادة 82 ق.م.ج أن الغلط الذي أخذ به المشرع الجزائري يقوم على معيار ذاتي شخصي قوامه الصفة الجوهرية في نظر المتعاقدين؛ مهداوي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010، ص.33.

وخالصة، فالفقه الإسلامي لا يعد العقم عيبا يوجب التفريق بين الزوجين، ذلك أن معرفة أي من الزوجين بأنه غير قادر على الإنجاب كان مستعصيا في عصرهم، على عكس ما يشهده التطور الطبي في الوقت الراهن، إذ أصبح من السهل القول بعدم القدرة على الإنجاب، وتحديد نسبتها مؤقتة كانت أو دائمة وبالخصوص في جانب الزوج، الذي كان يعتقد أنه فحل بطبعه لا يتصور منه عدم النسل وأن العقم مرض أنثوي.

وهو ما يفهم من عموم الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج التي اعتبرت بأن كل ضرر معتبر شرعا يمكن أن يكون أساسا لطلب الزوجة بالتطليق لتضررها من عقم زوجها. ووفق دراسة ميدانية فإن عدم الإنجاب لم يعد ذي وزن في إنهاء الحياة الزوجية بنسبة (52%)<sup>1</sup>.

كانت تلك هي آثار العقم على العلاقة الزوجية، كونه العائق الأكثر بروزا للإنجاب، وبقي لنا التطرق للعوائق الاجتماعية والقانونية، التي قد تشكل هي الأخرى عقبة أمام الإنجاب.

## المطلب الرابع

### العوائق الاجتماعية والقانونية

لا تقتصر عوائق الإنجاب في تلك الأسباب الذاتية. بل تمتد إلى عوائق خارجة عن نطاق ذاتية الأزواج تحكمها عوامل إجتماعية، قانونية، سنحاول في هذا المطلب الوقوف على أهمها. فأما الإجتماعية، فأهمها تتجلى في المغالاة في المهور، ومشكل توفير مسكن الزوجية(الفرع الأول)، وأما القانونية، فتتمثل في قصور بعض نصوص قانون الأسرة، وكذا ظهور عوامة تحديد النسل(الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### العوائق الاجتماعية

هي عوائق مرتبطة أساسا بالقدرة المالية للمقبل على الزواج، فعلى أساسها يكون الإقبال أو العزوف مما يؤثر ذلك بصفة مباشرة على تكوين الأسر والإنجاب. ولعل أهمها المغالاة في مهر الفتاة، كونها مسألة قد يتدخل فيها الأولياء(أولا)، وكذا قدرة الرجل على توفير مسكن الزوجية، لتحقيق السكن والاستقرار، وهو أيضا عامل يرجع إلى مدى اهتمام الدولة بمثل هذه المعضلة(ثانيا).

<sup>1</sup>-مصلي رضوان، مداني سليمة، أسباب الطلاق في الجزائر دراسة ميدانية ببلدية بوفاريك، ع32، ج02، جوان 2018، حوليات جامعة الجزائر1، ص.400.

## أولاً: المغالاة في المهور

أقرت النصوص الشرعية مشروعية المهر، وهو العوض في النكاح ونحوه<sup>1</sup>، ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار المهر واجب شرعاً<sup>2</sup>. غير أنهم اختلفوا في الحكم الشرعي، فيرى المالكية أنه شرط لصحة العقد<sup>3</sup>، والآية التي ذكرناه اشتطت إتيان المهر لتمييز النكاح عن السفاح<sup>4</sup>. وأما بعضهم فاعتبر المهر ركناً في العقد، بمعنى " لا يصح اشتراط إسقاطه لا أن يشترط تسميته عند العقد<sup>5</sup>، وهو خلاف لما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة في القول بصحة العقد، حالة شرط نفي المهر في النكاح<sup>6</sup>.

## أ- مقدار المهر

لمعرفة مقدار المهر المشروع يستلزم الرجوع إلى آراء الفقهاء في المسألة النصوص الشرعية الدالة على ذلك من القرآن والسنة مع الفهم والاستنباط والقياس، وعليه فالحديث عن مقدار المهر يتأرجح بين حده الأكثر والأقل المطلوب.

## I- المقدار الأكثر للمهر

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثر المهر<sup>7</sup>، لقول الله تعالى «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ»<sup>8</sup>، والرسول ﷺ لم يضبطه بحد لا يزداد ولا

<sup>1</sup> - شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج 03، ص 375.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 39، ص 151؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ج 02، ص 434.

<sup>3</sup> - بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج 03، ص 271.

<sup>4</sup> - محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج 05، ص 08.

<sup>5</sup> - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، ج 2، تح، محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص 294.

<sup>6</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج 39، ص 152.

<sup>7</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج 39، ص 160؛ لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 99؛ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح. علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 09، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م، ص 396.

<sup>8</sup> - سورة النساء، جزء من الآية 20.

ينقص عليه، بل هو أمر متروك للعرف، " إذ العادات في إظهار الإهتمام مختلفة والرغبات لها مواهب شتى، وهم في المشاحة طبقات، فلا يمكن تحديده عليهم كما لا يمكن أن نضبط ثمن الأشياء المرغوبة بحد مخصوص"<sup>1</sup>.  
 وحكى الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قام خطيباً فقال: " لا تغالوا في صدقات النساء، فما بلغني أن أحدا ساق أكثر مما ساقه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا جعلت الفضل في بيت المال"، فاعترضته امرأة من نساء قريش فقالت: يعطينا الله وتمنعنا. كتاب الله أحق أن يتبع، قال الله تعالى «وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا»، فرجع عمر وقال كل أحد يصنع بماله ما شاء فكل الناس أفقه من عمر حتى امرأة<sup>2</sup>.

وقد رغبت السنة في عدم المغالاة في المهور، لما روي عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة"<sup>3</sup>، وعلق الشوكاني على ذلك بالقول: "فيه دليل على أفضلية النكاح مع قلة المهر، وأن الزواج الزواج بمهر قليل مندوب إليه، لأن المهر إذا كان قليلاً لم يستصعب النكاح من يريده، فيكثر الزواج المرغوب فيه ويقدر عليه الفقراء ويكثر النسل الذي هو أهم مطالب النكاح"<sup>4</sup> وبهذا قال ابن قدامة<sup>5</sup>، والإمام الشافعي<sup>6</sup>.  
 ويرى بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن كثرة الصداق لا تكره ما لم تبلغ حد التفاخر والتبذير، وكانت سبباً للاستدانة أو السؤال والاستعانة بالغير، إذ يمكن اعتبار ذلك ضوابط تكفل المصلحة وتذهب المشقة<sup>7</sup>.

## II-المقدار الأقل للمهر

بخلاف اتفاق الفقهاء على أن لا حد لأكثر الصداق، فإنهم اختلفوا في حد أقل المهر على النحو التالي:  
 فالمالكية، عندهم أقل المهر ربع دينار قياساً على القطع في السرقة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>- الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله ابن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، تح. السيد سابق، ج2، ط01، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، 1426هـ-2005، ص199.  
<sup>2</sup>- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ج09، ص396. لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج10، المرجع السابق، ص100.  
<sup>3</sup>- أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج10، ح.ر. 25861، ص307.  
<sup>4</sup>- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، كتاب الصداق، ص1222.  
<sup>5</sup>- "وأما أكثر الصداق، فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم... ويستحب أن لا يغلى الصداق"؛ لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع نفسه، ج10، ص100.  
<sup>6</sup>- "والقصد في الصداق أحب إلينا وأستحب ألا يزداد في المهر على ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم نساؤه وبناته، وذلك خمسمائة درهم طلباً للبركة في موافقة كل أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم"؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج06، ص151-152.  
<sup>7</sup>- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، المرجع السابق، ج02، ص357.  
<sup>8</sup>- بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج03، ص274.

والحنفية، عندهم أقل المهر عشرة دراهم، استدلالا كذلك بنصاب السرقة<sup>1</sup>.  
والحنابلة، عندهم كل ما كان مالا جاز أن يكون صدقا، ويدفع فيه القليل والكثير مع عدم صحة القول بالقياس على حد السرقة، إذ النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته<sup>2</sup>.  
وأما الشافعية، فرأيهم موافق لما ذهب إليه الحنابلة، "فضابطه كل ما صح كونه مبيعا عوضا أو معوضا عينا أو منفعة كثيرا أو قليلا ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول"<sup>3</sup>، "فأقل ما يجوز في المهر أقل ما يتمول الناس وما لو استهلكه رجل لرجل كانت له قيمة"<sup>4</sup>.

وما يستشف من ذلك أن الفقهاء اتفقوا في الأخير على أن قليل المهر هو ما يتمول به الإنسان عادة، فيكون بذلك مختلفا من عصر لآخر وبحسب كل عرف، إذ لا فائدة في التقييد<sup>5</sup>. فلو كان التحديد لازما في المهر ما صح النكاح بدونه إذ المهر ليس هو المقصود، بل هو نحلة تابعة<sup>6</sup>.

### ب-عوامل المغالاة في المهور والبدائل العلاجية

لقد استفحلت ظاهرة مغالاة المهور في الوقت الحاضر بصفة جليلة مقارنة مع الأزمنة الماضية، بسبب المتغيرات التي عرفتتها المجتمعات المسلمة، أدت إلى بروز جملة من العوامل يمكن ذكر بعضها، مع إرفاقها بجملة من البدائل للتقليل من حدة هذه الظاهرة فيما يلي:

### I-عوامل المغالاة في المهور

-تركيبية المهر الممنوح للزوجة، فهو يختلف من منطقة لأخرى، إذ يقتصر بعض الأولياء على المبلغ المالي النقدي المتداول عندهم، في حين يتعداه إلى مقدار من الذهب، أو ما يعرف بالخاتم أو الشبكة، ولا شك أن هذا مما يعجز عنه الشباب الراغبين في الزواج أو في بعض الألبسة أو المواشي وأصناف معينة من الحلويات.

<sup>1</sup>-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ج3، ص.305.

<sup>2</sup>-لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المعني، المرجع السابق، ج10، ص.99.

<sup>3</sup>-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص.292.

<sup>4</sup>-محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص.150.

<sup>5</sup>-فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص.25.

<sup>6</sup>-ابن تيمية، المرجع السابق، ج29، ص.53.

- حب التفاخر والتباهي لدى الأولياء أو المرأة نفسها بقيمة المهر المقدم لها، لأن المعيار المعمول به في تقدير مكانة الزوج يكون بقدر ما يدفعه وليس بدافع آخر، وهذا خلاف لما أقرته شريعتنا السمحاء، بل هو في الأصل ضرب لقيم الأخلاق والشيم الرفيعة، فتكون المرأة سلعة تباع وتشتري.

- الحفلات التي يقيمها طرفا العلاقة الزوجية، فقد أصبح من المسلم لكثير منهما عدم الاقتصار على وليمة العرس فقط، بل هناك عدة حفلات تسبقها، كحفلة الخطبة، وحفلة الخاتم، وحفلة عقد القران الشرعي، وحفلة عقد القران المدني، وكل واحدة منها لها متطلباتها وزخارفها، وغالبا ما إن لم نجزم به أن الخاطب أو الزوج هو الذي يتحمل تلك المصاريف، مع ما يقابله من غلاء في المعيشة. يضاف إلى ذلك كله ما ينفق على وليمة العرس وما تحمله من أعباء مكلفة تصرف فيها الأموال الطائلة، فيلجأ الزوج إلى الاستدانة والقرض، والأمر ليس مقصورا عليه، بل حتى الزوجة وما يستلزم لديها لتجهيز بيت الزوجية، والملابس وكل ذلك يتحمله الوالدين. وإن كان لا يعلم أن للعروس وليمة تلزمها، بل هي واجبة على كل من يني بأهله<sup>1</sup>، لقول النبي ﷺ لما خطب علي فاطمة عليها السلام: "إنه لا بد للعرس<sup>2</sup> - وفي رواية: للعروس<sup>3</sup> من وليمة".

- تحجج بعض الأولياء بادخار المهر عند الضرورة، فيضمن بذلك ما تحتاجه ابنته مستقبلا، في حين أن هذا التصرف يزعزع الثقة بين الولي والخاطب، وهو ما عبر عنه أحدهم بالقول "يضعون سوء الظن تاجا على رأس ذلك الزوج" مما يثير حفيظة الزوج وأهله<sup>4</sup>.

وما دام أن الزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لحفظ مقصد النسل، والمهر وسيلة تفضي إلى تحقق الزواج، فالعلاقة هنا تكون متعددة، بمعنى أن المهر هو وسيلة الوسيلة ويكون مآل الوسيلة إذا عارض المقصد الإسقاط، فحكمه كما تقدم هو الوجوب شرعا. غير أنها ليست محددة المقدار بالنص الصريح بل ترجع في الغالب إلى

<sup>1</sup>- أبي عبد المعز محمد علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية ومعه فتاوى الخطبة والعقد، ط10، دار العواصم للنشر والتوزيع، الجزائر، 1436هـ-2010، ص.32.

<sup>2</sup>- أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج09، ح.ر 23681، ص.426-427.

<sup>3</sup>- يقال: الرجل عروس، كما يقال: للمرأة، وهو إسم لهما عند دخول أحدهما بالآخر؛ وفي حديث ابن عمر "أن امرأة قالت له: إن ابنتي عُروسٌ، وقد تمعط شعرها"، هي تصغير العروس، ولم تلحقه تاء التأنيث وإن كان مؤنثا، لقيام الحرف الرابع مقامه؛ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري ابن الأثير، المرجع السابق، ص.603.

<sup>4</sup>- فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص.145.

الأعراف، فيكون من نتائج المغالاة في المهور التقليل من نسب الزواج إن لم يقطعه بالكلية، وهو ما لا يتحقق معه إيجاد النسل واستمراره<sup>1</sup>.

## II- البدائل العلاجية لظاهرة المغالاة في المهور

- ترشيد مسألة المهور لتسهيل الزواج، فقد قال الله عز وجل « وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ۚ »<sup>2</sup>، فهذه الآية دالة على تزويج الفقير، لأن رزقه على الله تعالى، بل قال بعضهم أنها حجة على من قال " إن القاضي يفرق بين الزوجين إذا كان الزوج فقيراً لا يقدر على النفقة"<sup>3</sup>.

وما جاء في الحديث أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"<sup>4</sup>، ففي هذا الحديث دعوة إلى تزويج الشباب الصالح وإن كان غير قادر، إذ العبرة بالخلق، لأنه مقدم على المال والجمال<sup>5</sup>.

ولعل مسألة ترشيد المهور قد تأتي ثمارها باللجوء إلى بعض السبل المنتهجة وأهمها ما يلي:

- نشر التوعية حول خطورة الرفع من المهور، فتوعية الناس تكون بوسائل الإعلام المتاحة، وإلقاء الخطب في المساجد، وأثناء المناسبات بالتحذير من التباهي في المهور، والترغيب على الاصطلاح بينهم على مهر معين، كأن يكون لكل بلد أو قبيلة مقدار معين<sup>6</sup>، مع التنبيه إلى أن كثرة الصداق تجلب بغض الزوج لزوجته وتيسيره يزرع الألفة والمحبة في قلبه<sup>7</sup>.

- إنشاء صندوق الزواج، إذ يعتبر من السبل الناجعة لتحقيق الدعم المادي والنفسي للشباب الراغبين في الزواج، مع إخضاعه لرقابة الدولة، يساهم في تمويله أفراد المجتمع ميسوري الحال، وتكون الاستفادة منه، إما على شكل

<sup>1</sup>- فريدة بنت صادق زوزو، المرجع السابق، ص. 146.

<sup>2</sup>- سورة النور، الآية 32.

<sup>3</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 15، ص. 233.

<sup>4</sup>- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، مج 01، ط 01، مكتبة المعارف، الرياض، 1420هـ-2000م، ص. 551.

- وفي رواية أخرى "... وفساد كبير"، ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، ج 04، د. ط، دار الكتب العلمية، بيروت، ص. 301.

<sup>5</sup>- ابن العربي المالكي، المرجع نفسه، ص. 301.

<sup>6</sup>- الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المرجع السابق، مج 02، ص. 487.

<sup>7</sup>- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، المرجع السابق، ج 02، ص. 358؛ أحمد السيد علي إبراهيم تحذير الأولياء من المغالاة في تجهيز النساء، مجلة التوحيد، أنصار السنة المحمدية، المركز العام، م. دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، السنة الخامسة والأربعون، 1437هـ، ع 540، ص. 48.

فرض لدفع المهر يتم إرجاعه بتسديد أفساط شهرية، وإما بدون إرجاع إذا تم منحه على أساس مال زكاة، بعد التحقق من الشخص طالب الزواج إذا كان من مستحقي الزكاة. وقد أقر مثل هذا الإجراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية كونه مشروع خيري مبني على القواعد والأصول الشرعية ذو أهداف جليلة<sup>1</sup>.

وهذا النوع من التكافل كان معهودا منذ القدم، فقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه "رد المظالم وصرف إلى كل ذي حق حقه، فكان مناديه في كل يوم ينادي: أين الغارمون؟ أين الناكحون؟ أين المساكين؟ أين اليتامى؟ حتى أغني كلا من هؤلاء"<sup>2</sup>.

### ثانيا: توفير مسكن الزوجية

ومسكن الزوجية مطلوب شرعا(أ)، وقانونا(ب).

#### أ- مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية

أقر الفقهاء بوجوب المسكن للزوجة، بدليل قوله تعالى «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ»<sup>3</sup>، وهذا الوجوب إن كان للمطلقة، فالزوجة التي في عصمته تكون أولى به<sup>4</sup>، فهي لا يمكنها يمكنها أن تستغني عن المسكن، إذ به تستتر وتتصرف وتحفظ متاعها، لذلك يكون واجبا لها لمصلحتها في دوام عشرتها، فيكون حكمه حكم النفقة والكسوة. وإن كانت القاعدة تقضي أن ما كان تمليكا يراعى فيه حال الزوج، كالنفقة والكسوة والأواني، وما كان إمتاعا، كالمسكن والخدم، يراعى فيه حال الزوجة<sup>5</sup>، وكل ذلك يندرج ضمن المعاشرة بالمعروف لقوله تعالى «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-فهد بن ناصر بن إبراهيم السلیمان، مجموع فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن صالح العثيمين، ط01، مج18، دار الثريا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ-2003م، ص449 إلى 451.

<sup>2</sup>-أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، البداية والنهاية، ج09، ط08، مكتبة المعارف، بيروت، 1410هـ-1990م، ص.200.

<sup>3</sup>-سورة الطلاق، جزء من الآية 06.

<sup>4</sup>-لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج11، المرجع السابق، ص.355، سليمان محمد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، المرجع السابق، ج04، ص.464.

<sup>5</sup>- سليمان محمد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، المرجع نفسه، ج04، شرح ص.464.

<sup>6</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 19.

## ب- مسكن الزوجية في قانون الأسرة

اعتبر المشرع الأسري أن مسكن الزوجية داخل في عموم النفقة على الزوجة، حسب ما نص عليه في المادة 78 ق.أ " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". لذلك، فمسكن الزوجية يعتبر من مشتملات النفقة، وهي واجبة على الزوج بنص المادة 74 ق.أ. ويمكن للقاضي أن يقدر للزوجة أجره المسكن إذا تعذر على الزوج أن يهيئ لها مسكناً عملاً بالمادة 79 من نفس القانون، وهو الذي استقر عليه القضاء، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/04/15 أنه: " حيث أن السكن أو أجرته، يعدان طبقاً لأحكام المادة 78 ق.أ، من مشتملات النفقة،.... كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقاً لأحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت، وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بشأنها لا تكتسب إلا حجية مؤقتة"<sup>1</sup>.

وفي قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1985/11/04 جاء فيه: "متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم"<sup>2</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن المشرع زيادة على أنه لم يفرد لمسكن الزوجية نصاً قانونياً، فهو كذلك لم يتطرق لا إلى مستلزماته، ولا إلى مكان تواجده هل في محل إقامته؟ أو مكان عمله؟. وهل بإمكان أي من الزوجين أن يسكن معه من يشاء من أهله أو أقاربه أو أولاده أو أبويه العاجزين؟. أما على الساحة القضائية، فإن المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة<sup>3</sup>.

ولو أتينا إلى الواقع الاجتماعي لوجدنا أن أزمة السكن باتت أزمة وطنية<sup>4</sup>، نظراً للطلب المتزايد أمام عجز عجز الدولة في تلبيةه بسبب قصور السياسات المنتهجة في هذا المجال. بما فيها تماطل المشاريع وعدم تبني نظام مالي وعدم الموازنة في توزيع السكنات، يضاف إليه المضاربة غير المشروعة على العقارات<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2010/04/15، ملف رقم. 554808، م.م.ع، 2010، ع01، ص. 241 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1985/11/04، ملف رقم. 38331، م.ق، 1989، ع01، ص. 101.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1985/11/04، المرجع نفسه، ص. 101.

- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم. 358665، م.م.ع، 2006، ع01، ص. 491.

<sup>4</sup> - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005، ص. 134.

<sup>5</sup> - قشطلوي صبيحة، عوامل تأخر سن الزواج عند الشباب الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص. 64.

ومما لا يمكن جحوده أن للسكن أثرين متعاقبين على الإنجاب، فهو يمس فئتي الشباب العزاب والمتزوجين معاً، إذ بانعدامه يتأخر سن الزواج بعزوف الشباب عليه، فتقل الأسر وتتضاءل نسبة الإنجاب. كما يكون عائقاً أمام الأزواج في التكاثر من الأولاد واللجوء إلى سبيل التحديد أو القطع.

وحتى صياغة النصوص القانونية المنظمة للعلاقات الأسرية، لمن شأنها أن تشكل عائقاً أمام الإنجاب، وبمجملمها قد تشكل سياسة تشريعية تنتهجها الدولة ولو بصفة ضمنية، بعد التأثر بالتغيرات الدولية للمجتمعات، كل ذلك ينعكس بالسلب على الإنجاب.

## الفرع الثاني

### العوائق القانونية للإنجاب

تتأثر مسألة الإنجاب تأثراً بالغاً بطبيعة ونمطية النصوص القانونية المكرسة، لاسيما تلك المنظمة للعلاقات الأسرية. فشروط الزواج القانونية بحسب حالتها إما أن تكون محفزة للإنجاب أو قد تنقص منه، خاصة في ظل ارتفاع نسبة النمو الديمغرافي في الكثير من الدول (أولاً)، وظهور دعاية التقليل من النسل وتحديده، والمجتمع الجزائري ليس بالبعيد عن مثل هذه الإجراءات (ثانياً).

#### أولاً: قصور بعض نصوص قانون الأسرة

نعالج هذا القصور القانوني بتحليل نص المادة 07 ق.أ(أ)، ونص المادة 08 من نفس القانون(ب).

#### أ- نص المادة 07

حددت أهلية الزواج بتمام سن 19 سنة للرجل والمرأة<sup>1</sup>، وبموجبها تم التخفيض من سن الزواج للرجل بعدما كانت 21 سنة ضمن القانون رقم 84-11، مع الرفع منها في جانب المرأة بعدما كانت 18 سنة<sup>2</sup>.

يمكن القول بأن تحديد أهلية الزواج بسن معينة، يعد في حد ذاته عائقاً أمام مسألة الإنجاب، وإن كان قصد المشرع من هذا التعديل في كل مرة يبقى غير مبرر. خاصة وأنه يساوي بين الذكر والأنثى رغم الاختلاف

<sup>1</sup>-نص المادة 07 على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وللقاضى أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

<sup>2</sup>-أنظر؛ المادة 07 قبل التعديل ضمن القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، المؤرخة في 12/06/1984، ع24، ص.910.

البين في الطبيعة البيولوجية لكل منهما، وإن اعتبره البعض<sup>1</sup> مساواة شكلية أكثر منها جوهرية. وفي نظر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الزواج أساسه البلوغ أصلاً، لقول الله تعالى «وَأَبْتَلُوا أَلْتَمَتُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»، والبلوغ هو الحلم<sup>2</sup>، لقول الله تعالى «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ»<sup>3</sup>، أما احتياطاً، فيؤخذ بالسن عند عدم وجود علامة من علامات البلوغ، مع اختلاف أقوال المذاهب الأربعة في السن المقررة، وحسابها يكون بالأشهر القمرية لا بالميلادية، فالشافعية، والمالكية، والحنابلة، يقولون بالمساواة في السن بين الجنسين، أما أبو حنيفة، فيرى بأن الأنتى تنقص عن الذكر لأنها أسرع منه بلوغاً<sup>4</sup>.

إذا كان المشرع قد سمح بالزواج استثناء قبل بلوغ سن 19 بشرط الحصول على ترخيص من القاضي، وبعد التأكد من تحقق المصلحة، أو الضرورة وقدرة الطرفين على الزواج، فهو إجراء يبقى رهن السلطة التقديرية للقاضي من جهة. ومن جهة أخرى قد يلقي عزوفاً من طرف المقبلين على الزواج أو عدم قبوله اجتماعياً لاسيما، من طرف الأولياء، وهو ما يجعله على المدى البعيد عائقاً محققاً لاتساع رقعة الإنجاب.

لقد اعتبر البعض<sup>5</sup>، أن إغفال المشرع لتحديد السن الأدنى فيه توسعة للاستثناء بمنح الترخيص لمن لم يبلغ سن 16 سنة لعدم وجود رقابة على سلطة القاضي، والأجدر تحديد ذلك بسنة أو سنتين قبل بلوغ أهلية الزواج. في حين يرى البعض الآخر<sup>6</sup>، أن القاضي في كل الأحوال، لا يمكنه النزول عن سن التمييز، الذي هو 13 سنة حسب نص المادة 42 من القانون المدني، ويبقى تزويج الصغير في رأي الفقه يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ<sup>7</sup>.

وإن قيل أن تحديد السن قرينة على أهلية الزواج، فالرد بما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية بإقرار الراغب في الزواج بالبلوغ، فلا يدركه إلا هو. وأن الإطلاع عليه فيه عسر شديد، شريطة أن لا يكون بحال مربية أو عملاً بأمر النبي ﷺ بالكشف عن من شك في بلوغه. كما فعل في غلمان بني قريظة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>-مهداوي حسين، المرجع السابق، ص.16.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.06، ص.61.

<sup>3</sup>-سورة النور، جزء من الآية 59.

<sup>4</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.08، ص.191؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج.06، ص.62-64.

<sup>5</sup>-مهداوي حسين، المرجع نفسه، ص.16.

<sup>6</sup>-شامي أحمد، المرجع السابق، ص.32.

<sup>7</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي..، المرجع السابق، ج.07، ص.179؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.س.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، ص.155.

<sup>8</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج.08، ص.193-194.

إن ما ذكرناه ما هو إلا محاولة للكشف عن التعارض الحاصل بين الراغبين في الزواج وبين قيد سن الزواج، وهو تعارض نعه عائقا للإنجاب وتكثير النسل، مع القول بقصور ونسبية النصوص القانونية المنظمة له. خاصة بالنسبة للشباب البالغين الشغوفين لتكوين أسرة، مع قدرتهم على تحمل تبعات ومؤون النكاح. وتزداد حدة ذلك التعارض بالنسبة للمرأة التي لها السبق غالبا في الخصوبة والقدرة على الإنجاب.

غير أن الزواج العربي يبقى دائما المنفذ للتحايل على السن القانونية للزواج، في ظل غياب إقرار المسؤولية حالئذ.

## ب- نص المادة 08

ذكرنا فيما سبق، أن العقم قد يكون الدافع إلى تعدد الزوجات، غير أنه في هذا الموضوع سنحاول إبراز القصور القانوني الذي أورده المادة 08 ق.أ، وبالأخص شرط توفر المبرر الشرعي.

فقد نصت هذه المادة على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت نية العدل". أما المادة 19 من نفس القانون، فنصت على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فالمبرر الشرعي الذي ورد في هذه المادة جاء بصيغة العموم دون تحديد لماهيته، ولا المعيار المتبع في تحديده. بل هو أمر متروك للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، مما يجعله مخولا للإطلاع على الحقائق، وفضح أسرار الحياة الزوجية، وإهدار للإرادة الشخصية. إذ الزواج أمر شخصي بحت، وأسرار البيت المغلقة لا يعلم بها أحد غير الزوجين<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى المنشور الوزاري رقم 84-102 المؤرخ في 1984/12/23 نجد أن المبرر الشرعي محصور في حالتين لا ثالث لهما:

- 1- أن تكون الزوجة مريضة مرضا مزمنًا موثقًا بشهادة طبية من طبيب مختص.
- 2- ثبوت عقم الزوجة بشهادة طبية كذلك.

إن هذا الحصر الوارد فيه إجحاف لحق الرجل والمرأة، مع العلم بوجود مبررات يعظم شأنها تصل بالشخص إلى درجة مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو طلاق زوجته بالرغم من تقبلها للزواج عليها بثانية وهذا في ظل انعدام المبررين السالفين<sup>2</sup>. غير أنه بتاريخ 1985/08/22 صدر المنشور الوزاري رقم 85-14

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج07، ص172.

<sup>2</sup>-بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي، تمنراست، جوان 2012، ع39، ص39.

أضيفت فيه حالات يقدرها القاضي، كحالة رضا الزوجة، أو وجود دعوى طلاق مرفوعة تثبت بشهادة من كتابة الضبط<sup>1</sup>.

وعليه، فمصطلح المبرر الشرعي، يكون غير ملائم الاستعمال، على أساس أن مبررات التعدد في الشريعة الإسلامية غير محصورة، ما دام أن الرجل قادر على تحقيق العدل الشرعي، فقد يكون مبرر التعدد بدافع ديني محض، يكمن في إحياء سنة المصطفى ﷺ التي ترغب في تحصين النفس وتكثير النسل. وفي المقابل كذلك فيمكن الإفلات من هذا القيد عن طريق التعدد بالزواج العرفي.

### ثانياً: عولمة تحديد النسل

والإنجاب قد تحده المتغيرات الاجتماعية، والدعائية الدولية، أهمها ظهور عولمة فكرة تحديد النسل، بحجة إحداث التوازن بين السكان، والإمكانيات المساعدة على الحياة المريحة على وجه الأرض (أ)، وذلك من خلال الدعوة إلى استحداث نصوص قانونية تعمل على تحقيق ذلك، وتأثر المشرع بمثل هذه الحركة أمر غير مستبعد، وإن كان الأمر يعود إلى خصوصية كل مجتمع، كتوفير الأمن وعدم التخوف من جرائم اختطاف الأطفال (ب).

### أ- ظهور حركة تحديد النسل

تكمن الغاية من عولمة تحديد النسل في ترغيب الناس في التقليل من الإنجاب، بدءاً بالدعاية إلى توفير كل وسيلة وتهيتها، بحيث لا يبقى في المجتمع رجل أو امرأة لا يستطيع الاستعانة بها. فالوجه الظاهر لهذه الغاية إن كان هو تنظيم النسل، فإن الوجه الخفي لها يقصد به وقف النسل الإنساني عن النمو والزيادة. وأصل ظهوره هذه الحركة كان في أوروبا أواخر القرن الثامن عشر ميلادي، بدعوى من الاقتصادي الإنجليزي مالتوس، الذي كان يرى أن التزايد الهائل للسكان، مقارنة بالأمكنة الجديرة بالسكنى على سطح الأرض، يستلزم معه العمل على تجنب عدم التوازن بينهما حفاظاً على رفاهية الإنسان المادية والرخاء الاقتصادي<sup>2</sup>.

ويعد نقص وسائل المعيشة، وخطرها على الوجود البشري، هو في نظر المؤيدين المبرر الرئيسي لهذه الحركة بقولهم "أن المساحة الصالحة للسكنى على وجه الأرض محدودة. كما أن وسائل الإنسان لكسب معاشه محدودة ولكن أهلية النسل الإنساني للنمو والزيادة غير محدودة"<sup>3</sup>، لذلك ينبغي مايلي:

<sup>1</sup>- كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ديسمبر 2017، مج. ب، ع48، ص. 375.

<sup>2</sup>- أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص. 02؛ محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مكتبة الفرابي، دمشق، د.س.ن، ص. 38.

<sup>3</sup>- أبو الأعلى المودودي، المرجع نفسه، ص. 19.

1- تشجيع الشباب على الزواج بعد التقدم في السن.

2- توعية الأزواج على الإقلال من الإنجاب بمختلف الوسائل.

إن هذه الدعاية التي لاقت رواجاً واسعاً في المجتمعات الغربية، وصلت إلى حد إصدار قانون يحدد النسل، إلا أنها لم تكن كذلك في أية دولة من الدول المسلمة<sup>1</sup>، لأن قيم الدين الإسلامي تنفي مبررات هذه الدعاية، لكونها مبنية على التكافل والتضامن والصدقة على الفقراء وحفظ مال الأيتام، كما أن أحكامه تنهى عن البخل والأثرة والأنانية، بل تغرس في نفس الإنسان حب الجماعة وحسن الخلق، الذي تتنافى معه دواعي تحديد النسل وأسبابه أبداً<sup>2</sup>.

ويمكن للمتأمل في المجتمع الجزائري أن يلمس الأثر الذي أفرزته هذه الحركة، ولو بصفة غير مباشرة من خلال ما يلي:

- تغير نمط الأسر الجزائرية بظهور الأسرة النووية المتكونة من الزوجين وقليل من الأولاد غير المتزوجين يقطنون في مسكن واحد، ومن أهم مميزاتهما أنها تنظم حياتهما ومعيشتهما بصورة شعورية واختيارية تعتمد على رغبات الزوجين واتجاههما، أي ذات حجم أسري مختصر<sup>3</sup>، فهذا النوع من الأسر ما هو إلا دليل على التأثير بفكرة التقليل من الإنجاب، وإن وجد تبرير لمثل هذا النوع من الأسر، كالهروب من المشاكل العائلية وتحمل نفقات عائلية زائدة.

- عمل المرأة الذي له ارتباط وثيق بعملية الإنجاب، فإذا كانت المرأة في وقت غير بعيد تستمد مكانتها من كثرة الإنجاب، فإنه في الوقت الحالي تجد تلك المكانة في عملها، فالعمل يفرض عليها واجبات غير الإنجاب<sup>4</sup>.

### ب- مدى تأثير المشرع بحركة تحديد النسل

تناول المشرع تنظيم الإنجاب بموجب أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في الفصل الخامس<sup>5</sup>، تحت عنوان تدابير حماية الطفولة والأمومة، فلقد نصت المادة 70

<sup>1</sup> - سعد جميل سليم الرئيس، النسل حفظه وتنظيمه دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، 1433هـ-2012م، ص.126.

<sup>2</sup> - أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص.64.

<sup>3</sup> - سهام جبالي، الوسط الحضري وتأثيره على التربية الأسرية- الأسرة الجزائرية نموذجاً، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة، 2014، ع.16، ص.15.

<sup>4</sup> - العكروفي علي، المرجع السابق، ص.112؛ صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، أطروحة للحصول على درجة الماجستير في الفقه و الشريعة، جامعة نابلس-فلسطين، 2005، ص.70.

<sup>5</sup> - قانون حماية الصحة وترقيتها، الفصل الخامس في مواده من 67 إلى 75.

صراحة على مسألة تنظيم النسل بقولها: " يكون تباعد فترات الحمل موضوع برنامج وطني يرمي إلى ضمان توازن عائلي منسجم ويحفظ حياة الأم وطفلها وصحتها".

فالمشرع أقر ضرورة توفير الحماية اللازمة للعائلة الجزائرية بخلق الظروف الطبية والاجتماعية الملائمة، من خلال المحافظة على صحة الأم والطفل وكذا نموه الحركي والنفسي، حيث نص على أن تباعد فترات الحمل يكون موضوع برنامج وطني منسجم يساعد على تحقيق ذلك.

إن تنفيذ البرنامج الذي أشارت إليه المادة 70 السالفة الذكر، لا يعتبر قانونا عاما يلزم العائلات بوجود تنظيم النسل أو تحديده وإنما يكون تنفيذه بطريقة ضمنية، بواسطة غرس ثقافة تنظيم النسل في المجتمع الجزائري وذلك بتوفير الوسائل المساعدة على المنع المؤقت للحمل والترويج له، حيث نصت المادة 71 من ذات القانون بقولها " توضع وسائل ملائمة تحت تصرف السكان لتنفيذ البرنامج الوطني في مجال تباعد فترات الحمل".

وعليه، فهذه النصوص لها دلالة على تأثير المشرع بهذه الحركة، وإن لم يرق ذلك الأثر إلى درجة القول بتحديد النسل، فما أورده المادة 71 هو واقع ملموس في المجتمع الجزائري، فالوسائل المساعدة على تباعد فترات الحمل ومنعه مؤقتا هي موجودة بشكل واسع، منها ما يوجد على مستوى الصيدليات ومنها ما هو من صلاحيات المستشفيات والعيادات المتخصصة. وهذا التفسير ليس على إطلاقه، إذ قد يكون الهدف من ذلك هو النظرة المستقبلية للأطفال بتوفير جو عائلي ملائم، ما يبقى النظر في ذلك يتطلب الإحاطة بالمسألة من جميع جوانبها.

لقد تأكد هذا الأثر في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، في المادة 71 التي تنص على أنه: " يشكل التنظيم العائلي أولوية للصحة العمومية ويساهم في الحفاظ على صحة الأم والطفل.

وتعده هياكل ومؤسسات الصحة وتنفذه عبر كل التدابير والترتيبات الصحية والاجتماعية والتربوية وكذا الإتصال والتحسيس"، فقد جعل المشرع من التخطيط العائلي أولوية للصحة العمومية، تنفذه المؤسسات الصحية والتربوية، باتخاذ كافة التدابير اللازمة، وكذا الحملات التحسيسية.

كما أن المادة 36 من قانون الأسرة في فقرتها الرابعة نصت على أن "...التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات". فأصبح تسيير شؤون الأسرة بما فيها تباعد الولادات من حقوق وواجبات كلا الزوجين، وهذا تكريس للحرية التامة لهما في تقرير ذلك. وهنا يكون المشرع قد ساير مجمع الفقه الإسلامي في إباحة تنظيم النسل وعدم تحديده، بإصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب.

والتباعد في الولادات له صلة بمدى تمتع الزوجة بصحة إنجابية ملائمة، غير أن ذلك يحده عوامل، كقوامة الرجل التي تقتزن بها طاعة الزوجة، مبدأ المساواة بين الزوجين، هذا ما سوف يكون له نصيب من الشرح في الفصل الموالي، الذي سنعالج فيه الصحة الإنجابية وبعض جوانبها القانونية.

## الفصل الثاني

### الصحة الإنجابية في التشريع الجزائري

تعد الصحة الإنجابية من المسائل الهامة في المجتمع، لما يترتب عليها من حماية لأفراد الأسرة جمعياً من الزوج والزوجة وأولادهما نفسياً وعقلياً وجسدياً. وإذا كانت الصحة حق من الحقوق الأساسية للإنسان، فالصحة الإنجابية تعد جزء منها، وهي تشمل مبدئياً الرجل والمرأة على حد سواء، مع إعطاء الأولوية للمرأة لما لها من خصوصية تفرضها تركيبها البيولوجية، وما تتعرض لها من عوامل طوال مراحل حياتها إلى غاية الإنجاب.

والصحة الإنجابية من الموضوعات الواسعة النطاق، وبالرغم من أنها يغلب عليها الجانب الاجتماعي، إلا أننا حاولنا دراستها من الناحية القانونية، بالتطرق لبعض الإشكالات التي لها صلة مباشرة بها، والتي أصبحت من أولويات اهتمام المجتمع الدولي والمحافل الدولية، ومدى تكريسها ضمن القوانين الداخلية للدول، بما فيها القانون الجزائري (المبحث الأول)، ونطاق الصحة الإنجابية يتحدد بحسب طبيعة الإجراء المتخذ لحمايتها، فقد يكون سابق لحدوث الحمل، بتجنيب المرأة والجنين من الأمراض الوراثية التي قد تلحق بهما، أو تلك التي تهدف إلى حمايتهما من التعدي بعد حدوث الحمل، في مراحلها الأولى، أو لحظة خروجه (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الصحة الإنجابية تكريس لمبادئ حقوق الإنسان

إن لحقوق الإنسان علاقة وطيدة بالصحة الإنجابية، لذلك نجد أن انتهاكات حقوق الإنسان تؤدي إلى عواقب صحية وخيمة، في حين لو كان هناك إعمال لحقوق الإنسان، سيترتب عنه تعزيز وتطوير للصحة الإنجابية، ومثال ذلك حالة تقييد حق التنقل للشخص المصاب بمرض معد، ومنعه من الاختلاط حتى مع أهل بيته.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> -فاطمة مجّد العوا، الموائيق الإقليمية لحقوق الإنسان والجهود الإقليمية في ذات المجال، منظمة الصحة العالمية، تقرير الدورة التدريبية حول الصحة وحقوق الإنسان للمهنيين العراقيين، عمان، 24-26 فبراير 2005، العراق، ص. 19.

وإذا كان الحق في الصحة ما هو إلا اختصار لتعريف الحق في الحصول على أعلى مستوى ممكن من الصحة، وليس بالضرورة أن يكون المرء صحيحاً<sup>1</sup>. غير أنه لا بد له من الحصول على الرعاية الصحية، وإقرار ضمانات تحميه، كمبدأ عدم التمييز، والحصول على الأدوية.

وعليه، فمن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى مفهوم الصحة الإنجابية، مع ذكر أهم النصوص الدولية التي أقرتها ضمن المطلب الأول. أما المطلب الثاني، فسنعالج من خلاله الحقوق المرتبطة بالصحة الإنجابية، مع التعرض للقوانين الأساسية التي أقرها المشرع لحمايتها.

## المطلب الأول

### مفهوم الصحة الإنجابية

فالصحة من الأولويات التي يتطلع إليها المجتمع عامة والفرد خاصة، والصحة لغة، بمعنى السلامة، فالصحيح ضد المريض وهي حالة أو ملكة بها تصدر الأفعال عن موضعها سليمة<sup>2</sup>.

أما اصطلاحاً: فالصحة عكس السقم والمرض، بل هي حالة من الانسجام، كما جاء عن منظمة الصحة العالمية سنة 1964 «أن الصحة هي حالة من اكتمال السلامة الجسدية والعقلية والاجتماعية وليست فقط الخلو من المرض والعجز»<sup>3</sup>، ثم توسع هذا التعريف بحلول عام 2000، فأصبح مدلول الصحة يعني به حالة من المعافاة الكاملة بدنياً ونفسياً واجتماعياً لا مجرد انعدام المرض أو العجز<sup>4</sup>.

وإن كان البعض<sup>5</sup>، يرى أن البشرية لا تخلو من المرض البدني والنفسي، ولكن المقصود هو كيفية الوصول بالصحة إلى المستوى المطلوب بالأغراض التالية:

-تحسين الصحة المتوفرة والارتقاء بها.

-الطب الوقائي أو الوقاية الصحية.

<sup>1</sup>- تانيا نورتون، منهج منظمة الصحة العالمية في مجال الصحة وحقوق الإنسان، تقرير عن الاجتماع المشترك بين البلدان حول الصحة وحقوق الإنسان، 12-14 يوليو 2005، بعنوان حقوق الإنسان تدعم الحق في الصحة، القاهرة، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، ص.13.

<sup>2</sup>- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج2، ص.353.

<sup>3</sup>- نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، الكتاب الطبي الجامعي تريض صحة المجتمع، منظمة الصحة العالمية، أكاديميا أنترناشيونال، 2006، ص.16.

<sup>4</sup>- نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، المرجع نفسه، ص.16.

<sup>5</sup>- محمد علي البار، الرعاية الصحية في الإسلام، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ط4، 04، 2004، ع08، ص.247-248.

-الطب العلاجي بالأدوية أو الجراحة.

-التأهيل العلاجي للحالات التي لحقتها إعاقة أو إعادة زرع عضو.

والسبق مشهود لأحكام الشريعة الإسلامية في جميع النواحي، وأهمها الوقاية الصحية، يتجلى ذلك في ما أقرته من إرشادات طبية وقائية عامة، وأخرى خاصة، كالتغريب في الزواج لحفظ الصحة الإنجابية (الفرع الأول)، ويلمس ذلك أيضا في القوانين الوضعية الدولية والوطنية، من خلال النصوص والمبادئ المكرسة لحمايتها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الوقاية الصحية من منظور إسلامي

إن المتأمل في هدي النبي ﷺ يجده أفضل هدي يمكن حفظ الصحة به، إذ أن حفظها يتوقف تبعا لحسن التدبير في المطعم، والمشرب، والملبس، والمسكن، والهواء، والنوم، واليقظة، والحركة، والسكون، والزواج، والإستفراغ والاحتباس. فإذا حصلت هذه الأمور بصفة معتدلة موافقة وملائمة للبدن والمكان والسن والعادة، باتت أقرب لدوام الصحة<sup>1</sup>.

ولعل الصحة والعافية من أجزل نعم الله عز وجل على عباده وأوفرها، وإن كانت العافية المطلقة أعظم نعمة على الوجه المطلق، لذلك ينبغي على من وفق لنصيب منها حفظها وحمايتها عما يضادها. فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: « نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس: الصحة والفراغ »<sup>2</sup>، وقال ﷺ أيضا « من أصبح منكم آمنا في سربه، معافي في جسده، عنده قوت يومه، فكأنما حيزت له الدنيا »<sup>3</sup>.

وتعد الصحة من النعم التي يسأل عنها العبد يوم القيامة عند بعض العلماء، فقد روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ « إن أول ما يسأل عنه يوم القيامة -يعني: العبد من النعيم أن يقال له: ألم نصح لك جسمك، ونرويك من الماء البارد؟ »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج4، ص.196.

<sup>2</sup>- صحيح البخاري، كتاب الرقاق، المرجع السابق، ح.ر.6412، ص.1598.

<sup>3</sup>-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، المرجع السابق، مج02، ح.ر.2346، ص.542-543.

<sup>4</sup>-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، المرجع نفسه، مج03، ح.ر.3358، ص.376.

وما ذكرناه يعد بمثابة الطب الوقائي الذي تحفظ به صحة الإنسان (أولاً)، يضاف إليه الإرشاد إلى التحرز عند الاقدام على الزواج، بتجنب السقيم، والذي يراه جانب من الفقه، أنه يفترض وجوده بتوافر صلة القرابة (ثانياً).

### أولاً: الطب الوقائي في الإسلام لحفظ الصحة

عرف البروفيسور ونسلو الطب الوقائي بأنه: « العلم المتعلق بمنع انتشار الأمراض الجرثومية والنفسية والعضوية، لتحسين أداء الأفراد والمجتمعات، وكل ما يقدمه العلم للحفاظ على الفرد جسمياً ونفسياً يسمى صحة الفرد، أما ما يقدمه للحفاظ على الجماعات والبيئة التي يعيشون فيها فيسمى صحة المجتمع »<sup>1</sup>.

وعرفته الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي على أنه: « علم وفن الوقاية من الأمراض وإطالة العمر وتقوية الصحة الجسمية والعقلية، فهو على المستوى الفردي يرتبط بمفهوم الصحة الشخصية-التغذية، النظافة والرياضة... - ، وأما على مستوى المجتمع فيشبهه في مفهومه الطب الوقائي الفردي، إلا أنه يركز اهتمامه على المجتمع -صحة البيئة- بقصد وقاية المجتمع من الأمراض المعدية وانتشارها أو أمراض سوء التغذية وغيرها »<sup>2</sup>.

والمأمل لأحكام الشريعة الإسلامية يجدها تركز سبلاً عديدة لوقاية صحة الإنسان من العلل (أ)، وإقرار مبدأ العلاج عند وقوع المرض (ب)، واعتبار كل اعتداء على الجسم أنه جناية (ج)، سنذكر ذلك فيما يلي:

### أ- سبل شرعية لوقاية الصحة العامة لجسم الإنسان

تشمل السلوك والعادات والأخلاق، هي في حد ذاتها إرشادات للشخص المسلم، تتمثل فيما يلي:

I- إرشادات تتعلق بالمطعم والمشرب، فقد وردت نصوص قرآنية وأحاديث نبوية عديدة تحث على عدم الإسراف في المأكول والمشرب واستحباب التوسط والاعتدال، فقد قال الله عز وجل: « يَبْنِيْٓ أَدَمَ خُدُوًا زَيْتَكُمۡ عِنۡدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوْا وَاشْرَبُوْا وَلَا تُسْرِفُوْا ۗ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِيْنَ »<sup>3</sup>، وقول النبي ﷺ « طعام الإثنين كافي الثلاثة، وطعام الثلاثة كافي الأربعة »<sup>4</sup>. وكان من هديه ﷺ أنه إذا عافت نفسه طعاماً لم يأكله وهو أصل عظيم في حفظ الصحة<sup>5</sup>، بدليل ما رواه أبو هريرة أنه قال « ما عاب النبي ﷺ طعاماً قط: إذا اشتهاه أكله وإذا

<sup>1</sup>-عبد الحميد القضاة، تفوق الطب الوقائي في الإسلام، من الأبحاث المختارة في المؤتمر العلمي الأول في الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، المنعقد بتاريخ 17 إلى 20 أكتوبر 1987، ط01، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، 1987، ص.06.

<sup>2</sup>-موقع الإنترنت [www.Abahe.uk](http://www.Abahe.uk) ، تاريخ الإطلاع 2020/05/17.

<sup>3</sup>-سورة الأعراف، جزء من الآية 31.

<sup>4</sup>-صحيح البخاري، كتاب الأطعمة، المرجع السابق، ح.ر.5392، ص.1374.

<sup>5</sup>-شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية ، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.170.

كرهه تركه»<sup>1</sup>. كما جاء في الأثر عن أنس « أن النبي ﷺ نهي أن يشرب الرجل قائماً، قال قتادة: فقلنا: فالأكل؟ فقال: ذاك أشر وأخبث»<sup>2</sup>.

لقد أكد الطب الحديث أن الاعتماد على الأكل والشرب واقفا أمر خطير يهدد سلامة جدران المعدة، وأن قرحة المعدة تصل بهذا السبب نسبتها إلى 95%، لأن أهم الشروط المطلوبة عند الطعام والشراب حدوث الطمأنينة التي لا تتأتى إلا في وضعية الجلوس، لكون أن الجملة العصبية والعضلية تكون في حالة هدوء، وينشط معها الجهاز الهضمي، وتزداد قابلية تقبل الطعام والشراب<sup>3</sup>.

والإرشادات الربانية بشأن الطعام والشراب ما أمر المسلم بتركها، إلا لأنها تضر بصحته وتهدرها، كلحم الميتة والخنزير والدم، بدليل قول الله تعالى « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ »<sup>4</sup>، إلى غير ذلك من الآداب التي جاءت بها الشريعة الإسلامية. وما روي عن النبي ﷺ أنه كان يتنفس في الشراب ثلاثاً، ويقول « إنه أروى وأبرأ وأمرأ»<sup>5</sup> وهو إرشاد لعدم الشرب نحلة واحدة لما ينطوي عليه من ضرر، إذ يخشى أن يؤدي إلى فساد مزاج المعدة والكبد وإلى أمراض رديئة أخرى<sup>6</sup>.

وثبت طبياً أن الزوج المولع بشرب الخمر يرث منه نسله بنية مرضية خاصة تعرف بالتراث الغولي، ويعنى به ما يلحق بذريته من ضعف جسدي ونفسي. والحامل تنقل عبر مشيمتها الغول إلى الجنين، وأنه ينساب بالرضاعة إلى الوليد كذلك<sup>7</sup>.

II-إرشادات تتعلق بالطهارة والنظافة، كالغسل والوضوء والسواك وغير ذلك، أنه فقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: « لله تعالى على كل مسلم حق أن يغتسل في كل سبعة أيام يوماً »<sup>8</sup>، وقوله ﷺ في السواك « لولا أن أشق على أمتي-أو على الناس-لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة »<sup>9</sup>. وقول الله عز وجل في الوضوء « يَتَأَيَّمُوا

<sup>1</sup>-صحيح البخاري، كتاب الأطعمة، المرجع السابق، ح.ر.5409، ص.1378.

<sup>2</sup>-صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الأشربة، ح.ر.2024، ص.973.

<sup>3</sup>-يوسف الحاج أحمد، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة، ط02، مكتبة دار ابن حجر، دمشق، 2003، ص.910.

<sup>4</sup>-سورة المائدة، جزء من الآية 03.

<sup>5</sup>-صحيح مسلم، المرجع نفسه، كتاب الأشربة، ح.ر.2028، ص.974.

<sup>6</sup>-ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.179.

<sup>7</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع نفسه، ص.131.

<sup>8</sup>-صحيح البخاري، كتاب الجمعة، المرجع نفسه، ح.ر.898، ص.217.

<sup>9</sup>-صحيح البخاري، كتاب الجمعة، المرجع نفسه، ح.ر.887، ص.215.

الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ<sup>1</sup>».

III-إرشادات التحرز من الأمراض المعدية، منها ما ورد عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أسامة بن زيد أنه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا سمعتم بالطاعون بأرض فلا تدخلوا عليه وإذا وقع وأنتم بأرض فلا تخرجوا فرارا منه»<sup>2</sup>. وما روي أيضا عن سعيد بن ميناء أنه قال: سمعت أبا هريرة يقول: قال رسول الله ﷺ «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد»<sup>3</sup>. وهي أدلة على إرشاد لما يعرف حديثنا بإجراء الحجر الصحي والذي سننسط له في موضع لاحق من هذا البحث.

IV-إرشادات لحماية الصحة النفسية، فقد وهب الله عز وجل الإنسان العديد من الأحاسيس، تجعله يتأثر بما حوله من هم وغم وحزن وفرح. ومن الأمور التي نهى عنها النبي ﷺ ما جاء عنه أن رجلا قال له: يا رسول الله قل لي قولا وأقلل علي لعلي أعقله، قال: «لا تغضب»، فأعاد عليه مرارا كل ذلك يقول «لا تغضب»<sup>4</sup>. والطب الحديث أثبت أن الغضب يزيد في ضربات القلب وتسارعها مع تقلص عضلة القلب ينتج عنه ارتفاع ضغط الدم وزيادة نسبة السكر في الدم<sup>5</sup>.

وتكون سمة الرضا بالقضاء والقدر معينة على الاتصاف بالصبر عند المصائب والشدائد، وتجنب صحة الإنسان ما قد يلحق بها الضرر، لقوله تعالى: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ»<sup>6</sup>. كما تعد شعيرة الصلاة من العبادات التي لها فوائد جمة على المرأة الحامل، إذ تكسبها مرونة لمعظم معظم أعضاء جسمها خاصة في الشهور الأخيرة للحمل، بالموازاة مع زيادة ثقل الجنين، وتجنبها الإصابة بدوالي الساقين، وكذلك تحمي مرحلة الولادة بسهولة، لذلك فإن الأطباء أقرروا تمارين مفيدة شبيهة تماما بحركات الصلاة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-سورة المائدة، جزء من الآية 06.

<sup>2</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج09، ح.ر.22438، ص.67.

<sup>3</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.5707، ص.1447.

<sup>4</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع نفسه، ج06، ح.ر.16385، ص.518.

<sup>5</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.710.

<sup>6</sup>-سورة البقرة، الآية 153.

<sup>7</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع نفسه، ص.946-947.

## ب- إقرار مبدأ العلاج في الشريعة الإسلامية

وهو ما تطرقنا إليه في الفرع الثاني من المطلب الأول، ضمن المبحث الثاني للفصل الأول من الباب الأول عند دراسة مشروعية التداوي من العقم<sup>1</sup>.

## ج- تكيف الاعتداء على سلامة صحة الإنسان أنه جناية

بالرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرقوا إلى جناية الاعتداء على الجسد دون غيرها تناسباً مع ما كان معروفاً في زمانهم، إذ أتهم قسموا الجناية على ما دون النفس عمداً، أو خطأً إلى خمسة أقسام، بالنظر إلى نتيجة فعل الجاني<sup>2</sup>، وهي:

- قطع الأطراف وما يجري مجراها.

- إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها.

- شجاج الرأس والوجه.

- الجراح في سائر البدن.

- ما لا يدخل في الأقسام الأربعة وهو كل اعتداء لا يترك أثراً يعد جرحاً أو شجاجاً.

## ثانياً: التغريب في الزواج لحفظ الصحة الإنجابية

ويقصد به النظر إلى وجود صلة القرابة بين الزوج والزوجة من عدمها قبل عقد الزواج، وذلك لما له من أثر على سلامة النسل عند بعض الفقهاء، خاصة في الوقت المعاصر وظهور العديد من الأمراض الوراثية. ويعد زواج الأقارب من الظواهر الاجتماعية المرتبطة جذرياً بالعادات والتقاليد المساعدة على الاستقرار والأمان الاجتماعي، فضلاً عن كونه من أسباب المحافظة على ثروة العائلات العريقة والثرية. كما يمكن أن يكون السبيل في التخفيف من حدة العنوسة وتأخر سن الزواج<sup>3</sup>. غير أنه قد ثار جدل بين مؤيد ورافض لعلاقة هذا النوع من الزواج بالأمراض الوراثية التي تصيب الأطفال من الناحية الشرعية، والطبية، وحتى الاجتماعية، خاصة في ظل التقدم الطبي. غير أننا فضلنا تأخير معالجة هذه المسألة عند الحديث عن علاقة زواج الأقارب بالأمراض الوراثية، وأثره على الإنجاب، ضمن الفرع الثاني من المطلب الأول للمبحث الثاني من هذا الفصل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر؛ ص.70 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>2</sup>- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س.ن، ص.205 وما بعدها.

<sup>3</sup>- هدى عبد الله الحسين، زواج الأقارب والأمراض الوراثية، دراسة سوسيوولوجية مطبقة على أسر في مدينة الرياض، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات، ع08، 2009، على موقع الإنترنت، [www.eimj.org](http://www.eimj.org)، ص.04، تاريخ الإطلاع: 2022/05/07.

<sup>4</sup>- أنظر؛ ص.187 من هذا البحث.

## الفرع الثاني

## الصحة الإنجابية في أهم النصوص الدولية

لقد جاء تعريف الصحة الإنجابية بمدلولها الواسع للمرة الأولى في وثيقة دولية تخضت عن المؤتمر العالمي للسكان والتنمية المنعقد عام 1994 بالقاهرة، إذ جاء في الفصل السابع بعنوان -الحقوق الإنجابية والصحة الإنجابية- في الفقرة 2-7 التي نصت على أن: « الصحة الإنجابية هي حالة رفاه كامل بدنيا وعقليا واجتماعيا في جميع الأمور المتعلقة بالجهاز التناسلي ووظائفه وعملياته، وليس مجرد السلامة من المرض أو الإعاقة ولذلك تعني الصحة الإنجابية قدرة الناس على التمتع بحياة جنسية مرضية ومأمونة وقدرتهم على الإنجاب، وحريرتهم في تقرير الإنجاب وموعده وتواتره ويشتمل هذا الشرط الأخير ضمينا على حق الرجل والمرأة في معرفة واستخدام أساليب تنظيم الأسرة المأمونة والفعالة والميسورة والمقبولة في نظرهما، وأساليب تنظيم الخصوبة التي يختارها والتي لا تتعارض مع القانون وعلى الحق في الحصول على خدمات الرعاية الصحية المناسبة التي تمكن المرأة من أن تحتاز بأمان فترة الحمل والولادة وتهيؤ للزوجين أفضل الفرص لإنجاب وليد متمتع بالصحة »<sup>1</sup>.

يفهم مما ذكر أن الصحة الإنجابية تشمل كلا الجنسين الرجل والمرأة على حد سواء، وإن كانت المرأة قد تحظى بجانب أوفر نظرا لخصوبتها. ولكن تبقى الصحة الإنجابية هي الحالة التي يجب أن يتمتع بها الشخص في جو من السلامة البدنية والعقلية والنفسية، وكل المسائل المرتبطة بالجهاز التناسلي، وهي فرع من فروع الصحة العامة تظهر نتائجها عند بلوغ الرجل والمرأة لسن الإنجاب.

فالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية<sup>2</sup>، كرس ضمن المادة 12 منه إلزامية حفظ الصحة العامة لكل إنسان، فجاء نصها « تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه » .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد أوجبت جملة من التدابير تلتزم بها الدول الأطراف تمثلت فيما يلي:

- العمل على خفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الأطفال نموا صحيا.

<sup>1</sup>-تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد بالقاهرة ما بين 05-13 سبتمبر 1994، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1995، ص.38.

<sup>2</sup>-وثيقة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 1966/12/16.

-تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.

-الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها.

-تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الصحية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

كما جاء في الدورة الستون للجمعية العامة للأمم المتحدة الرامية إلى ضرورة العمل على تحقيق حصول الجميع على خدمات الصحة الإنجابية بحلول 2015 على الوجه الذي تم تناوله في المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، بما فيها الأهداف المسطرة الرامية على التقليل من وفيات الأمهات والأطفال، وتحسين صحة الأم وتعزيز المساواة بين الجنسين، ومحاربة فيروس نقص المناعة<sup>1</sup>.

وأما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فهو كالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كونهما يستندان إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد صدرا عام 1966، ودخلا حيز التنفيذ سنة 1976، وانضمت إليهما الجزائر في 1989/12/12. وقد جاء في المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على حتمية حماية الأسرة كونها الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية للمجتمع، على أن تحظى بحماية المجتمع والدولة. ومن جهة أخرى فقد أقر هذا العهد رضائية عقد الزواج وخلو إرادته من أي إكراه أو عارض يمس بالرضا، مع أحقية الرجل والمرأة في تكوين أسرة عند بلوغ سن الزواج<sup>2</sup>.

هذا وإن الجزائر نهجت مثل باقي الدول العربية والمسلمة بإقرارها إعلانات تفسيرية بخصوص بعض النصوص التي تضمنها العهدين الدوليين، لاسيما تلك المتعلقة بزواج المرأة نظرا لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المنبثق في 1948/12/10، والذي تضمن بمقتضى المادة 25 منه حكما لحماية الأمومة والطفولة، من خلال توفير الرعاية اللازمة للوالدات أثناء الحمل والوضع، دون التفرقة بين الولادة الواقعة في حدود رابطة شرعية زوجية أو خارجها<sup>4</sup>، وهو ما نعتبره تشجيعا للعلاقات غير الشرعية، مع فرضية الرغبة في توفير حماية للطفل غير الشرعي.

<sup>1</sup>-الجمعية العامة للأمم المتحدة، القرار المؤرخ في 16/09/2005، الدورة الستون، ص.22.

<sup>2</sup>-المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة رقم 22000 المؤرخ في 16/12/1966، تاريخ النفاذ 1976/03/26.

<sup>3</sup>-العكروفي علي، المرجع السابق، ص.27-28.

<sup>4</sup>-منظمة الأمم المتحدة، وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، موقع الإنترنت: <https://www.un.org/ar/universal->

[declaration-human-rights](https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights)، تاريخ الإطلاع: 2022/05/08.

إن هذه الوثيقة لم ترق إلى درجة المعاهدة الدولية الملزمة، لكونها جاءت على شكل توصية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. وإن كان الهدف منه هو اتخاذه على شكل -مثل أعلى مشترك- ينبغي لجميع الشعوب والأمم تحقيقه<sup>1</sup>.

وعلى مستوى منظمة العمل الدولية، فقد شكلت قضية الأمومة المحور الأساسي لمؤتمر العمل الدولي الذي انبثقت عنه الاتفاقية رقم 183 بشأن مراجعة اتفاقية حماية الأمومة لسنة 1952<sup>2</sup>. حيث أقرت المراجعة إقرار الدول لتدابير تضمن عدم الإضرار بالمرأة الحامل أو المرضع حفاظا على صحتها ورضيعها معا<sup>3</sup>.

كما أن للمرأة العاملة الحق في إجازة الأمومة بعد الولادة تشمل إجازة إلزامية بعد الولادة مباشرة مدتها ستة أسابيع، ما لم يوجد نص قانوني وطني يخالف ذلك<sup>4</sup>، دون المساس بالإعانات المالية وكسب المرأة خلال فترة الإجازة، حسب ما جاء في نص المادة 06 من الاتفاقية، وهذا عن طريق التأمين الاجتماعي الإلزامي، أو من الأموال العامة، أو بأية طريقة تقرها القوانين والممارسات الوطنية. وحثت الاتفاقية أيضا في مادتها الثامنة على حق المرأة في الاحتفاظ بعملها بعد إجازة الأمومة، ولا يحق لصاحب العمل أن ينهي علاقتها المهنية على أساس الحمل أو الولادة أو الإرضاع، ما لم يكن ذلك راجع إلى أسباب لا علاقة لها بمسألة الأمومة.

إن كل ما كرسه هذه الاتفاقية من حماية للمرأة خلال فترة أمومتها لم تلق قبولا واسعا لدى كثير من الدول، قد يعود السبب في ذلك إلى عجزها على تحمل أعباء وتكاليف الإمكانيات التي تستلزم تطبيقها. وبالموازاة التخوف من عدم قبولها من طرف القطاع الخاص، بحجة إجبارية دفع تكاليف تلك العطل الممنوحة للمرأة، وهو ما يترتب عنه العزوف عن توظيف النساء المتزوجات<sup>5</sup>. غير أن الجزائر قد بادرت إلى الانضمام إلى هذه الاتفاقية بالتصديق على الاتفاقية الأصل رقم 03 لسنة 1919 بتاريخ 1962/10/19 وهي لا تزال سارية المفعول<sup>6</sup>.

كانت تلك بعض الأحكام المتعلقة بحماية الصحة الإنجابية التي اعتنت بها أهم النصوص الدولية، لتنتمها بما يمكن إدراجه كحقوق مرتبطة بالصحة الإنجابية، وبما كرسه المشرع من نصوص في هذا المجال، ضمن أهم القوانين الأساسية، في المطلب الموالي.

<sup>1</sup>-قاسم الغرداف، القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صحيفة الوسط، ع308، 2003/07/10 موقع الإنترنت [www.alwasatnews.com](http://www.alwasatnews.com)، تاريخ الإطلاع 2020/04/12.

<sup>2</sup>-المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية المنعقد في 2000/07/15، اتفاقية بشأن مراجعة اتفاقية حماية الأمومة (مراجعة 1952)، رقم 183.

<sup>3</sup>-المادة 03 من الاتفاقية، المرجع نفسه، ص.02.

<sup>4</sup>-المادة 04 من الاتفاقية، المرجع نفسه، ص.02.

<sup>5</sup>-العكروفي علي، المرجع السابق، ص.30.

<sup>6</sup>-الموقع الرسمي لوزارة العمل والتشغيل الجزائرية [www.metss.gov.dz](http://www.metss.gov.dz)، تاريخ الإطلاع 2020/04/15.

## المطلب الثاني

### الحقوق المرتبطة بالصحة الإنجابية

ضمن هذا المطلب سنتطرق إلى دراسة ضمانات الحق في رعاية الصحة الإنجابية، من خلال تبيان المقصود بالحق في رعاية الصحة الإنجابية، وكذا مبدأ عدم التمييز لدعم الصحة الإنجابية، والحق في الحصول على الأدوية لضمان الصحة الإنجابية (الفرع الأول)، ثم الصحة الإنجابية في ضوء القوانين الأساسية (الفرع الثاني)، وعلاقة ختان الجهاز التناسلي بالصحة الإنجابية (الفرع الثالث)، وأخيراً علاقة تقرير المصير في تنظيم الإنجاب بالصحة الإنجابية (الفرع الرابع).

## الفرع الأول

### ضمانات الحق في رعاية الصحة الإنجابية

لكل فرد الحق في الصحة، وهو أمر يتصل في نفس الوقت بحق الأفراد في الحصول على مستوى معين من الرعاية الصحية عامة، والصحة الإنجابية على وجه الخصوص بما تتميز به من خصوصية، تبعاً لمفهومها (أولاً)، ما يقتضي وجود ضمانات لحمايتها ودعمها، كمبدأ عدم التمييز (ثانياً)، والحق في الحصول على الأدوية (ثالثاً).

### أولاً: المقصود بالحق في رعاية الصحة الإنجابية

تعرف الرعاية الصحية الإنجابية بأنها: «مجموعة من الأساليب والطرق والخدمات التي تسهم في الصحة الإنجابية والرفاه من خلال منع وحل مشاكل الصحة الإنجابية، وهي تشمل كذلك الصحة الجنسية التي ترمي إلى تحسين نوعية الحياة والعلاقات الشخصية، لا مجرد تقديم المشورة والرعاية الطبية فيما يتعلق بالإنجاب والأمراض التي تنتقل بالاتصال الجنسي»<sup>1</sup>.

بذلك تكون الصحة الإنجابية من الجوانب الأساسية لرفاه الأزواج، والمرأة على وجه الخصوص، وذلك بتوافر إمكانيات الحصول على الخدمات الطبية المأمونة بانتظام وبنوعية جيدة، إذ بغياها تتعرض النساء لعواقب نسلية، قد تنتهي بالموت، أو الإصابة أثناء الحمل والولادة، أو العدوى بالأمراض المنتقلة جنسياً.

<sup>1</sup> - إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية لشعبة السكان، السكان والحقوق الإنجابية والصحة الإنجابية مع التركيز على وجه الخصوص على فيروس نقص المناعة البشرية متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز)، التقرير الموجز، الأمم المتحدة، نيويورك، 2002، ص.02.

إن الصحة الإنجابية تفرض قيام واجب حكومي يكفل توافر خدمات الصحة الإنجابية، والتخلص من أية عواقب تحول دون تحقيق هذه الرعاية. ويندرج في هذا الإطار أيضا توفير طرق الإنهاء العلاجي للحمل، والعلاج من العقم، وتوفير وسائل منع الحمل، مع إتاحة هذه الخدمات لجميع النساء.

إن هذا الحق يجد امتداده في نصوص الصكوك الدولية لحقوق الإنسان الرامية إلى حماية صحة وحيوة الأشخاص، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدول للحقوق المدنية والسياسية. فقد فسرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان كونها الهيئة المشرفة على مساندة الخوض لهذه الوثيقة، هذا الحق يحتم على حكومات الدول اعتماد تدابير إيجابية وخطوات تهدف إلى حماية الحياة، وتخفيض وفيات الأطفال، وزيادة متوسط الأعمار<sup>1</sup>.

لقد أورد المشرع تعريفا عاما للصحة العمومية في المادة 25 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بأنه «يعنى مفهوم الصحة العمومية مجموع التدابير الوقائية والعلاجية والتربوية والاجتماعية التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها»، ونص المادة 29 من قانون الصحة رقم 18-11، التي تنص على أن: «حماية الصحة هي كل التدابير الصحية والاقتصادية والتربوية والاجتماعية والبيئية الرامية إلى الحد من الأخطار الصحية أو القضاء عليها، سواء كانت ذات أصل وراثي أو ناجمة عن التغذية أو عن سلوك الإنسان أو مرتبطة بالبيئة وذلك بغرض الحفاظ على صحة الشخص والجماعة».

ما نستنتجه من المادتين المذكورتين وجود خلط بين المفاهيم، فقد أورد تعريفا للصحة العمومية من خلال مفهوم الرعاية الصحية ضمن نص المادة 25 من قانون حماية الصحة وترقيتها، ليتدارك الأمر بإلغاء هذا التعريف، ويدرجه ضمن تدابير حماية الصحة ووقايتها، بالمادة 29 من قانون الصحة، مع توسيع التدابير لتشمل الأخطار البيئية، أو الناجمة عن الوراثة، وسوء التغذية، وكل سلوك من شأنه المساس بها.

### ثانيا: مبدأ عدم التمييز لدعم الصحة الإنجابية

إذا كان من صفات الرعاية الصحية أن تكون ميسرة، وتعتمد على المشاركة التامة من المجتمع وأفراده<sup>2</sup>، فإن المبادئ المتعلقة بعدم التمييز تلعب الدعم اللازم لتوفير خدمات الصحة الإنجابية، إذ يقع على عاتق الدولة التزام ضمان الحق في الصحة بصفة عامة، والحق في الصحة الإنجابية بصفة خاصة، دون شرط الجنس، بل يجب

<sup>1</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup>-وليد يوسف الصالح، إدارة المستشفيات والرعاية الصحية والطبية ط01، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.106.

أن يكون على قدم المساواة<sup>1</sup>. إذ أن الاحتياجات الجنسية للرجل والمرأة تختلف باختلاف تركيبتهما البيولوجية، فيكون من اللازم تكيف أي تدابير تتعلق بالصحة الإنجابية تبعاً لذلك، مع القضاء على كل ممارسات التمييز ضد المرأة، والدفع بها إلى إقرار حقوقها المتصلة بالصحة الإنجابية والجنسية<sup>2</sup>.

لقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51<sup>3</sup>، فجاء في المادة 11 من الاتفاقية «تعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق ولاسيما: ... والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب»

أما المادة 12 من ذات الاتفاقية فألزمت الدول الأطراف على اتخاذ كافة التدابير الملائمة للقضاء على التمييز بين الجنسين بما فيها الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة والحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة وضمنان مجانية العلاج لها عند الاقتضاء وكذا التغذية الكافية أثناء الحمل والرضاعة<sup>4</sup>، وهو المبدأ العام الذي أقرته الاتفاقية في مادتها الثانية بنصها «تستجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة».

هذا المبدأ تم إقراره كذلك بمقتضى الفقرة الأولى من نص المادة 03 من قانون الصحة الجديد بقولها «تمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطن عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمنان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي»، مع اعتبار ذلك من واجبات الدولة، بالعمل على تجسيد الحق في الصحة كحق أساسي للإنسان على كل المستويات، دون التمييز بين الجنسين<sup>5</sup>، إلى جانب إزالة الفوارق في مجال الحصول على الخدمات الصحية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 01 من البروتوكول رقم 12، الملحق باتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، روما، 04/11/2000، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان معدلة بالبروتوكولين رقم 11 و14 و متممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4، 6، 7، 12، و13، ص.49-50.

<sup>2</sup>- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد بالقاهرة، المرجع السابق، ص.21.

<sup>3</sup>- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 02 رمضان 1416 هـ الموافق 1996/01/22، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، مؤرخة في 04 رمضان 1416 الموافق 1996/01/24، ص.04.

<sup>4</sup>- أنظر؛ المادة 12 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المرجع نفسه.

<sup>5</sup>- تنص المادة 12 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، على أنه: "تعمل الدولة على ضمان تجسيد الحق في الصحة كحق أساسي للإنسان على كل المستويات، عبر انتشار القطاع العمومي لتغطية كامل التراب الوطني".

<sup>6</sup>- تنص المادة 16 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، على أنه "تعمل الدول على إزالة الفوارق في مجال الحصول على الخدمات الصحية، وتنظم التكامل بين القطاعين العمومي والخاص للصحة. كما تولي الدولة عناية خاصة للقطاع العمومي للصحة".

إن الأوضاع الراهنة الداخلية والدولية التي تشهدها الدولة الجزائرية، دفعت بالمشروع إلى سن قانون يهدف إلى نبد التمييز والتفرقة مهما كانت وسيلتها، بموجب القانون رقم 05-20 المؤرخ في 28/04/2020<sup>1</sup>، يتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها. حيث أورد تعريفا صريحا لمصطلح التمييز في الفقرة الثالثة من المادة 02 بنصها " يقصد في مفهوم هذا القانون، بما يأتي:.....-التمييز- كل تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني أو اللغة أو الانتماء الجغرافي أو الإعاقة أو الحالة الصحية، يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي مجال آخر من مجالات الحياة العامة".

ما دام أن المشروع لم يحصر نطاق مفهوم التمييز في مجالات محددة، بل وسعه ليشمل أي مجال من مجالات الحياة العامة للمواطنين، بما فيها المجال الصحي. فيكون بإمكان أي شخص يتعرض لأي معاملة تمنعه من الاستفادة من خدمات صحية علاجية أو وقائية إلى اللجوء لأحكام هذا القانون، لاسيما في ظل انتشار ثقافة تقديم الخدمات الصحية على أساس النسب، أو الانتماء العائلي لدى بعض مستخدمي المؤسسات الإستشفائية، ينجم عنها حرمان المواطن البسيط. أو تعتمد بعض الأطباء الجراحين في مصلحة الولادة مثلا، إلى توجيه النساء الحوامل إلى مؤسسات إستشفائية أخرى، بخلق مبررات صحية واهية من أجل فسح المجال والتفرغ للحوامل الموصى عليهن على أساس النسب أو الانتماء الجغرافي.

إن هذا المبدأ ليس بالأمر الجديد، فهو يندرج ضمن مبادئ الإسلام الذي تدين به الدولة الجزائرية، فنصوص الإسلام تحث على عدم التمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق، بل يسمو صون المرأة من كل تعنيف أو إكراه أو تمييز أو عبث ويبقى معيار المفاضلة هو التقوى لقول الله تعالى « إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ »<sup>2</sup>، إلى غيرها من النصوص الشرعية التي تنبذ كل تفرقة وتمييز. فالمماثلة تكون بالمشاركة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، وليس مماثلة بين الأنوثة والذكورة، إذ بها تتحقق مساواة التكامل بين الذكر والأنثى على النحو الذي لا يطمس التمايز الفطري في المؤهلات والصفات والملكات بين الجنسين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- القانون رقم 05-20 المؤرخ في 05 رمضان 1441هـ الموافق 28/04/2020، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها، ج.ر، مؤرخة في 29/04/2020، ع25، ص.04 وما بعدها.

<sup>2</sup>- سورة الحجرات، جزء من الآية 13.

<sup>3</sup>- محمد عمارة، في التحرير الإسلامي للمرأة، ط01، شركة نفضة مصر، 2003، ص.07.

## ثالثاً: الحق في الحصول على الأدوية لضمان الصحة الإنجابية

تعد إمكانية الحصول على الأدوية عنصراً داعماً للحق في الصحة، مثلما نصت عليه المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد جاء في تقرير لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمحتوى الموضوعي لتلك المادة بتعليقها العام رقم 14 بشأن ضمان التمتع بأعلى مستوى للصحة يمكن بلوغه، من خلال توفير كل الخدمات الصحية والسلع والمرافق الصحية، بما فيها الأدوية ووضعها في المتناول، والعمل على جودتها وتقبلها اجتماعياً، مع إقرار واجب فوري يهدف إلى تزويد كل فئات المجتمع بالأدوية الأساسية بشكل غير تمييزي<sup>1</sup>.

إن هذا المبدأ يمكن أن يتأتى إذا عملت الدول على توفير عوامل من شأنها ضمان إمكانية الحصول على الأدوية من خلال<sup>2</sup>:

- توفير الكميات الكافية تماشياً مع احتياجات الناس، وكذا اختيار الأدوية التي تعكس الأولوية المعطاة لمكافحة الأمراض على مستوى جل المرافق الصحية.

- سهولة الحصول على تلك الأدوية، إما بتخفيض تكلفتها، أو تقريبها من إقامة المواطنين.

- إتصاف تلك الأدوية بالمقبولية لدى السكان ثقافياً أو أخلاقياً.

- إقرار إجراءات شفافة تضمن مأمونية الأدوية وجودتها ونجاعتها.

نصت المادة 08 من قانون الصحة رقم 85-11 على أنه «..تهدف البرامج الصحية إلى تنفيذ كل الأعمال وتعبئة الوسائل التي من شأنها ضمان خدمات وقائية وعلاجية للمواطنين من أجل تفادي أو إيقاف مرض أو مجموعة من الأمراض المعينة»، فيعتبر هذا إقراراً لضمان الاحتياجات الصحية، بما فيها الأدوية، وإن كانت صيغة النص قد جاءت على سبيل العموم، أو أنها ترمي إلى الوقاية من الأمراض المعدية. كما نصت المادة 13 من نفس القانون على مبدأ مجانية العلاج في جميع الهياكل الصحية العمومية، بما فيها ضمان الأدوية التي يصفها أطباء القطاعات الصحية. بالموازاة مع ضمان مجانية التلقيح الإجباري للأطفال الذي تضمنته المادة 80 من نفس القانون<sup>3</sup>، وكل الخدمات المقررة ضمن البرامج الوطنية للوقاية.

ولقد جاء النص الصريح للمشرع حول مبدأ الإنصاف في الحصول على الأدوية، في الباب الخامس بعنوان المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية في الفصل الأول بعنوان أحكام عامة بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 205 التي أقرت واجبا حكومياً يضمن ذلك، حيث نصت على أن: «تسهر الدولة على توفير المواد الصيدلانية

<sup>1</sup>-الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، تقرير المقرر الخاص المعني بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، أناند غروفور بشأن إمكانية الحصول على الأدوية، الدورة 23، 2013/05/01، ص.03.

<sup>2</sup>-الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، المرجع نفسه، ص.03.

<sup>3</sup>-أنظر؛ المادة 80 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المرجع السابق.

والمستلزمات الطبية وتضمن تسهيل الحصول على المواد، لاسيما الأساسية منها، في كل وقت وفي كل مكان من التراب الوطني». فيكون المشرع قد عمق من مفهوم هذا الحق بإزالة كل الحدود والقيود الظرفية سواء الزمنية أو المكانية، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فقد شمل هذا القانون جل المبادئ التي أقرتها الصكوك الدولية وتقرارات الهيئات الدولية المكملة لهذا الحق، بما فيها مأمونية ونوعية المواد والمستلزمات الصيدلانية، مع اعتماد سجل وطني مصنف يضمن ذلك<sup>1</sup>.

إلى جانب تشجيع البحث والتطوير الصيدلاني<sup>2</sup>، باعتباره إستراتيجية وخطة عمل، يمكن من خلالها تنسيق جهود مختلف الجهات الفاعلة، وتحديد أولويات البحث والتطوير، لاستحداث منتجات صحية مناسبة، وميسورة التكلفة، أو الوقوف على علاجات جديدة لحالات العدوى الجرثومية<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه ما بين 2003 إلى 2009 وعبر أنحاء دول منظمة التعاون الإسلامي التي تعتبر الجزائر عضوا فيها، بلغت نسبة متوسط أسعار استهلاك الأدوية الجنيسة المختارة في القطاع الخاص ثلاث مرات زيادة عن نسبة السعر في القطاع العام سببه ارتفاع أسعار الصانعين يرافقه ارتفاع هوامش الربح والرسوم الجمركية والضرائب<sup>4</sup>. كما اعتبر المرسوم التنفيذي رقم 05-69 المؤرخ في 2005/02/06<sup>5</sup>، أن التزود بالأدوية يندرج ضمن الأعمال الصحية والاجتماعية التي تقدمها هيئات الضمان الاجتماعي لفائدة المؤمن لهم وذوي حقوقهم بموجب المادة 02 منه. وقضت المادة 05 منه على وجوب مساهمة المركز الاجتماعي في تنفيذ البرامج الاجتماعية والصحية للضمان الاجتماعي في مجال التربية الصحية والحماية الصحية للطفولة والعائلة عن طريق جملة من النشاطات بما فيها استعمال الأدوية.

وتتأكد عناية المشرع بالصحة الإنجابية بما أوجده من نصوص قانونية، لاسيما في طيات القوانين الأساسية.

<sup>1</sup>-تنص المادة 201 من القانون رقم 18-11 على أنه « السجل الوطني للأدوية هو المصنف الذي يضم الصيغ التركيبية التي تم التأكد من جودتها ونجاعتها وأمنها وانعدام أضرارها ».

<sup>2</sup>-تنص المادة 05 من الأمر رقم 06-07 على أنه « تتم أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمذكور أعلاه بمادتين 186 مكرر و186 مكرر 1 تحران كما يأتي:

المادة 186 مكرر: يمكن إصدار تدابير تحفيزية لترقية الأدوية الجنيسة حسب كفاءات تحدد عن طريق التنظيم»؛ الأمر رقم 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 2006/07/15 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 23 جمادى الثانية 1427 الموافق 2006/07/19، ع47، ص.15 وما بعدها.

<sup>3</sup>-منظمة الصحة العالمية، مسودة خارطة الطريق لإتاحة الأدوية واللقاحات والمنتجات الصحية الأخرى للفترة 209-2023، جمعية الصحة العالمية الثانية والسبعون، 2019/04/04، ج17/72، ص15-16.

<sup>4</sup>-برنامج العمل الإستراتيجي لمنظمة التعاون الإسلامي في مجال الصحة 2014-2023، مركز الأبحاث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الإسلامية، 2014، أنقرة، ص.40.

<sup>5</sup>-مرسوم تنفيذي رقم 05-69 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق 2005/02/06، المحدد لأشكال الأعمال الصحية والاجتماعية لهيئات الضمان الاجتماعي، ج.ر، مؤرخة في 2005/02/09، ع11، ص.21.

## الفرع الثاني

## الصحة الإنجابية في ضوء القوانين الأساسية

إن إجراء تصديق الدول على الاتفاقيات الدولية يعد خطوة أولى نحو التغيير الاجتماعي، فيكون حتماً على حكوماتها اتخاذ إجراءات كفيلة تجعل تشريعاتها توافق الاتفاقيات التي صادقت عليها، لأن تلك الإجراءات والقوانين تعمل على إيجاد الإطار الذي من خلاله التأثير على سلوك الأشخاص. فعلى صعيد القوانين التي يقصد بها كفالة الموافقة المستنيرة وجود الرعاية على مستوى مرافق الصحة الإنجابية، يستوجب وجود التزام حكومي بتدريب العاملين في هذا المجال وبالمثل فإن عمليات الإجهاض العلاجي لا يمكن تنفيذها إلا حيث يوجد استثمار في مرافق مجهزة ومرخص لها<sup>1</sup>.

وعليه، يملي علينا البحث الرجوع إلى بعض القوانين الأساسية للوقوف على مدى إعطاء المشرع العناية اللازمة لحماية الصحة الإنجابية والأمومة، ومن هذه القوانين وثيقة الدستور (أولاً)، يليها قانون الصحة (ثانياً) وقانون العمل والنصوص المرتبطة به، كالتأمينات الاجتماعية (ثالثاً)، وقانون الجنسية (رابعاً)، وقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج (خامساً)، وقانون الأسرة (سادساً)، وقانون العقوبات (سابعاً).

## أولاً: الحماية الدستورية

جاء في نص المادة 51 من دستور سنة 1989<sup>2</sup> على أن « الرعاية الصحية حق للمواطنين » وكذا المادة 55 منه « تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع »، وما يقابلها في المادة 58 من دستور 1996<sup>3</sup>، أما المادة 65 من دستور 1976 فنصت على أن « الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتحظى بحماية الدولة والمجتمع. تحمي الدولة الأمومة والطفولة بواسطة سياسة ومؤسسات ملائمة »<sup>4</sup>. وهو ما قضت به المادة 17 من دستور 1963 بنصها « تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع »<sup>5</sup>. أما المادة 72 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>6</sup>، فكرست حماية للأسرة ومختلف الفئات بما فيها الطفولة والأشخاص المسنين،

<sup>1</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.18.

<sup>2</sup>-المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق 1989/02/28 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، ج.ر، المؤرخة في 1989/03/01، ع.09، ص.234.

<sup>3</sup>-المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ الموافق 1996/12/07 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر، المؤرخة في 1996/12/08، ع.76، ص.06.

<sup>4</sup>-أمر رقم 76-97 مؤرخ في 30 ذي القعدة 1396 هـ الموافق 1976/11/22 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، المؤرخة في 1976/11/24، ع.94، ص.1292.

<sup>5</sup>-www.algeriedroit.fb.dz، موقع على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 2020/06/10.

<sup>6</sup>-أنظر؛ المادة 72 من القانون رقم 16-01، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28.

والتكفل بالأطفال مجهولي النسب، ونبذ العنف الممارس ضد الطفولة. كما نص المشرع على نفس الحقوق ضمن المادة 71 من التعديل الدستوري لسنة 2020<sup>1</sup>.

بالرغم من وجود تلك النصوص، غير أنه لم يتم النص بشكل صريح على حقوق الإنجاب، كونها من الحقوق ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي التي تتميز بها الأنظمة الاشتراكية آنذاك، فالملاحظ أن تلك الحماية كانت بصفة ضمنية من خلال التأكيد على حماية الأسرة باعتبارها الإطار الشرعي الذي تنشأ فيه تلك الحقوق، فحماية الإطار يقتضي بالضرورة حماية ما يتضمنه من حقوق. ومادام أن الدولة الجزائرية قد تخلت عن النهج الاشتراكي لحماية الثمانينات واعتماد اقتصاد السوق أدى إلى إضفاء الطابع الإيديولوجي على حماية الأسرة والأمومة<sup>2</sup>.

إن ارتباط هذه الحقوق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، جعل من الدول ذات النظام الاشتراكي قبل انهيار معسكرها تطالب في كل المناسبات الدولية بالحفاظ عليها أكثر من الحقوق المدنية والسياسية. وكون أن الأمومة تتعلق بما هو اقتصادي واجتماعي وثقافي، جعل من الجزائر التخلي عن تلك المطالب بزوال القطب الاشتراكي، الأمر الذي اتضح بخلو دساتير 1989، 1996 و 2008 من النص على حماية الأم بخلاف دستور 1976.

### ثانيا: قانون الصحة

كرس المشرع نوعا من حماية الصحة الإنجابية بموجب أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في الفصل الخامس<sup>3</sup>، تحت عنوان تدابير حماية الطفولة والأمومة، فجاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة 68 ما يلي " تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص ما يلي:

- صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلالها و بعده".

<sup>1</sup>-تنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 على أنه: " تحظى الأسرة بحماية الدولة.

حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل.

تحمي وتكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

تحت طائلة المتابعات الجزائية، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم.

تحت طائلة المتابعات الجزائية، يلزم الأبناء بواجب القيام بالإحسان إلى أوليائهم ومساعدتهم.

يعاقب القانون كل أشكال العنف ضد الأطفال واستغلالهم والتخلي عنهم.

تسعى الدولة إلى ضمان المساعدة والحماية للمسنين".

<sup>2</sup>-العكروفي علي، المرجع السابق، ص. 68-69.

<sup>3</sup>-قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05، الفصل الخامس في مواد من 67 إلى 75.

أما المادة 222 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون الصحة رقم 85-05 فقد وسع من صلاحيات القابلات بالترخيص لهن في إمكانية وصف وسائل لحماية الأمومة، وإن كانت تلك الأدوية والوسائل والطرق تحدد من طرف الوزير المكلف بالصحة. علما أن هذا الإجراء يعد في الأصل من اختصاص الأطباء<sup>1</sup>. وبعد صدور قانون الصحة رقم 18-11، وضمن الفصل الثالث منه، بعنوان البرامج الصحية النوعية في القسم الأول منه بعنوان حماية صحة الأم والطفل<sup>2</sup>، أورد المشرع 14 مادة وسع بموجبها مجال حماية صحة الأم والطفل لتشمل الجانب الطبي والنفسي والاجتماعي والتربوي والإداري في المادة 69. كما أعطى الأولوية لبرامج التقليل من وفيات الأمهات والطفل في المادة 70 منه<sup>3</sup>.

أما المادة 70 من القانون رقم 85-05 فنصت بصريح العبارة على مسألة تنظيم النسل بنصها على ما يلي: "يكون تباعد فترات الحمل موضوع برنامج وطني يرمي إلى ضمان توازن عائلي منسجم ويحفظ حياة الأم وطفلها وصحتها". تقابلها المادة 71 من القانون رقم 18-11 بنصها "يشكل التنظيم العائلي أولوية الصحة العمومية. وتنفذها هيكل ومؤسسات الصحة"

يفهم من تلك المادتين أن المشرع ركز على ضرورة توفير الحماية اللازمة للعائلة الجزائرية، من خلال خلق الظروف الطبية والاجتماعية الملائمة، بدءا بالمحافظة على صحة الأم، ووصولاً إلى صحة الطفل ونموه الحركي والنفسي، حيث أقر أن تباعد فترات الحمل يكون موضوع برنامج وطني منسجم يساعد على تحقيق ذلك.

كما اعتبرت المادة 72 من القانون رقم 18-11 إجراء الفحص الطبي السابق للزواج أمراً إجبارياً من شأنه توفير الحماية للإنجاب، مع تحديد قائمة الفحوصات حسب التنظيم. أما المادتين 73 و74<sup>4</sup> من نفس القانون أعطت اهتماماً لصحة المرأة الحامل بتسجيلها في عيادة خاصة أو عمومية حسب اختيارها منذ الشهر الثالث للحمل، إلى جانب إلزامية التكفل بالنساء الحوامل اللائي هن في وضع صعب في الشهر السابع. في حين أن المواد من 76 إلى 83 فتضمنت أحكاماً تتعلق بفحص الأجنة، والتركيز على صحة الأطفال، وكذا إجبارية التلقيح، واستقبالهم في مؤسسات استقبال الطفولة الصغيرة، وضمنان المساعدة الطبية الاجتماعية حالة التخلي عن الأطفال بتسخير كافة الوسائل البشرية والمادية.

<sup>1</sup>- القانون رقم 90-17 مؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق 1990/07/31 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 24 محرم 1411 الموافق 1990/08/15، ع35، ص.1123.

<sup>2</sup>- قانون الصحة رقم 18-11، الفصل الثالث، القسم الأول في مواد من 69 إلى 83، ص.09-10.

<sup>3</sup>- أنظر؛ المادة 70 من القانون رقم 18-11، المرجع نفسه.

<sup>4</sup>- أنظر؛ المادتين 73 و74 من القانون رقم 18-11، المرجع السابق.

## ثالثا: قانون العمل والنصوص المرتبطة به

توجد عدة نصوص قانونية تقر بالزامية حماية الصحة الإنجابية في ظل ارتفاع النسب الإجمالية للنساء العاملات. ولعل أهم تلك النصوص القانون رقم 90-11 مؤرخ في 1990/04/21<sup>1</sup>، حيث تم بموجبه مراعاة الدور المزدوج للمرأة في مجال العمل والإنجاب، من خلال توفير الجو المناسب والملائم قصد التوفيق بين المجالين. فلقد أقر هذا القانون مبادئ عديدة، كمبدأ عدم التمييز، بموجب المادة 17 سواء كانت المرأة عزباء أو متزوجة أو مطلقة أو أرملة، تماشيا ونصوص الدساتير الجزائرية السالفة الذكر. كما نصت المادة 29 على مبدأ منع تشغيل العاملات في أعمال ليلية، باستثناء الحالات التي تستدعي الحصول على رخص تبررها النشاطات ومناصب العمل. يقابلها المادة 27 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية<sup>2</sup>.

أما المادة 55 فنصت على أنه "تستفيد العاملات خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الأمومة طبقا للتشريع المعمول به، ويمكنهم الاستفادة أيضا من تسهيلات حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي للهيئة المستخدمة"، تقابلها المادة 213 من الأمر رقم 06-03 بنصها "تستفيد المرأة الموظفة خلال فترة الحمل والولادة من عطلة أمومة وفقا للتشريع المعمول به". وإقرار الحق في إرضاع الطفل حديث الولادة بنص المادة 214 من نفس القانون، بتمكينها من ساعتين مدفوعة الأجر كل يوم خلال 06 أشهر الأولى، وساعة واحدة كل يوم خلال الأشهر الستة الموالية، مع إعطاء الحرية التامة في تحديد فترة تلك الساعات.

ويظهر اهتمام المشرع بالصحة الإنجابية من خلال نصوص التأمينات الاجتماعية، فمنح في المادة 28 من القانون رقم 83-11 المرأة التي تنقطع عن عملها بسبب الولادة الحق في تعويضية يومية تساوي 100% من الأجر اليومي الذي تتقاضاه عن منصبها وحددها بأربعة عشر أسبوعا متتالية في المادة 29. كما يمكنها الانقطاع عن العمل وجوبا قبل التاريخ المحتمل للوضع بناء على شهادة طبية على ألا تقل تلك المدة عن أسبوع<sup>3</sup>، وهذه المادة شبيهة بما هو مكرس لدى منظمة العمل الدولية. وقد راعت المادة 11 من القانون رقم

<sup>1</sup>- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 هـ الموافق 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، المؤرخة في 1990/04/25، ع17، ص.562.

<sup>2</sup>- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 هـ الموافق 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية، ج.ر، المؤرخة في 2006/07/16، ع46، ص.03.

<sup>3</sup>- أنظر أكثر؛ عمار مانع، المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، جوان 2008، ع28، ص.17 وما بعدها.

88-07<sup>1</sup> مرفولوجية المرأة، من خلال إلزام المؤسسات المستخدمة بعدم تكليف النساء والعمال القصر والمعوقين بأعمال تتطلب مجهودا يفوق طاقتهم وبنيتهم الضعيفة.

ووفقا للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المتعلق بتنظيم طب العمل تكون الهيئة المستخدمة ملزمة بإجراء رقابة طبية على النساء الحوامل والأمهات اللائي لهن أطفال تقل أعمارهم عن سنتين، إضافة إلى وجوب إجراء تلك الفحوصات كذلك عند استئناف العمل بعد عطلة أمومة حسب نص المادة 17 من نفس المرسوم<sup>2</sup>.

وتمتد حماية الأمومة والطفولة بموجب قانون مراكز استقبال الطفولة، فجاء المرسوم التنفيذي رقم 08-287 بأحكام عديدة تخص هذا الجانب، فالمادة 14 قضت بأهمية هذه المراكز في مساعدة الأولياء على تربية أبنائهم والتوفيق بين واجباتهم المهنية والاجتماعية<sup>3</sup>.

كما أن المشرع قد أكد حرصه على حماية الإنجاب والأمومة في ظل الظروف الطارئة التي شهدتها العالم وبالأخص جائحة وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)<sup>4</sup>، حيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 2020/03/21<sup>5</sup> المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته. حيث أقرت المادة 08 منه بمنح الأولوية في العطلة الاستثنائية المنصوص في المادة 06 من نفس القانون للنساء الحوامل<sup>6</sup> وذلك بموجب قرار من السلطة المختصة.

<sup>1</sup>- القانون رقم 88-07 المؤرخ في 07 جمادى الثانية 1408هـ الموافق 1988/01/26 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج.ر، المؤرخة في 1988/01/17، ع.04، ص.117.

<sup>2</sup>- أنظر؛ المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 23 ذي القعدة 1413هـ الموافق 1993/05/15 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج.ر، المؤرخة في 1993/05/19، ع.33، ص.09؛ عبد الرحمن خليفي، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2016/06/29، ع.01، ص.157.

<sup>3</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 08-287 المؤرخ في 17 رمضان 1429 الموافق 2008/09/17 المحدد لشروط إنشاء مؤسسات ومراكز استقبال الطفولة الصغيرة وتنظيمها وسيرها ومراقبتها، ج.ر، المؤرخة في 2008/09/17، ع.53، ص.12.

<sup>4</sup>- جائحة وباء فيروس كورونا (كوفيد-19): فصيلة فيروسات كورونا هي فصيلة كبيرة تشمل فيروسات قد تسبب طائفة من الأمراض للإنسان، تتراوح بين نزلات البرد الشائعة ومتلازمة الالتهاب الرئوي الحاد الوخيم(السارس)؛ موقع الإنترنت: [www.who.int](http://www.who.int) ، تاريخ الإطلاع، 2020/09/15.

<sup>5</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 26 رجب 1441هـ الموافق 2020/03/21 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج.ر، المؤرخة في 2020/03/21، ع.15، ص.06.

<sup>6</sup>- تنص المادة 08 على أنه: " تمنح الأولوية في العطلة الاستثنائية للنساء الحوامل والنساء المتكفلات بتربية أبنائهن الصغار، وكذا للأشخاص المصابين بأمراض مزمنة، وأولئك الذين يعانون هشاشة صحية".

وأهم ما يستخلص من تلك النصوص أنها لم تتضمن أي شرط يقضي بتحديد عدد العطل التي يمكن أن تستفيد منها الأم العاملة خلال مسارها المهني، ما يفهم معه عدم فرض عدد معين للأطفال. كما أنها تسمح للمرأة العاملة من ممارسة وظيفتها المزدوجة كمرية وعاملة في آن واحد.

#### رابعا: قانون الجنسية

كان تنظيم أحكام الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970<sup>1</sup> ولكون أن مسألة الجنسية له صلة جلية مع الأمومة والطفولة ينبغي علينا أن نبرز في هذا المقام مدى إعطاء العناية اللازمة لها ولو بنوع من الاقتضاب لما لهذه المسألة من أثر في نفسية الوالدين حالة الإقدام على الإنجاب وزيادة الأطفال. حيث نصت المادة 06 من هذا القانون على ما يلي: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب:

1- الولد المولود من أب جزائري.

2- الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول.

3- الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية."

وعليه فالجنسية الأصلية يكون معيارها رابطة الدم، التي تعني حق المولود في حمل جنسية الدولة التي ينتمي إليها أبوه منذ لحظة الولادة، سواء كان ذلك في الإقليم الجزائري أم لا. لذلك فأساس الجنسية على هذا النحو هو الأصل العائلي الذي يتصل به المولود، وبهذا سميت بجنسية النسب أو جنسية الأصل العائلي<sup>2</sup>. لكن المعلوم أن النسب المعول عليه يكون من جهة الأب عند نقل الجنسية الأصلية، أما من جهة الأم، فلا يكون إلا في حالة الأب المجهول أو عديم الجنسية، وهو ما يطلق عليه برابطة الدم الاحتياطية أو الوقائية<sup>3</sup>.

غير أن المشرع قد عدل عن موقفه ذلك بإصدار الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27/02/2005<sup>4</sup> الذي يميز بين دور الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية بصفة صريحة، من خلال نص المادة 02 من هذا القانون المعدلة للمادة 06 من الأمر رقم 70-86 بنصها "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية". بذلك يكون قد اعتبر أن رابطة الدم من جهة الأم حقا رئيسيا لمنح الجنسية الأصلية دون الحاجة لتدعيمه برابطة

<sup>1</sup>-أمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، مؤرخة في 18/12/1970، ع105، ص.1570.

<sup>2</sup>-وفاء فلحوط، منح الجنسية بموجب حق الدم لجهة الأم، دراسة مقارنة في القوانين العربية مع التركيز على الموقف السوري، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، 2016، مج32، ع01، ص.74.

<sup>3</sup>-وفاء فلحوط، المرجع نفسه، ص.75؛ العكروفي علي، المرجع السابق، ص.81.

<sup>4</sup>-أمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 المحرم 1426هـ الموافق 27/02/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، مؤرخة في 27/02/2005، ع15، ص.15.

الإقليم، وذلك استجابة لجملة من الأسباب ذات الطابع الداخلي والدولي<sup>1</sup>، أبرزها مبدأ سمو المعاهدات الدولية، ومبدأ عدم التمييز في مجال الجنسية، ومسايرة دور المرأة في المجتمع الجزائري. وبالموازاة قد يتم تسجيل بعض المحاذير بشأن تكريس قاعدة إطلاق حق الدم من جهة الأم<sup>2</sup>، كعدم ارتباط الولد بدولة الأم أو تمتعه في آن واحد بجنسية أجنبية أخرى.

وما دام أن الأولاد المولودين بعد انعقاد زواج مختلط يمكنهم اكتساب الجنسية الجزائرية على أساس حق النسب من جهة الأب أو الأم دون تمييز، فإنه في حالة ما إذا وجد للزوج المتحصل على الجنسية الجزائرية بسبب الزواج أولادا من زوج أجنبي سابق، فهنا نجد أن المشرع سكت عن هذه المسألة ولم يرتب أي أثر على جنسية هؤلاء الأولاد، ما يجتم عليهم سوى إتباع سبيل التجنس العادي حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 10 من الأمر رقم 05-01<sup>3</sup>.

#### خامسا: قانون تنظيم السجون

لقد صدر القانون رقم 04-05 بتاريخ 2005/02/06 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين<sup>4</sup>، حيث تشمل جملة من النصوص الرامية إلى ترقية وتدعيم حقوق الإنسان داخل السجون، والعمل على إعادة إدماج السجناء اجتماعيا، من خلال تحسين ظروفهم اليومية، واحترام حقوقهم الإنسانية في إطار صون البعد الإنساني.

إذ شددت الأمم المتحدة على المتطلبات الضرورية للتعامل مع أوضاع النساء المخالفات للقانون في كثير من المناسبات، كان أهمها ما جاء مؤتمرها السادس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد سنة 1980، حيث أقر العديد من التدابير بما فيها إيجاد بدائل من برامج وخدمات عن السجن تكون على قدم المساواة بين الجنسين، وكذا بذل جهود دؤوبة لضمان معاملة النساء السجينات بصورة نزيهة، مع إعطاء الأولوية والاهتمام بالمشاكل الخاصة التي تعاني منها كالحمل ورعاية الأطفال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر؛ كريمة محروق، إطلاق الجنسية الأصلية من جهة الأم في ظل المتغيرات الداخلية والدولية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، مج.أ، ديسمبر 2015، ع44، ص.478 وما بعدها.

<sup>2</sup>-كريمة محروق، المرجع نفسه، ص484 وما بعدها.

<sup>3</sup>-أنظر؛ المادة 10 من الأمر رقم 05-01، المرجع السابق.

<sup>4</sup>-قانون رقم 04-05 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق 2005/02/06 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر، مؤرخة في 2005/02/13، ع12، ص.10.

<sup>5</sup>-مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ببراكاس فينيزويلا، لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة الثامنة عشر، فينا 16-24 أبريل 2009، مسودة قواعد الأمم المتحدة لمعاملة النساء السجينات والتدابير غير الاحتجازية للنساء المخالفات للقانون، ص.02.

وفي مجال وقاية الصحة الإنجابية نصت الفقرة 07 من المادة 16 على جواز منح المحكوم عليه نهائيا تأجيلا مؤقتا لتنفيذ الحكم السالب للحرية "...إذا كانت امرأة حاملا أو كانت أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين(24) شهرا". وأكدت المادة 17 على أن تأجيل تنفيذ العقوبة يمكن أن يزيد عن 06 أشهر في حالة الحمل، وإلى ما بعد وضع الحامل حملها شهرين كاملين حالة وضعها له ميتا، وإلى أربعة وعشرين(24) شهرا حالة وضعها له حيا، وفي نفس السياق أقرت المادة 155 بوجود وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل أو المرضع لطفل أقل من 24 شهر<sup>1</sup>، على أساس مبدأ شخصية العقوبة، إذ لا يد للجنين في ارتكاب الجريمة وحمايته من التعرض لأي ضرر<sup>2</sup>. وهو ما أوجبه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بالقول بتأخير العقوبة احتياطا للحمل ومن باب أولى عند وجود المولود وتيقن حياته، ولو تم القصاص من المرأة الحامل حينئذ عد منفذه قاتلا للطفل عمدا فتتقرر مسؤوليته<sup>3</sup>.

أما المادة 50 من نفس القانون، فأقرت استفادة المحبوسة الحامل من ظروف ملائمة، خاصة التغذية المتوازنة والمتابعة الصحية المستمرة، إلى جانب الحق في الزيارة والمحادثة بدون فاصل مع زائريها. لذلك أكدت المادة 63 بنصها " يجب أن تكون الوجبة الغذائية للمحبوسين متوازنة وذات قيمة غذائية كافية"، إذ يستلزم الأمر أن تعمل هذه الوجبة على الحفاظ على صحة المحبوس وقواه، حيث يقوم بتحضيرها المحبوسين أنفسهم المسخرين للعمل داخل المؤسسة، تبعا للقائمة الأسبوعية المعدة مسبقا من طرف الطبيب المختص. كما يجب أن تتميز بقيمة غذائية مع التزود الكافي بالمياه الصالحة للشرب<sup>4</sup>.

كما جاء النص الصريح على حماية الأمومة والطفولة في المادة 51 حالة وضع المرأة السجينة لحملها داخل المؤسسة العقابية، بإيجاد جهة تتكفل بالمولود وتربيته، وفي حالة التعذر يمكن للمرأة أن تحتفظ بولدها إلى غاية بلوغه 03 سنوات<sup>5</sup>. وهو إجراء استشرافي لحياة الطفل، يضمن من خلاله نمو الطفل بعد بلوغه تلك السن السن نموا طبيعيا من الناحية النفسية والعقلية خارج السجن. كما مدد المشرع هذا الإجراء في نص المادة 52

<sup>1</sup>-أنظر؛ المادة 155 من القانون رقم 04-05، المرجع السابق.

<sup>2</sup>-مُجد لخضاري؛ فايذة هوام، المعاملة العقابية للمرأة السجينة في المواثيق الدولية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، مج04، جانفي 2020، ع02 ص.08.

<sup>3</sup>-أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج09، ص.225-226.

<sup>4</sup>-أنظر؛ بوساحية السايح، حقوق المرأة السجينة في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة تبسة، مج01، سبتمبر 2016، ع01، ص.50.

<sup>5</sup>-أنظر؛ المادة 51 من القانون رقم 04-05، المرجع السابق.

إلى وثائق الحالة المدنية للطفل بعدم التأشير لا في سجل الولادات ولا على شهادة ميلاد الطفل أية بيانات يفهم منها ولادته داخل السجن أو احتباس والدته.

وعموماً، فإن المشرع كرس رعاية صحية للسجناء بصفة عامة وللمرأة بصفة خاصة، سواء ما يمكن عده أساليب وقائية، كنمط الهياكل المادية للمنشآت العقابية أو النظافة الشخصية للسجناء<sup>1</sup>. كما يمكن اعتبار ذلك التفاتة تتماشى وتطلعات المواثيق الدولية، وبالأخص المنصوص عليها ضمن القواعد رقم 48 وما بعدها الموصى بها في الدورة الثامنة عشر للجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية<sup>2</sup>.

### سادساً: قانون الأسرة

لقد نص المشرع على المسائل والحقوق المرتبطة بالإنجاب بموجب القانون رقم 84-11، لكن بعد 20 سنة تم تعديله بموجب الأمر رقم 05-02، إلا أنه عزز حقوق المرأة في بعض المسائل، مع الاحتفاظ بنص المادة 222 التي تحيل إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل غير المنصوص عليها. وما نشير إليه هو أن هذا القانون تضمن حقوقاً وواجبات مرتبطة بالإنجاب والصحة الإنجابية. ولكن لا يسعنا المقام لذكرها بالتفصيل في هذا الموضوع، لكون أن ما من موضوع مدرج ضمن بحثنا هذا إلا وله علاقة وطيدة بهذا القانون. كانعقاد الزواج، والسن القانونية الواجب توافرها لصحته، والشهادة الطبية قبل الزواج، وتعدد الزوجات، ومسألة النسب، والإنجاب بالطرق الطبية الحديثة، وغيرها من الحقوق. كلها مواضيع لها صلة بمسألة الإنجاب والأمومة، اعتنى بها المشرع ضمن نصوص هذا القانون.

### سابعاً: قانون العقوبات

ويستوي كذلك بالنسبة لهذا القانون، فتظهر عناية المشرع بحماية الإنجاب والأمومة بصورة جلية، من خلال المواد المجرمة لجريمة التعدي على الحمل، وإجهاضه، وهو ما سنعالجه في أوانه<sup>3</sup>، بالإضافة إلى النصوص التي ذكرناها عند الكلام عن حماية الحق في الحياة، وحماية السلامة الجسدية<sup>4</sup>، وكذا مختلف النصوص الموجبة

<sup>1</sup>- بن جاري عمر، أساليب المعاملة العقابية للسجناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، جوان 2018، ع10، ص.278-279.

<sup>2</sup>- مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين بكاراكاس فينيزويلا، لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة الثامنة عشر، المرجع السابق، ص.16 وما بعدها؛ مُجد لخضاري؛ فائزة هوام، المرجع السابق، ص.155.

<sup>3</sup>- أنظر؛ ص.193 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>4</sup>- أنظر؛ ص.44 وما بعدها من هذا البحث.

للمسؤولية الجزائية للأطباء والمرضى والقابلات، التي قد تنجم عن الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية، أو بعض الممارسات الواقعة على الجهاز التناسلي، كجراحة الختان، التي لها علاقة وطيدة بالصحة الإنجابية، وهو فحوى الفرع الموالي.

### الفرع الثالث

#### علاقة ختان الجهاز التناسلي بالصحة الإنجابية

يعد الجهاز التناسلي الجانب الرئيسي للصحة الإنجابية لكلا الجنسين. غير أنه قد تقع عليه بعض الممارسات من شأنها التأثير على قدراته إيجابا وسلبا حسب رأي المختصين، ولعل أهم تلك الممارسات جراحة الختان. فهو يعد من الشعائر الدينية للدول المسلمة الثابتة في حق الرجال، مع الاختلاف حول مساواة المرأة في ذلك. وعليه سنبرز التأصيل الشرعي للختان ومدى اعتباره أمرا مطلوباً للمرأة، أم أنه يمكن تصنيفه ضمن خانة الأفعال المشوهة للأعضاء التناسلية للأنتى يمكن إقرار المسؤولية الطبية تبعا لذلك؟ وما هو أثره على الصحة الإنجابية لكلا الجنسين؟

فالختان يعرف على أنه موضع القطع من الذكر<sup>1</sup>، أي يكون بقطع غرلة الصبي أو القلفة وهي الجلدة التي تغطي رأس القضيب<sup>2</sup>. ويطلق عليه، العذرة وهي كذلك الجلدة يقطعها الختان. وعذر الغلام والجارية يعذرهما، عذرا وأعذرهما ختنهما<sup>3</sup>. وختان الأنتى يسمى الحُقُض أو الحفاض، ويكون بقطع جزء من البظر وهو عضو صغير يقع فوق فتحة الفرج<sup>4</sup>. وخفضت الجارية: كختن الغلام، خاص بمن<sup>5</sup>.

في هذا المقام نقوم بدراسة التأصيل الشرعي للختان (أولا) ومدى اعتبار ختان المرأة تعدي على السلامة الجسدية (ثانيا)، ثم أثر الختان على الصحة الإنجابية (ثالثا) وأخيرا المسؤولية الطبية في جراحة الختان (رابعا).

#### أولا: التأصيل الشرعي للختان

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الختان إلى أقوال:

<sup>1</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.306.

<sup>2</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.420.

<sup>3</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج19، ص.26.

<sup>4</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع نفسه، ص.420؛

<sup>5</sup>-محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.641.

القول الأول<sup>1</sup>، ذهب الحنابلة، والشافعية، والإمام سحنون من المالكية إلى القول بوجوب الختان في حق الرجال، لكونه من شعائر المسلمين، بدليل حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا جلس بين الشعب الأربع ثم أُلزق الختان بالختان فقد وجب الغسل»<sup>2</sup>، وكذا قول الله عز وجل «ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»<sup>3</sup>، وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اختتن إبراهيم وهو ابن ثمانين، اختتن بالقدم»<sup>4</sup>.

واحتج هؤلاء بأنه لو لم يكن واجبا لما جاز كشف العورة ولما اطلع عليها الخاتن، وكذلك عدم الختان يؤدي إلى حبس النجاسة فلا تصح الصلاة بوجودها لذا وجب إزالتها بالختان. وقد عدد ابن القيم خمسة عشر وجها للقول بوجوبه<sup>5</sup>.

والقول الثاني<sup>6</sup>، ذهب الحنفية، والحسن البصري، والمالكية إلى القول بأن الختان سنة، بدليل قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الختان سنة للرجال مكرمة للنساء»، وإن كان هذا الحديث ضعيفا لا يحتج به عند البعض<sup>7</sup>، والحديث والحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «الفترة خمس: الختان والاستحداد وقص

<sup>1</sup> -ملوفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 01، ص 115؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 01، ص 99-100؛ ابن تيمية، المرجع السابق، ج 21، ص 114؛ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 84؛ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع السابق، ص 119؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 19، ص 27؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج 03، ص 15.

<sup>2</sup> -أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج 10، ح 25558، ص 226؛ صحيح البخاري، كتاب الغسل، المرجع السابق، ح 291، ص 80؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الحيض، ح 349، ص 167-168؛ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، ج 01، ح 778، ص 05.

<sup>3</sup> -سورة النحل، الآية 123.

<sup>4</sup> -أحمد بن حنبل، المسند، المرجع نفسه، ج 04، ح 9872، ص 622.

<sup>5</sup> -شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع نفسه، ص 120-123.

<sup>6</sup> -الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 19، ص 27؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج 03، ص 15، أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، كتاب الجامع في السنن والآداب والمغازي والتاريخ، تح. محم أبوالأجفان وعثمان بطيح، ط 02، مؤسسة الرسالة، بيروت؛ المكتبة العتيقة، تونس، 1983، ص 209؛ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع نفسه، ص 120.

<sup>7</sup> -محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، مج 04، ح 1935، مكنبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ط، ص 407؛ نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 85؛ مية الرحي، الإسلام والمرأة قراءة نسوية في أسس قانون الأحوال الشخصية، ط 01، الرحبة للنشر والتوزيع، دمشق، 2014، ص 246.

الشارب وتقليم الأظافر ونتف الآباط»<sup>1</sup>. وعدم القول بالوجوب يستند إلى كونه قطع جزء من الجسد ابتداءً، قياساً على قص الأظافر<sup>2</sup>.

وأما القول الثالث<sup>3</sup>، أن الختان عند بعض الحنابلة واجب على الرجال مكرمة للنساء وليس بواجب عليهن<sup>4</sup>. بل قال بعضهم بأنه يجب على الرجل إجبار زوجته على الختان كالصلاة<sup>5</sup>.

إلى جانب ما ذكرناه من أقوال للفقهاء القدامى حول مسألة الختان، فسنذكر بعض آراء الفقهاء المعاصرين، وبالأخص بعض علماء الأزهر المؤيدين لهذه القضية، كونها منتشرة في بلادهم بنسبة معتبرة من بينهم:

-الإمام بدر الدين العيني الذي يرى أن الظاهر وجوب الختان على الرجال والنساء، لكونه من سنن الفطرة<sup>6</sup>.

-الإمام الخرشبي المالكي يرى استحباب ختان الإناث عند المالكية<sup>7</sup>.

-الإمام البجيرمي يقول بوجوب ختان الإناث عند المالكية على الصحيح<sup>8</sup>.

-علام نصار مفتي الديار المصرية يرى بأن ختان الإناث من شعائر الإسلام المتفق على مشروعيتها، مع ترجيح القول بسننيته بقصد تعديل الميل الجنسي لهن<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>-صحيح البخاري، كتاب اللباس، المرجع السابق، ح.ر.5891، ص.1486؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الطهارة، ح.ر.257، ص.133-134.

<sup>2</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج19، ص.27.

<sup>3</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج19، ص.28.

<sup>4</sup>-ملوفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج01، ص.115.

<sup>5</sup>-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج01، ص.99-100.

<sup>6</sup>-بدر الدين العيني، الظاهر وجوب الختان على الرجال والنساء، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.25.

<sup>7</sup>-الإمام الخرشبي المالكي، استحباب ختان الإناث عند المالكية، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.26.

<sup>8</sup>-سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، وجوب ختان الإناث عند الشافعية، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.27.

<sup>9</sup>-علام نصار، ختان الأنثى من شعار الإسلام المتفق على مشروعيتها، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.28.

-أما جاد الحق علي جاد الحق فيرى بمشروعية ختان الإناث لأنه فطرة تعمل على التقليل من مثيرات الانحراف بشرط ممارستها في حدود التوجيه النبوي. كما أنه لم يثبت منعه من أي من الفقهاء القدامى أو قال بضرره، بل كان الاختلاف حاصل في وجوبه أو سنيته ولا يمكن العدول عن تشريع نبوي بمقتضى رأي طبي<sup>1</sup>.

كما أصدر مجلس مجمع البحوث الإسلامية بجلسته 01 و02 في الدورة 31 سنة 1994 فتوى كان نصها «أولاً: أن ختان الأنثى (أي: خفاضها) مشروع في الإسلام ولا يجوز تجريمه.

ثانياً: أن ختان الأنثى لا يجوز أن يكون إلا بخفاضها دون مبالغة، استجابة في هذا لما جاء في الأثر: "أشمتي ولا تنهكي" أي: لا تجوري، وبذلك لا يكون فيه عدوان أو ظلم وإنما فيه مصلحة ومكرمة<sup>2</sup>.

#### ثانياً: مدى اعتبار ختان الأنثى تعدي على السلامة الجسدية

ذهب الرافضون لختان الإناث إلى تسميته بالبتر التناسلي أو التشويه التناسلي<sup>3</sup>، لأنه بمثابة تعدي على السلامة الجسدية للأنثى، وتقطيع لأجزاء من جسدها دون حاجة ماسة. بل يمكن تكيفه على أنه جريمة كاملة قانوناً حسب رأيهم، مع سبق الإصرار والعمد<sup>4</sup>.

وعلى هؤلاء رأيهم بعدم وجود دليل من القرآن الكريم ينص على هذه المسألة. أما الحديث الذي روي عن أم عطية الأنصارية، أن امرأة كانت تحتن بالمدينة، فقال لها النبي ﷺ «لا تنهكي، فإن ذلك أحظى للمرأة وأحب للبعل»، فهو حديث ضعيف حسب ما جاء في سنن البيهقي<sup>5</sup>، لا يمكن الاعتماد عليه في القول بمشروعية ختان الأنثى<sup>6</sup>، وإن كان هذا الحديث يعد صحيحاً عند بعض فقهاء الحديث المعاصرين<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- جاد الحق علي جاد الحق، اتفاق الفقهاء على مشروعية ختان الإناث، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.40.

<sup>2</sup>- فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف...، المرجع نفسه، ص.52-53.

<sup>3</sup>- محمد رفعت، الموسوعة الطبية 150 سؤال يجيب عنها نخبة من أساتذة كليات الطب بجمهورية مصر العربية، د.ط، الكتاب الثاني، المكتبة العصرية، بيروت، د.س.ن، ص.119.

<sup>4</sup>- محمد فياض، البتر التناسلي للإناث، ختان الإناث، ط01، دار الشروق القاهرة، 1998، ص.05.

<sup>5</sup>- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، ج17، ح.1762، ص.507.

<sup>6</sup>- جمال أبو السرور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، ختان الإناث بين المغلوط علمياً والمبتسب فقهيًا، ط02، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، القاهرة؛ أو منظمة الأمم المتحدة للطفولة (يونيسف)، مكتب جمهورية مصر العربية، القاهرة، 2013، ص.17.

<sup>7</sup>- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، مج03، ط01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1998، ح.5271، ص.295.

إضافة إلى فتوى مُجَّد بن صالح العثيمين، الذي قال بأن أظهر الأقوال، هو أن الختان واجب في حق الرجال دون النساء، ولو صح حديث « الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء »، لكان هو الفاصل<sup>1</sup>. كما يأخذون بفتوى محمود شلتوت الذي يرى بأن ليس لختان الأنتى ما يدعو إليه، ولا وجود لختمية شرعية، ولا طبية، ولا خلقية<sup>2</sup>.

وما دام أن محل عملية الختان هو العضو التناسلي للأنتى، فهو يؤدي إلى الانتقاص من شكله الأصلي فيعد بذلك اعتداء على سلامة الجسم وسلامته، ما يؤدي إلى مساءلة القائم بها، سواء كان طبيبا أو غيره على إحداث عاهة مستديمة، وهي جريمة كاملة بأركانها الثلاثة، مع سبق الإصرار والعمد، وكذا جريمة هتك عرض فتاة بالقوة<sup>3</sup>. وقد ذكر ابن حزم آراء الفقهاء في القصاص عند قطع شفري المرأة، وأدى ذلك إلى ذهاب الجماع. الجماع غير أنه صرح بأنه لا وجود لنص، ولا إجماع في ذلك، فلا شيء حالة الخطأ، أما في العمد فالقصاص فيما أمكن، والمفاداة فيما كان جرحا<sup>4</sup>.

وقال بعضهم بأن ختان الأنتى يترك للحالات الخاصة التي يقررها الأطباء المستوفية لحالة الضرورة، كأن يكون البظر ناميا يحول بقاءه دون القيام بالعلاقة الجنسية. فيكون بمثابة أي عملية جراحية أخرى تستدعي إزالة عضو متضخم يضر بقاءه في الجسم<sup>5</sup>.

### ثالثا: أثر الختان على الصحة الإنجابية

أثبتت الدراسات الطبية الحديثة أن لختان الذكور فوائد صحية جمة، كالوقاية من الالتهابات الموضعية التي قد تحدث في قلفة الطفل، يمكن أن تمتد إلى المجاري البولية. إذ ثبت طبيبا أن نسبة 95% من الأطفال غير

<sup>1</sup> - مُجَّد بن صالح العثيمين، حكم الختان في حق الرجال والنساء، مجلة التوحيد، أنصار السنة المحمدية، المركز العام، م. دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، السنة الثالثة والثلاثون، 1425هـ، ع05، ص.61؛ جمال أبو السورور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع نفسه، ص.18.

<sup>2</sup> - محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، ط18، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص.286؛ جمال أبو السورور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع نفسه، ص.18.

<sup>3</sup> - مُجَّد فياض، المرجع السابق، ص.95؛ جمال أبو السورور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع نفسه، ص.34.

<sup>4</sup> - أبو مُجَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، كتاب الدماء والقصاص، مسألة رقم 2065، ص.1942.

<sup>5</sup> - أحمد مُجَّد كنعان، المرجع السابق، ص.424.

المختونين يصابون بمثل هذه الالتهابات. كما يعمل الختان على الوقاية من سرطان القضيب، ومختلف الأمراض الجنسية التي قد تتسبب في سرطان عنق الرحم للزوجة<sup>1</sup>.

وقد نشرت المجلة الطبية البريطانية (BMG) عام 1987 مقالا ذكرت فيه أن سرطان القضيب نادر الوقوع في البلدان الإسلامية بسبب ممارسة عملية الختان. فمن العوامل المهمة لهذا النوع من السرطان التهاب حشفة القضيب وبإزالة القلفة يمنع حدوث بعض الإفرازات التي لها دورا مسرطن<sup>2</sup>. ولعل بهجر شعيرة الختان يكون في ذلك تعريضا للعضو التناسلي للرجل ليغدو بيئة مناسبة لتكاثر الجراثيم من المحتمل أن يشكل عائقا أمام حدوث الحمل وتحقيق الإنجاب<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لختان الإناث، فأثره على الصحة الإنجابية يتأرجح سلبا وإيجابا على حسب القائل به رفضا أو تأييدا، فالرافضون لهذه العملية يرون بأنه إلى جانب الصدمة العصبية، والنزف الشديد، والمضاعفات التي قد تؤدي إلى حدوث الوفاة، وغيرها من الآثار السلبية ذات المدى القريب، قد تعاني الفتاة على المدى البعيد من مشاكل جنسية، وفقد للقدرة على الإنجاب بسبب الالتهابات الحاصلة في الجهاز التناسلي وقتاتي فالوب. وأيضا عسر الولادة، نتيجة التضيق في فتحة المهبل يلحق ذلك ضررا بالجنين، مما يرفع من نسب وفيات الأطفال حديثي الولادة<sup>4</sup>. بل بحسب بعضهم أن حوالي 20 إلى 25% من حالات العقم في بعض البلدان سببها إجراء عملية الختان للبنات<sup>5</sup>.

أما المؤيدون لهذه العملية فيرون أن القلفة في الرجل والمرأة واحدة تقريبا، وقطعها سيؤدي إلى نفس المنافع في دفع الأمراض، وإن كانت بنسب متفاوتة، مع القول بضرورة البحث طبيا لتأكيد ذلك<sup>6</sup>. هذا وقد أقر الأطباء في بعض المؤتمرات الدولية بمدينة بودابست سنة 1996 أن هذه العملية تحمي المرأة من مرض الإيدز،

<sup>1</sup>-مُجَّد علي البار، الختان، قياسات من الطب النبوي الوقائي موسوعة سنن الفطرة، ط01، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1994، ص.76 وما بعدها.

<sup>2</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.134؛

<sup>3</sup>-أسامة الحموي، الصحة الإنجابية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج24، ع02، 2008، جامعة دمشق، ص.510.

<sup>4</sup>-جمال أبو السرور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع السابق، ص.22-23.

<sup>5</sup>-أحمد مُجَّد كنعان، المرجع السابق، ص.423.

<sup>6</sup>-مُجَّد علي البار، الختان، المرجع نفسه، ص.73-74.

وهو قليل الانتشار لدى النساء في البلدان التي تنتشر فيها<sup>1</sup>. والقول عندهم بأن ختان المرأة يورث العقم هي مغالطة يفندها الواقع. إذ المسلم به أن المرأة المسلمة أنجبت، وهي محتونة ونساء الدول الأوروبية هن العقيمات<sup>2</sup>.

#### رابعاً: المسؤولية الطبية في جراحة الختان

يعد المجتمع الجزائري من المجتمعات التي تصنف ختان الذكور من الشعائر الإسلامية، كان يقوم بإجرائها في وقت ليس بالبعيد أشخاص معينين في المجتمع يشهد لهم بإتقانها. غير أنه مع زيادة الوعي، وظهور أمراض لم تكن معهودة لدى الأطفال، كمرض السكري، وعدم تخثر الدم، تغيرت نظرة المواطنين وبات لديهم من باب الحيلة إجراؤها داخل المؤسسات الصحية ضماناً لسلامة أطفالهم، مع إمكانية إيقاع المسؤولية الطبية عند وقوع الخطأ، كونها عملية تخضع لقواعد المسؤولية الطبية عن أعمال الجراحة.

فالشخص الذي يجري هذه الجراحة ولا تتوفر فيه الشروط القانونية لممارسة مهنة الطب، يكون قد ارتكب جريمة الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة المنصوص عليها بالمادتين 185 و186 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، ولا يمكن لمرتكب هذه الجريمة نفي مسؤوليته على أساس عدم العلم بتجربتها، لأن ممارسة الأعمال الطبية والجراحية هو استعمال لحق مقرر قانوناً، والعلم بالنص القانوني لدى الجاني أمر مفترض منذ نفاذه<sup>3</sup>. وتحيل المادة 416 من نفس القانون إلى المادة 243 من ق.ع. لتحديد العقوبات المطبقة على هذا النوع من الجرائم.

أما ختان البنات، فهو جراحة لا تمارس في مجتمعنا، سواء ما نلمسه واقعياً، من خلال عدم طلبها من الأولياء، أو من حيث عدم وجود نساء خبيرات في إجرائها، أو باعتراف من طرف بعض الهيئات الدولية<sup>4</sup>. غير أنه يمكن إيقاع المسؤولية على الطبيب الذي أجرى هذه العملية عند وقوعها بمقتضى نص المادة 264 في

<sup>1</sup>-علي أبي الحسن، الختان مكرمة للمرأة، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.67.

<sup>2</sup>-محمد أحمد المسير، محاولة نحو ختان الإناث اعتداء على الدين وخروج على الشرع، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011، ص.74.

<sup>3</sup>-حمزة بن عقون، المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص.180.

<sup>4</sup>-أنظر؛ خريطة توضح البلدان التي يجري فيها عادة ختان الإناث في إفريقيا ونسبه المختلفة؛ جمال أبو السرور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع السابق، ص.08.

فقرتها الرابعة من قانون العقوبات<sup>1</sup>، لكونه أحدث عاهة مستديمة للأثنى عن طريق بتر عضو في الجسم، أو بصفة عامة، المساس بالسلامة الجسدية لها. ويمكن تشديد العقوبة حسب نص المادة 265 من نفس القانون عند توفر سبق الإصرار، وهو ما يكون محققاً في مثل هذه الجراحة. كما يمكن إعمال المبادئ الأخلاقية للممارسات الطبية في هذا الشأن، المشار إليها في نص المادة 355 من قانون الصحة، كتتحقيق المنفعة ودفع الضرر، والتي ينتفي وجودها مطلقاً حسب رأي بعض المختصين<sup>2</sup>.

وبهذا يكون على المشرع تبيان موقفه من جراحة ختان الإناث، لاسيما في ظل وجود تضارب في آراء الفقه الإسلامي حول مشروعيتها، وهو ما لا يؤمن معه الأخذ بالرأي القائل بجوازها. اتتهينا من إبراز علاقة جراحة الختان بالصحة الإنجابية، وسنلج إلى دراسة علاقة تقرير المصير في تنظيم الإنجاب بالصحة الإنجابية في الفرع الذي يلي.

## الفرع الرابع

### علاقة تقرير المصير في تنظيم الإنجاب بالصحة الإنجابية

لقد شغل موضوع حق الشخص في تنظيم أسرته الكثير من المناسبات، كونه من القرارات المتعلقة بالبدن والقدرة الإنجابية. ويعرف هذا الحق بأنه "الحق في أن يحدد الشخص بجرية ومسؤولية عدد أطفاله والمسافات الزمنية الفاصلة بينهم، وفي الحصول على المعلومات والوسائل الضرورية لذلك"<sup>3</sup>. غير أنه في إطار العلاقة الزوجية قد يشهد تنافراً بين الزوجين يؤثر في مدى استقلاليته واستقراره. إن هذا التنافر تحكمه مسائل، كقوامة الزوج (أولاً)، وواجب طاعة الزوجة (ثانياً)، ومبدأ المساواة بين الزوجين (ثالثاً).

#### أولاً: قوامة الزوج

فالحياة الزوجية هي علاقة اجتماعية، تتطلب وجود مركز للرئاسة، إذ الاجتماع ينجم عنه الاختلاف بين الآراء والرغبات، والزوج هو الأحق بذلك المركز، أي بالقوامة، لقدرة على التنفيذ بقوته وماله، فيقع عليه واجب حماية الزوجة والنفقة عليها، وكل ما يعلق بقوامته، والزوجة مطالبة بالطاعة، وكل ذلك في حدود العدل بين

<sup>1</sup>-تنص الفقرة 04 من المادة 264 ق.ع.ج على أنه: « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إحصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات » .

<sup>2</sup>-جمال أبو السرور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، المرجع السابق، ص.21.

<sup>3</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.16.

الجنسين، ومنه، فإن القوامة تقتضي تأصيلها شرعا، وذكر الأدلة التي تدعمها (أ)، مع تبيان مستلزماتها الشرعية (ب).

### أ- التأصيل الشرعي للقوامة وأدلتها

القوامة، هي بمعنى قيام الرجال بمصالح النساء<sup>1</sup>، لقوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»<sup>2</sup>، أو بمعنى المحافظة والإصلاح<sup>3</sup>، وفي الحديث الشريف الذي رواه أنس بن مالك إذ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن من أشراط الساعة: أن يرفع العلم ويظهر الجهل ويفشو الزنا ويشرب الخمر ويذهب الرجال ويبقى النساء حتى يكون لخمسين امرأة قيم واحد»<sup>4</sup>. فقيم المرأة هو زوجها، يقوم بأمرها وما تحتاج إليه. وإنه لقوام عليها: أي مائن لها. وليس يراد في تلك الآية التنصب والمثول وضد القعود، إنما هو من قولهم قمت بأمرك، أي الرجال متكفلون بأمر النساء معنيون بشؤونهم<sup>5</sup>.

والقوامة ثابتة بنصوص القرآن، بدليل قوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ..»، فيرى الفقهاء أن التفضيل مزية جبلها الله في المرأة تستدعي حاجة المرأة إلى الرجل في النفقة والذب عنها<sup>6</sup>. ولفظ قوام جاء بصيغة المبالغة، أي القيام على الشيء والاستبداد بالنظر في، وحفظه بالاجتهاد. فيقع عليه تديرها وتأديتها وإمساكها في بيتها. ويقال أن الرجال لهم فضيلة في العقل والتدبير فجعل لهم حق القيام. كما يشرع للزوجة طلب فسخ العقد إذا لم يكن الزوج قواما عليها<sup>7</sup>. وقوله تعالى «... وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»<sup>8</sup>، فدرجة الرجل تقتضي التفضيل، وتشعر بأن حقه عليها أوجب من حقها عليه<sup>9</sup>. أو هي بمثابة الأسير العاجز في يد الرجل لقوله ﷺ: «ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندكم...»<sup>10</sup>؛ وقوله ﷺ كذلك «اللهم إني

<sup>1</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تح. محمد علي النجار، مج5، د.ط، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1992، ص.309.

<sup>2</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 34.

<sup>3</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج12، د.ط، دار صادر، بيروت، د.س.ن، ص.133.

<sup>4</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج05، ح.ر.13143، ص.500.

<sup>5</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، مج12، المرجع نفسه، ص.502-503.

<sup>6</sup>-محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج05، ص.39.

<sup>7</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج06، ص.من 278 إلى 280.

<sup>8</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 228.

<sup>9</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج04، ص.من 54.

<sup>10</sup>-حديث رواه سليمان بن عمرو بن الأحوص؛ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، المرجع السابق، مج01، كتاب الرضاع، ح.ر.1163، ص.594.

أخرج حق الضعيفين اليتيم والمرأة»<sup>1</sup>، فبقدر ما جعل للرجل من تفضيل في الاقتدار كان مندوبا عليه الوفاء بحق المرأة أكثر، فعد ذلك كالتهديد له عند الإقدام على الإضرار بها وأذيتها<sup>2</sup>.

أما أدلة ثبوت القوامة بنصوص الحديث، فقد ورد ما يدل على تفضيل الزوج، ونهي الزوجة عن القيام ببعض الأعمال حتى التعبدية منها إلا بإذن زوجها. منها الحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد عليها إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة عن غير أمره فإنه يؤدي إليه شطره»<sup>3</sup>؛ والحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا دعا الرجل امرأته امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح»<sup>4</sup>، فهذه الأحاديث وغيرها<sup>5</sup>، إنما هي دليل على على استحقاق الرجل للقوامة على زوجته.

ويصلح الاستدلال عقلا على أحقية القوامة للزوج، لكون الحياة الزوجية في جوهرها كالشركة التي في أصلها تجمع ما بين اثنين فأكثر. فلضمان استمرارها لابد لها من رئيس يرجع إليه عند الاختلاف، فتكون كلمته هي النافذة درءا للتعصب في المواقف، والزوج بما أودع الله فيه هو الأصلح للقيام بهذا الدور<sup>6</sup>.

### ب- مستلزمات قوامة الزوج

فالشارع لما جعل القوامة بيد الزوج لم يتركه يمارسها على حسب رغباته وأهوائه، بل قيدها بضوابط عدت من مستلزماتها وفروعها، إن أخل بها فقد أخل بالأصل، وهذا كله حماية للزوجة من الإضرار والعنف الأسري، وهذه القيود تتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup>- حديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه؛ أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج4، ح.ر.9916، ص.633؛ محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة...، المرجع السابق، مج 03، ح.ر.1015، ص.12-13.

<sup>2</sup>- محمد الرازي فخر الدين، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج06، ط01، دار الفكر، بيروت، 1981، ص.102.

<sup>3</sup>- صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب النكاح، ح.ر.5195، ص.1325.

<sup>4</sup>- صحيح مسلم، المرجع نفسه، كتاب النكاح، ح.ر.5193، ص.1324.

<sup>5</sup>- ما رواه عبد الرحمن بن عوف عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت»؛ أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج01، ح.ر.1683، ص.521-522.

- ما رواه جابر بن علي عن النبي ﷺ أنه قال: «... فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف...»؛ صحيح مسلم، المرجع نفسه، كتاب الحج، جزء من ح.ر.1218، ص.558.

<sup>6</sup>- زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج07، ص.268؛ وفاء بنت عبد العزيز السويلم، القوامة وأحكامها الفقهية دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع21، ص.400.

## I- واجب المعاشرة بالمعروف

كرس المشرع واجب المعاشرة بالمعروف بالمادة 03 من ق.أ بنصها "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

كما أكدت المادة 36 من نفس القانون على هذا الواجب من جانب الزوجين بنصها في الفقرتين الأولى والثانية على ما يلي: " يجب على الزوجين:

-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

إذا كانت قوامة الزوج على زوجته من ضروريات الحياة الزوجية لضمان استمرارها، لزم أن تكون تلك الرياسة خالية من التعسف في استعمال تلك القوامة، وجعلها أسلوبا للتسلط والإضرار والعنف ضد زوجته. بل لا بد أن تقوم على المودة والرحمة، فهي من الأسس التي نصت عليه المادة 04 من ق.أ. والمعاشرة بالمعروف من الواجبات التي حث عليه الإسلام، بدليل قوله تعالى: « وَمَنْ ءَايَتِهِمْ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ »<sup>1</sup>، وقوله تعالى: «... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...»، ويكون ذلك بالصحبة الجميلة، وتجنب الأذى، وعدم المماطلة في تمكينها من حقها عند القدرة من غير إظهار لكراهة البذل، بل ببشر وطلاقة، ولا يتبعه منة، ولا أذى، وطيب خاطر، مع التقدير والاحترام<sup>2</sup>.

وحسن المعاشرة من صفات المؤمنين وحسن أخلاقهم لقوله ﷺ « أكمل المؤمنين إيمانا، أحسنهم خلقا، وخياركم خياركم لنسائهم خلقا »<sup>3</sup>، ويعد العنف الأسري من مضادات العشرة بالمعروف، وصوره عديدة لا يمكن حصرها، فالضرب المجاوز للحد المشروع، أو المبرح، والتهديد بالطلاق، والحرمان من النفقة هي من صورته. وكل ذلك مرده ضعف الوازع الديني، والجهل بالحقوق والواجبات للمكلف بها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-سورة الروم، الآية 21.

<sup>2</sup>-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج07، ص.2540؛ محمد يحي النجيمي، المرجع السابق، ص.28.

<sup>3</sup>-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، المرجع السابق، مج01، كتاب الرضاع، ح.ر.1162، ص.593-594؛ المؤلف نفسه، سلسلة الأحاديث الصحيحة...، المرجع السابق، مج01، ح.284، ص.573.

<sup>4</sup>-سعود بن إبراهيم الشريم، العنف الأسري صورته وأسبابه وعلاجه، مجلة التوحيد، ع542، السنة السادسة والأربعون، 1438هـ، القاهرة، ص.24.

وتشمل المعاشرة بالمعروف بتطبيب القول للزوجة وتحسين الفعل، بل يتعداه إلى الهيئة بحسب القدرة، فكما يرغب الزوج في زوجته عليه أن يكون قدوة لها<sup>1</sup>، لقوله تعالى «وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>2</sup>. وما رواه معاوية القشيري أنه قال: قلت: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت-أو اكتسبت-، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر، إلا في البيت»<sup>3</sup>. فالواجب على الزوج إذا عقد على المرأة أن يوجد جوا من الملاءمة والملاطفة ما بينهما، لتكون صحبتها على الكمال والتمام، فهو أهدأ للنفس، وأهنأ للعيش، وأقر للعين. وبسقوط العشرة يقع الشقاق والمخالعة<sup>4</sup>.

## II- واجب النفقة على الزوجة

فالنفقة عموماً، هي ما ينفقه الإنسان من الأموال وغيرها، لقوله تعالى «وَأَنْفِقُوا مِنْ مَا رَزَقْنَاكُمْ...»<sup>5</sup>، أما نفقة الزوجية فالمراد بها " ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها"<sup>6</sup>. وهي واجبة على الزوج بالقرآن والسنة والإجماع، فبالقرآن قوله تعالى: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا»<sup>7</sup>، وقول الله عز وجل «قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ...»<sup>8</sup>.

وأما في السنة، ما رواه جابر بن علي عن النبي ﷺ أنه قال: «...فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف...»؛ وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «أن

<sup>1</sup>-أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ج01، ص.699.

<sup>2</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 228.

<sup>3</sup>-مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المرجع السابق، مج01، ص.596.

<sup>4</sup>-أبي بكر مُحَمَّد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تع. مُحَمَّد عبد القادر عطا، القسم الأول، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.468.

<sup>5</sup>-سورة المنافقون، جزء من الآية 10.

<sup>6</sup>-عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط01، دار النفائس، الأردن، 1997، ص.279.

<sup>7</sup>-سورة الطلاق، الآية 07.

<sup>8</sup>-سورة الأحزاب، جزء من الآية 50.

هندا بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»<sup>1</sup>.

وأما الإجماع، فأهل العلم متفقون على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، لأنها محبوسة عنده ممنوعة من التصرف والتكسب، إلا إذا كانت ناشزا<sup>2</sup>. ولا تسقط نفقة الزوجة وأولادها حتى على المجاهد في سبيل الله باتفاق العلماء، بل يشترط لخروجه أن يترك ما يكفيهم من النفقة حتى يعود<sup>3</sup>. ويلزم بالنفقة عليها وإن كانت غنية بالاتفاق كذلك<sup>4</sup>. وهو مبدأ الفصل بين الذم المالية للزوجين الذي أخذ به المشرع بمقتضى المادة 37 ق.أ، فترك بذلك للزوجة حرية التصرف في مالها<sup>5</sup>.

وذهب المشرع إلى وجوب نفقة الزوجة على زوجها بموجب المادة 74 ق.أ التي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة...". فقريئة وجوبها هو الدخول أو مماثلة الزوج إليه رغم استعداد الزوجة له ويقع عليها عبء إثبات ذلك.

ولقدت عدت المادة 78 ق.أ مشتملات النفقة بنصها " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". غير أنه ورد استثناء بشأن النفقة على الأولاد إذ جعلها من التزامات الزوجة عند عجز الزوج على النفقة عليهم بموجب المادة 76.

ويرجع تقدير النفقة للقاضي<sup>6</sup>، حسب نص المادة 79 بمراعاة حال الطرفين وظروف المعاش. واستحقاقها واستحقاقها يكون من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم يقوم بالحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز عام قبل رفع الدعوى بناء على بيينة تقدمها الزوجة حسب نص المادة 80 ق.أ.

<sup>1</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النفقات، ح.ر.5364، ص.1367؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الأفضية، ح.ر.1714، ص.819.

<sup>2</sup>-لوفوق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.348.

<sup>3</sup>-مرعي بن عبد الله بن مرعي، أحكام المجاهد بالنفس في سبيل الله عز وجل في الفقه الإسلامي، مج.02، ط.01، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبوية، دار العلوم والحكم، دمشق، 2003، ص.583.

<sup>4</sup>-الإمام الحافظ ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ويليه نقد مراتب الإجماع، للإمام الحافظ ابن تيمية، بعناية حسن أحمد إسبر، ط.01، دار ابن حزم، بيروت، 1998، ص.142.

<sup>5</sup>-سرور طالبي المل، حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية لعام 2000، ط.01، سلسلة المنشورات العلمية لمركز جيل للبحث العلمي، لبنان، طرابلس، 2014، ص.96.

<sup>6</sup>-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 16/01/1989 ملف رقم.51715، م.ق، 1992، ع.02، ص.55.

ويتأكد اهتمام المشرع بجعل عدم الإنفاق من أسباب طلب الزوجة للتطليق في حالة صدور الحكم بوجودها، حسب الفقرة الأولى من المادة 53 ق.أ.، وحالة غيبة الزوج دون عذر ولا نفقة، حسب الفقرة الخامسة من نفس المادة.

### III- حق الزوجة في الاستمتاع

يعد حق الزوجة في الاستمتاع مناط الإنجاب، وهو عند فقهاء الشريعة الإسلامية من أوكد حقوقها وأعظم من حقها في الإطعام. والوطء الواجب، قيل يكون مرة في كل أربعة أشهر، لكن أصح الأقوال أن يكون بقدر حاجة الزوجة، وقدرة الزوج مثلما يكون إطعامها على حسب استطاعته وحاجتها<sup>1</sup>. وكما للزوجة حقا في ماله، فلها كذلك حقا في بدنه، وهو العشرة والمتعة، بحيث لو ذهبت قدرته كما لو كان مجبوبا أو عينا استحققت الفرقة بإجماع المسلمين<sup>2</sup>.

ويترتب على هذا الحق العفاف، وهو الكف عما لا يحل ولا يحمل<sup>3</sup>، وهو حبس النفس عما هو قبيح وضبطها لئلا تنساق وراء الشهوة، فلا يعد الشخص عفيفا ولا متزنا إذا ساقته شهوة بطنه إلى الإكثار من الأطعمة حتى تفقده كل ماله، ثم يمد يده للاستدانة من الناس سواء أعطوه أو منعه، ولو أنه اعتدل في نفقته لكفاه ماله. فكذلك هو حال المتزوج والمتزوجة إذ على كل منهما الابتعاد عن كل ما يدعوا إلى الريبة وصون شرف الطرف الآخر<sup>4</sup>.

بغيا النص الصريح من المشرع على حق الاستمتاع، فإنه يمكن استنباط ما يدل عليه من خلال بعض المواد، كون أن هذا الحق هو من الفطرة في عقد الزواج. فالمادة 04 ق.أ نصت على أن من أهداف عقد الزواج إحصان الزوجين، وتكوين أسرة، والمحافظة على الأنساب، وهذا لا يتأتى إلا بالجماع. إفراغ الشهوة الجنسية واكتفاء أحدهما بالآخر لا يكون إلا بهذا الحق، فإذا حصل ذلك لديهما رغبا في إنجاب الذرية وتكوين أسرة، ثم الإبقاء على نسبهما من خلفها.

كما نلمس عناية المشرع بهذا الحق في الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة 36 ق.أ بجعل المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة والمعاشرة بالمعروف من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين. ويمكن

<sup>1</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، مج32، ص.271.

<sup>2</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع نفسه، مج28، ص.383.

<sup>3</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج30، ص.163-164.

<sup>4</sup>-إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر01، سنة 2011، ص.25.

القول بأن الاستمتاع من تلك الواجبات المشتركة وهو يمثل الجانب المعنوي للمعاشرة بالمعروف<sup>1</sup>. ووفقا للفقرة الثانية من المادة 53 ق.أ فإنه يمكن للزوجة طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر. وواجب إمتاع الزوجة يجب أن يمارس في حدود الضوابط الشرعية، فلا يجامعها حالة الحيض والنفاس أو أن يأتيها في دبرها، لقول الله تعالى «وَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ»<sup>2</sup>.

وإذا كان للزوج حق التمتع بزوجه متى شاء وكيف ما شاء، فليس له أن يطأها وطأ يضر بها، وإذا لم يتمتع من العدوان أمكن التفريق بينهما<sup>2</sup>. وإذا ادعت المرأة تضررها من الوطء أمكن لولي الأمر أن يحدد مقداره، لأن الحقوق التي لا يعلم مقدارها إلا بالمعروف عند التنازع قدرها ولي الأمر<sup>3</sup>.

### ثانيا: طاعة الزوج بين الإلغاء والإبقاء

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 39 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة على واجب طاعة الزوجة لزوجها على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، بحيث أن المصطلحات الثلاثة الواردة في هذه المادة، الطاعة والمراعاة والرئيس، كلها تثبت قوامة الزوج للأسرة وما يترتب عن ذلك من حقه في تأديب الزوجة. لكن المشرع بموجب الأمر رقم 05-02 ألغى نص المادة 39 ما ترتب عنه إلغاء واجب طاعة الزوجة لزوجها بالنص الصريح.

غير أن البعض<sup>4</sup>، اعتبر ذلك فراغا قانونيا يستدعي الأمر معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 من ق.أ، مع التبرير بأن واجب الطاعة لا يزال قائما ما دام أن للزوجة الحق في النفقة بمقتضى المادة 74 ق.أ. إذ أن هذا الحق لا يقوم إلا بطاعة الزوجة لزوجها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا أخلت بواجبها عدت ناشزا وسقط حقها في النفقة<sup>5</sup>. وهو ما أخذ به المشرع في المادة 37 ق.أ قبل إلغائها بالأمر رقم 05-02، إذ كانت تنص على أنه "يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه، إلا إذا ثبت نشوزها".

<sup>1</sup>- عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.62.

<sup>2</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، مج32، ص.168.

<sup>3</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع نفسه، مج34، ص.83.

<sup>4</sup>- وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص.91؛ أحسن زقور؛ الغوط عبد الكريم، سلطة تأديب الزوجة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، جوان 2017، ع06، ص.85.

<sup>5</sup>- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج05، ص.186-187؛ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.282.

وواجب الطاعة يعطي للزوج حق تأديب زوجته بدليل قوله تعالى « فَأَصْلِحَ لَهَا مَا فَرَسَتْ بِهَا مِنْ عَمَلٍ صَالِحٍ وَلَا يَجِدُ عَلَيْهَا إِعْسَاقًا مِنْ رَبِّهَا وَلَا عَظْمًا مِنْ يَدَيْهَا وَلَا كِبَاحًا مِنْ رَبِّهَا إِلَّا مَا يَنْتَهِى عَنِهَا ذَلِكَ لِتَقْوَى لِلرَّجُلِ عَلَى النِّسَاءِ إِنَّهُ كَانَ صَدِيقًا نَجِيبًا »<sup>1</sup>، فالصلاح، والقنوت، والحفظ يقصد به هنا الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه في ماله وفي نفسها حالة غيبته<sup>2</sup>. كما تدل على أن التأديب كان لترك الطاعة، فيدل على لزوم طاعتهم الأزواج<sup>3</sup>. وعدادت هذه الآية وسائل التأديب المتمثلة في الوعظ والهجر في المضجع والضرب، لكن الفقهاء اختلفوا فيما إذا كان ورودها في الآية على وجه الترتيب أم الاختيار. فذهب بعضهم<sup>4</sup> إلى القول بأنها جاءت على سبيل الترتيب وليس للزوج سلطة الاختيار.

فيكون المشرع قد أحدث إشكالا قانونيا بعدم منع الزوج من اللجوء إلى تأديب زوجته ما دام أنه حق ثابت بنصوص شرعية. لكن سعيا منه لتدارك حماية الزوجة فقد أقر نصوصا أخرى بإصدار القانون رقم 15-19 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات؛ إذ نصت المادة 266 مكرر في فقرتها الأولى، على تجريم الضرب والجرح العمدي الواقع من الزوج على زوجته<sup>5</sup>، وأقرت عقوبات متفاوتة، حسب جسامته الضمر، وإن كان لفظ -زوجه- يشمل الزوج والزوجة معا. غير أن المادة 266 مكرر<sup>6</sup> حصرت الحماية المقررة المقررة على الزوجة فقط، بحيث جرمت أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي الممارس عليها. كما أن المادة 330 مكرر تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.

<sup>1</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 34.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج06، ص.281.

<sup>3</sup>-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج03، ص.613.

<sup>4</sup>-أحسن زقور؛ الغوط عبد الكريم، المرجع السابق، ص.95-96.

<sup>5</sup>-المادة 266 مكرر فقرة01 على أنه: "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي:...."؛ القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق 2015/12/30، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.، المؤرخة في 2015/12/30، ع71، ص.03 وما بعدها.

<sup>6</sup>-تنص المادة 266 مكرر 1 فقرة01 من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى ثلاث(3) سنوات، كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية..".

والقول بمسؤولية الزوج جنائياً لا ينافي أحكام الشريعة الإسلامية، إذ تقضي القاعدة الفقهية أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، بشرط ألا يكون ذلك الأمر الجائر مقيداً بشرط السلامة<sup>1</sup>. لأن جواز تأديب الزوج لزوجته بالضرب مقيد بعدم الإضرار، فلا تنتفي مسؤولية الزوج عند إلحاق الضرر بزوجته<sup>2</sup>.

### ثالثاً: قرار تنظيم الإنجاب بين القوامة ومبدأ المساواة بين الزوجين

إن تنظيم الإنجاب أسلوب يهدف إلى التقليل من عدد الأولاد بناء على رغبة أحد الزوجين أو كلاهما. غير أن هذا القرار قد يواجه رفضاً من طرف أحد الزوجين، وغالباً ما يرجح في جانب الزوج، لكون أن متاعب الحمل والولادة تكابدها الزوجة، فتحاول إيجاد فترات بين الولادات لإعطائها نفساً في الحمل مرة أخرى. بذلك يكون قرار تنظيم الإنجاب واقع بين قوامة الزوج ومبدأ المساواة بين الزوجين، فهل على الزوجة لزوم طاعة زوجها؟ أم أن لها الحق في رفض الحمل والتمسك بالحق في تنظيم الإنجاب؟

### أ- عدم تعارض القوامة ومبدأ المساواة بين الزوجين

يمكن القول بأن قوامة الزوج لا تتعارض مع مبدأ المساواة بينه وبين الزوجة، بشرط عدم القول بوحدة المراكز وإلغاء الجنس البيولوجي. إذ المساواة التي نقصدها هي احتفاظ كل منهما بواجباته الفطرية لقوله تعالى « **وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَىٰ**... »<sup>3</sup>، فقوامة الزوج هي وظيفة عليه ممارستها بالحدود المرسومة له شرعاً، من رعاية الزوجة والقيام بشؤونها والكف لأجل راحة الأسرة. أما الزوجة، فوظيفتها الإنجاب وتربية الأطفال، لذلك عليها أن تكون كما قال تعالى « **... حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ...** »، فالحفظ نوعان، أحدهما حفظ الزوج في بيته وماله وعرضه وحضانه وتديير لضروريات معاش الأسرة، وثانيهما حفظ استمرار الجنس البشري، لأنها محضن للأجنة والواسطة بين نسل جيل وآخر<sup>4</sup>.

إن القوامة مناطها العدل والإحسان في إطار التفاضل بين الجنسين على حسب ما اقتضته حكمة الله عز وجل، فهي إذن من جنس الحافظية يمكن الجمع بينهما بالمعاملة والمعاشرة بالمعروف وحل المشاكل برزانه وود،

<sup>1</sup>- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مُجَد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 449.

<sup>2</sup>- شهرزاد بوسطلة، تأديب الزوجة بالضرب في الفقه الإسلامي بين الإباحة والتجريم، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ديسمبر 2016، ع13، ص. 228؛ معتصم عبد الرحمن مُجَد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2007، ص. 170.

<sup>3</sup>- سورة آل عمران، جزء من الآية 36.

<sup>4</sup>- رشيد كهوس، القوامة في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية، ط01، جمعية المحافظة على القرآن الكريم، عمان، الأردن، 2007، ص. 63.

وبهذا يتحقق التكامل بين الوظيفتين. وعليه فإن القوامة لا تلغي شخصية الزوجة ولا الانتقاص منها، بل جاءت لإكرامها وصورها من أي عبث<sup>1</sup>.

ولو ركبنا قطار المناداة بالمساواة المطلقة بين الزوج وزوجته، سنضطر إلى إلزام الزوجة بوظيفة القوامة بجميع مستلزماتها، مع إعفاء الزوج من ذلك، وهذا سيؤدي لا محالة إلى شقاوتها وصراف الغبن عن الزوج. بل إن صح تمكنها من حمل عبء القوامة، فهل للزوج الاستطاعة على القيام بوظيفتها التي خلقت لأجلها<sup>2</sup>؟، فطاعة الزوجة لزوجها مشروط بعدم انطواء المأمور به على معصية الله عز وجل، بدليل قوله ﷺ: « لا طاعة لمخلوق في معصية الله »<sup>3</sup>. وزيادة الإنجاب لا ينطوي على معصية. بل هو من الأمور التي حث عليه الشرع، ما لم يؤدي إلى ضرر بالزوجة.

وقوامة الرجل كغيره من المسائل الشرعية التي تعرضت للتأليب وطمس مفاهيمها، بإيجاد مصطلحات موازية حادثة، كمصطلح السلطة الذكورية أو الوصاية الذكورية. والهدف من ذلك تنفير الزوجة من الخضوع لهذه القوامة وإشعارها بتسلط الزوج عليها وفرض قراراته عليها<sup>4</sup>.

ويمكن الحكم على ذلك بأنه من أسوأ التبعية للأفكار المناهضة للمصطلحات الشرعية، وإهدارها بمصطلحات دخيلة غير مقبولة لغة وشرعا وحسا<sup>5</sup>.

### ب-تنظيم الإنجاب قرار مشترك شرعا وقانونا

لقد حذف المشرع كل المصطلحات الدالة على تمييز الزوج عن زوجته، كالطاعة والتأديب والرئاسة. غير أنه بموجب نص المادة 36 ق.أ أقر جملة من الحقوق المشتركة بين الزوجين في إطار تجسيد مبدأ المساواة، فجمع من خلالها كل الحقوق المالية وغير المالية للزوجين، بما فيها التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، في

<sup>1</sup>-رشيد كهوس، المرجع السابق، ص.63-64.

<sup>2</sup>-زينب عبد السلام أبو الفضل، قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، ط01، مكتبة الإيمان، جامعة الأزهر، مصر، 2001، ص.136.

<sup>3</sup>-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج08، ح.ر.21195، ص.325.

<sup>4</sup>-وفاء بنت عبد العزيز السويلم، المرجع السابق، ص.397.

-ولقد ذكر ابن القيم الجوزية في معنى هذا بقوله: "وكم من باطل يخرج الرجل بحسن لفظه وتنميته وإبرازه في صورة حق يخرج بهتهينه وسوء تعبيره في صورة باطل. ومن له أدنى فطنة وخبرة لا يخفى عليه ذلك بل هذا أغلب أحوال الناس وكثرته وشهرته يستغنى عن الأمثلة بل من تأمل المقالات الباطلة والبعد كلها وجدها قد أخرجها أصحابها في قوالب مستحسنة وكسوها ألفاظا يقبلها بها من لم يعرف حقيقتها"؛ أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح.طه عبد الرؤوف سعد، طبعة أخرى، دار الجيل، بيروت، 1973، ص.229-230.

<sup>5</sup>-بكر بن عبد الله أبو زيد، معجم المناهي اللفظية ويليهِ فوائده في الألفاظ، ط03، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1996، ص.258.

الفقرة الرابعة منها تبعا للمتغيرات الاجتماعية<sup>1</sup>. وبهذا خلق المشرع للزوجين مركزا قانونيا متساويا في قرار تنظيم الإنجاب، وإن كان تنظيم الأسرة من المسائل التي تهم المرأة أكثر من الرجل في الوقت الحالي<sup>2</sup>؛ والعزل ثابت بالأحاديث النبوية الشريفة<sup>3</sup>.

كما أجازته أغلب الفقهاء القدامى بشرط أن يكون برضا الزوجة<sup>4</sup>، ما يستلزم معه اشتراكها في قرار تنظيم الإنجاب. كما نص القرار رقم 01 في فقرته الأخيرة الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن تنظيم النسل ما يلي: «... يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباحة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعا بحسب تقدير الزوجين، عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، التخطيط العائلي في الأسرة الحضرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع العائلي، جامعة باتنة، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، 2007-2008، ص. 182-183.

<sup>2</sup>- الأخضر زكور، دور التعليم العالي في تنظيم الأسرة الجزائرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم اجتماع التنمية، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، 2007-2008، ص. 163.

<sup>3</sup>- عن جذامة بنت وهب رضي الله عنها قالت: حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس وهو يقول: "لقد هممت أن أحمي عن الغيلة<sup>3</sup> فنظرت في الروم وفارس فإذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر ذلك أولادهم شيئا"، ثم سأله عن العزل، فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم "ذلك الواد الخفي"، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رجلا قال: يا رسول الله، إن لي جارية وأنا أعزل عنها، وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن اليهود تحدث أن العزل المؤودة الصغرى، قال: "كذبت اليهود، لو أراد الله أن يخلق ما استطعت أن تصرفه"؛ الحافظ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 280-281؛ وعن جابر قال: "كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل ولو كان شيئا ينهى عنه لنهانا عنه القرآن" متفق عليه؛ الحافظ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 280-281.

<sup>4</sup>- الشافعية: يقول الإمام الغزالي: «فإن قلت: فقد قال صلى الله عليه وسلم في العزل: "ذاك الواد الخفي" وقرأ «وإذا الموءدة سبلت بأبي ذئب قيلت»، وهذا في الصحيح: قلنا وفي الصحيح أيضا أخبار صحيحة في الإباحة، وقوله "الواد الخفي" كقوله "الشرك الخفي" وذلك يوجب كراهة لا تحريما»؛ أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ومعه حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 2005، ص. 492.

- الحنفية: يقول الإمام علاء الدين الكاساني «ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها، لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الود ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكأنه سببا لفوات حقها وإن كان العزل برضاها لا يكره لأنها رضيت بفوات حقها»؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 614.

- الحنابلة: جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي «والعزل مكروه.... إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فندعه حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل»، ثم قال: «ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها»؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 10، ص. 228-230.

- المالكية: جاء في الشرح الكبير للدردير «ولزوجها -أي زوج الأمة- العزل إذا أذنت وسيدها كالحرة لزوجها العزل إذا أذنت مجاناً أو بعوض»؛ الشرح الكبير للدردير، ج 02، ص. 266. مأخوذ عن، زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج 07، ص. 251.

<sup>5</sup>- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، المرجع السابق، ص. 199.

- يرى الفقهاء المعاصرين أنه ينبغي للمسلمين أن يكتفوا من النسل ما استطاعوا ذلك سبيلا، فهو المراد الذي وجه إليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم"، إلا أنهم أجازوا استخدام حبوب منع الحمل بشرط، أن تكون حاجة تدعو لذلك، مثل أن تكون الزوجة مريضة لا تتحمل الحمل كل سنة أو تخيفه الجسم أو بها موانع أخرى تضرها أن تحمل كل سنة، كما يشترط أن يأذن لها زوجها، لأن له حق في الأولاد والإنجاب ولا بد

من زاوية أخرى تقتضي ضرورة استمرار وزيادة المودة والرحمة بين الزوجين التشاور بينها في حياتهما اليومية، وعدم إنفراد أحدهما برأيه في أي أمر يتعلق بأسرتهم، مصداقا لقول الله تعالى: « فَإِن أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا »<sup>1</sup>، فإن كان التشاور مطلوباً في الرضاة، ففي الإنجاب يكون أولى.

إذا كانت الفقرة الأولى من المادة 36 ق.أ.ج تنص على وجوب التشاور بين الزوجين فيما يتعلق بتباعد الولادات، فإنه بالتنسيق مع الفقرة العاشرة للمادة 53 من نفس القانون، يكون للزوجة التي لحقها ضرر الحمل المتتابع بإرغام من الزوج بغية حصوله على مولود ذكر<sup>2</sup>، الحق في طلب التطليق للضرر المعتبر شرعا. وللقاضي السلطة في تقدير ذلك، لكون أن المشرع ترك الحرية المطلقة للزوجين في تقدير المدة الزمنية المعتبرة في تنظيم الإنجاب. وللزوج كذلك الحق في الطلاق وفق أحكام المادة 48 ق.أ. إذا توقفت الزوجة عن الإنجاب لأسباب غير جدية، كالاكتفاء بولد أو ولدين فقط، دون إعطاء أي اعتبار لرأي الزوج.

إن التشاور بين الزوجين في تباعد الولادات المشار إليه في المادة 36 ق.أ.ج قد يرقى لاعتباره عقدا ملزما للجانبين، وبالتالي إخضاعه للقواعد العامة للعقود، خاصة في حالة اتفاق الزوجين على خلق فترة معينة للحمل، فقد يتفق الزوجان على تنظيم الإنجاب، إلا أنهما قد يختلفان في الوسيلة، سواء لأسباب دينية أو لأسباب تتعلق بمدى نجاعة الطريقة التي يجدها الزوج الآخر. إذ ليس الزوج هو الراض في كل الأحوال<sup>3</sup>، بل إن الزوجة وإن كان يبدو لنا أنها تكون هي السبابة لاستعمال أية وسيلة من شأنها خلق فترات متباعدة بين الحمل والآخر. غير أن ما ذكرناه من أسباب في جانب الزوج، قد تستند إليه الزوجة هي الأخرى، أو أنها ترجح الحفاظ على صحتها بتجنب الآثار السلبية الناجمة عن استعمال الوسائل الطبية. خصوصا تلك المفضية إلى أمراض مزمنة، فتتحمل متاعب الحمل على تلك النتائج الوخيمة.

كذلك من مشاورة الطبيب هل أخذها ضار أم ليس بضر؛ أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج02، ص.657-658؛ ص.976-977؛ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، مج19، ص.292 وما بعدها.

<sup>1</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 233.

<sup>2</sup>-بن بعلوش أحمد عبد الحكيم، المرجع السابق، ص184.

<sup>3</sup>-أكدت الإحصائيات التي أجريت على الأسر العربية أن أغلب حالات الفرقة الزوجية كان سببها الإصطدامات الشخصية بشأن تنظيم النسل أو تحديده وطريقة تربية الأولاد وإدارة البيت؛ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط01، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص.104.

وقرار تنظيم الإنجاب في الغالب حق يتقرر في جانب الزوجة عند وجود المانع الشرعي للحمل، دون أن يتقرر في جانب الزوج بالتحجج بالوضع المعيشي، وبالتالي إذا لجأ للطلاق فيكون متعسفا، هذا وإن كان المشرع قد تحدث عن التشاور في تباعد الولادات بصفة الجمع فلم يفرق بين رغبة الزوج أو الزوجة. وحفظ الصحة الإنجابية لا يقتصر على إقرار الضمانات القانونية اللازمة لحماية الأمومة وتنظيم الإنجاب وحماية الجهاز التناسلي، بل يتعداه إلى حماية الحمل عند وجوده سواء داخل الرحم أو لحظة خروجه، هذا ما سنعالجه ضمن المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### حماية الحمل والولادة

معلوم أن رعاية الحمل وحمايته كان محل اهتمام الشرائع السماوية والنظم القانونية عبر مختلف مراحل نموه، لكونه أساس الوجود الإنساني. بل إن هذا الاهتمام اتسع نطاقه بإقرار حماية سابقة للعلاقة الجنسية بين الزوجين، تمثلت في محاولة تجنبه لمختلف الأمراض الوراثية منها، والمعدية، وصولاً إلى حماية حقه في الحياة، والخروج للعالم الخارجي في حالة سليمة، لاسيما في ظل تشعب التقنيات الطبية، وما وفرته من سبل لإنهاء الحمل قبل أوانه.

لذلك يكون من اللازم علينا تبيان الآليات القانونية التي كرسها المشرع لضمان سلامة الحمل والولادة، سواء كانت سابقة لعقد الزواج وحدث الاتصال الجنسي بين الزوجين، أو تلك المقررة حالة قيام الحمل وإنهائه بصفة طبيعية أو غير طبيعية. كل هذا سيكون من خلال مطلبين أساسيين، نعالج في المطلب الأول، حماية الحمل من الأمراض الوراثية والمعدية، أما المطلب الثاني، فسنخصصه لدراسة حماية الحمل من التعدي.

## المطلب الأول

### حماية الحمل من الأمراض الوراثية والمعدية

إن العناية بالإنجاب تبدأ قبل الزواج بالوقوف على مدى استجابة الخاطبين للشروط الضرورية لتحقيق نسل أكثر سلامة وأشد بنية. بل إن هذا يتفرع عن حقهما في التأكد من سلامة الطرف الآخر من العيوب، وما شرع لهما من الحق في النظر في مرحلة الخطوبة، فيكون من أفضل الوسائل التي أقرتها القوانين الوضعية لضمان السلامة من الأمراض، الفحص الطبي قبل الزواج، خاصة في ظل التطور الطبي وما صاحبه من آراء حول ارتفاع نسبة الإصابة بالأمراض الوراثية عند وجود قرابة بين الزوجين. فهل تناول المشرع مثل هذه

الضمانات لحماية الإنجاب؟ هذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين، الفحص الطبي قبل الزواج (الفرع الأول)، وزواج الأقارب وأثره على الإنجاب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الفحص الطبي قبل الزواج

يعد الفحص الطبي قبل الزواج من الوسائل التي أفرزها التطور الطبي، إذ بواسطته تحصل الوقاية من العديد من الأمراض الوراثية والمعدية، التي قد تلحق بالزوجين، والأولاد من بعدهم، لاسيما مع تعدد الأمراض الوراثية والمعدية التي إن وقعت، قد يتطلب علاجها تكاليف باهظة، أو يتطلب علاجها مدة طويلة، فيكون من الأحسن الاستعانة بالطرق العلمية لكشف تلك الأمراض قبل انعقاد العلاقة الزوجية، لذلك يكون من الأسلم توجيه مثل هذه التقنيات بنصوص قانونية، مثل ما فعل المشرع، وعليه سنعالج هذه التقنية من خلال تبيان حقيقة الفحص الطبي قبل الزواج (أولاً)، ومحدودية أثر الفحص الطبي على الإنجاب (ثانياً)، ثم مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج (ثالثاً)، وأخيراً الفحص الطبي قبل الزواج في التشريع (رابعاً).

#### أولاً: حقيقة الفحص الطبي قبل الزواج

حقيقة الفحص الطبي قبل الزواج سنوضحها من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً (أ)، وأنواع الفحوصات الطبية لحفظ الإنجاب من الأمراض الوراثية والمعدية (ب).

#### أ- تعريف الفحص الطبي

له تعريف لغوي (أ)، وطبي (ب).

#### I- تعريفه لغة، الفحص الطبي مركب من كلمتين هما:

- **الفحص**: الفاء والحاء والصاد أصل صحيح، وهو كالبحت عن الشيء. يقال فحصت عن الأمر فحصاً. وأفحوص القطا: موضعها من الأرض، لأنها تفحصه<sup>1</sup>. وهو فحيصي ومفاحصي وفاحصني، كأن كلا منهما يفحص عن عيب صاحبه وسره<sup>2</sup>.

فحصت عن الشيء: إذا استقصيت في البحث عنه<sup>3</sup>.

- **والطبي**: طب: مثلثة الطاء، علاج الجسم والنفس، وتدلل علم بالشيء ومهارة فيه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج4، ص.477.

<sup>2</sup>- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.625.

<sup>3</sup>- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.176.

<sup>4</sup>- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع نفسه، ص.108؛ أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع نفسه، ج3، ص.407.

## II- تعريفه اصطلاحاً

يعد الفحص الطبي قبل الزواج من المسائل التي لم يتعرض لها الفقهاء القدامى باللفظ الصريح. غير أنه يمكن إدراجه في مسألة الاستشارة التي تطلب في مرحلة الخطوبة<sup>1</sup>. حيث قال الشريبي "ومن استشير في خاطب ذكر مساويه بصدق" ويكون ذلك من باب النصيحة لا الإيذاء وهي هنا أكد وأحب<sup>2</sup>.

وإذا كان من المصطلحات المستجدة في المجال الفقهي والقانوني والطبي، فقد عرف بأنه عمل يقوم به الطبيب للكشف عن المريض قصد الوقوف على العلة ومسبباتها، عن طريق مساءلة المريض عن الأعراض للوصول إلى تشخيص المرض، وغالبا ما يستتبع ذلك بإجراء التحاليل المخبرية والتصوير بالأشعة والمناظير، وغيرها من الوسائل التي تمكن الطبيب من التشخيص<sup>3</sup>.

وعرف كذلك على أنه "الفحوصات التي تعنى بمعرفة الأمراض الوراثية والمعدية والجنسية والعادات اليومية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين المؤهلين، أو على الأطفال عند الإنجاب"<sup>4</sup>. ويتم الفحص عند الرغبة في الزواج وقبل انعقاد عقد النكاح لمعرفة ما لدى الخاطب والمخطوبة من أمراض خطيرة<sup>5</sup>.

وأورد آخرون تعريفا له بالقول على أنه يمثل برنامجا نفسيا وثقافيا متكاملًا، لا يقتصر على مجرد جملة من التحاليل الطبية. بل يكون عبارة عن تقرير شامل يكشف من خلاله على الأمراض الوراثية والمعدية والمزمنة مع رصد التاريخ الطبي للمقبل على الزواج، فتكون الغاية منه تقديم نصائح نفسية واجتماعية وثقافية زوجية للمقبلين على الزواج بناء على قواعد صحية وأسس علمية سليمة<sup>6</sup>.

إن هذا التعريف وإن كان يشمل جميع الجوانب بالمقبل على الزواج إلا أنه في نظرنا لا يمكن تطبيقه بسبب نقص الوعي لدى المقبلين على الزواج. وكذا اكتفائهم بإجراء الفحوصات الضرورية دون النفسية والاجتماعية.

<sup>1</sup>- عبد الرحمن بن حسن النفيسة، الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، مقال على موقع الإنترنت: www.shamela.wws، ص. 07، تاريخ الإطلاع: 2020/08/18.

<sup>2</sup>- شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، المرجع السابق، ج 03، ص. 185.

<sup>3</sup>- أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص. 763؛ أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص. 03، ص. 1677؛ محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 211.

<sup>4</sup>- مصلح عبد الحي النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج 17، ع. 02، 2004، ص. 1136.

<sup>5</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة-دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط 02، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006، ص. 256.

<sup>6</sup>- علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص. 30.

إضافة إلى تسميته برنامجاً يقتضي نشره وتعليمه مسبقاً، خلافاً لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج المثبت في الشهادة الطبية المشروطة قانوناً يلجأ إليه حالة الإقبال على عقد الزواج.

وما نختاره كتعريف، هو القول بأنه فحص المقبلين على الزواج قبل عقد الزواج وفي مراكز صحية محددة، بقصد الكشف عن احتمالية إصابة أحدهما لأمراض وراثية أو معدية أو منافية لاستقرار الحياة الزوجية، مع تقديم المشورة المناسبة للطرفين<sup>1</sup>.

ومعلوم أن محل الفحص الطبي هو العاقدان الراغبين في بناء أسرة أساسها المودة والرحمة. وهذا لا يتأتى إلا بالصرحة المسبقة حول الوضعية الصحية لكليهما والرضا التام بهما، مع تحمل ما يطرأ مسبقاً عند وجود مؤشرات لأي مرض تجنباً للتدليس. لأن معظم الفرق الزوجية سببها إخفاء العيوب في مرحلة الخطوبة وعقد القران.

#### ب- أنواع الفحوصات الطبية لحفظ الإنجاب من الأمراض الوراثية والمعدية

يمكن الفحص الطبي قبل الزواج من إظهار بعض الأمراض التي تؤثر في الحمل والولادة، مثل فحص عامل الريسوس للدم عند الحاطبين ومرض القلط والكلاب<sup>2</sup>، فبمعرفة يمكن تجنب ولادة أطفال مشوهين أو حدوث الإجهاض المتكرر، وبالتالي تمكينهما من اتخاذ قرار إتمام الزواج من عدمه، على أساس المتاعب التي قد يسببها خلال الحياة الزوجية.

لعل أهم ميزات الفحص الطبي قبل الزواج على المدى البعيد هو حفظ النسل، باعتباره من الكليات والمقاصد التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية حسب ما أسلفناه سابقاً. إذ بمقتضاه يتم إنجاب أطفال أصحاء سالمين إذا كان الحاطبين كذلك، فهو من الوسائل الوقائية الفعالة للحد من الأمراض الوراثية والمعدية، أو وضع الحاطبين أمام الحالة المتوقعة عندما تشير نتائج الفحص الطبي إلى احتمال وقوع مشكلة صحية وراثية، ودفعهما لسلوك الحلول الممكنة والمتاحة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي، ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الإصدار السادس والسبعون، 2014، ص.96.

<sup>2</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.261.

<sup>3</sup>- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.102.

## I- فحوصات لكشف الأمراض الوراثية

إن الأمراض الوراثية والخلقية تختلف باختلاف مسبباتها، فمنها ما يتعلق بالصبغيات والجينات، وأخرى متعددة الأسباب، وكذلك تلك التي لم يتم حصرها. وفيما يلي سنوضح كل ذلك.

## 1- تحديد عامل الريسوس

تمكن علماء البيولوجيا من تحديد أربعة فصائل للدم هي (أ)، (ب)، (و) و (أ ب) وباللغة الأجنبية (A.B.O.AB)، ويمكن التفريق بينها بواسطة بعض البروتينات التي تقع على سطح كريات الدم الحمراء k والتي تتحدد عن المعلومات الوراثية المرسله من قبل ثلاثة أشكال جينية هي (أ-ب-و)، وتوجد هذه الأشكال الجينية على نفس الموقع الكروموزومي، إذ من المستحيل أن توجد كلها في نفس الوقت، ذلك أن الجينات كما هو معلوم توجد بصورة أزواج على الكروموزومات المتماثلة، فالتركييب التي تؤدي لها الجينات الثلاثة هي (أ أ) (أ ب)، (أ و)، (ب ب)، (ب و)، (و و)، حيث أن هذه التركييب الستة لا تُظهر سوى أربعة فصائل نظرا للتكافؤ والتغلب الحاصل بين الجينات الثلاثة<sup>1</sup>. وبالموازاة تم اكتشاف ما يسمى بعامل الريسوس سنة 1939، وسمي كذلك نسبة إلى نوع من القردة فئمة الريسوسي الخاضع للتجربة، فتم تقسيم الأفراد إلى فئتين واحدة موجبة الريسوسية والثانية سالبة الريسوسية، فالموجبة تحتوي على أنتجين خاص لا تحتويه السالبة، فهذا العامل له أهمية قصوى في بعض حالات الحمل وبالضبط لدى المرأة سالبة الريسوسية ومتزوجة من رجل ذو عامل ريسوسي موجب، وتكمن الخطورة على الحمل عندما يكون الجنين حاملا للعامل الريسوسي الموجب، فإذا عبر أنتجين الريسوس للجنين إلى المشيمة ووصل إلى الدورة الدموية للأم يحدث بعدها تشكل لأجسام مضادة بصورة بطيئة، هذه الأجسام ستحاول المرور عبر المشيمة أثناء الحمل الثاني إلى الجنين، فتعمل على محاربة خلايا دمه إذا كانت من النوع الموجب، فيؤدي ذلك إلى موت الجنين، أو ولادة طفل مريض بفقر الدم أو مشوه<sup>2</sup>.

## 2- أمراض ناتجة عن خلل في الصبغيات

هذا النوع من الأمراض في العادة ليس له علاقة بالقرابة بين الزوجين<sup>3</sup>، حيث ثبت طبيا أن المادة الوراثية تتكون من 46 من الصبغيات (الكروموسومات)، يرثها الطفل عن أبيه وأمه مناصفة، أي 23 من الأب و 23 من الأم، فيتشكل لديه كروموزومات خاصة به يجعله مستقلا عنهما. كما يوجد في كروموزوم واحد عدد كبير

<sup>1</sup>- محمد الربيعي، الوراثة والإنسان-أساسيات الوراثة البشرية والطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1986، ص.66.

<sup>2</sup>- محمد الربيعي، المرجع نفسه، ص.71-72.

<sup>3</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص.263.

من الجينات الوراثية، يمكن أن يبلغ عددها في الخلية البشرية الواحدة مائة ألف (100.000) مورثة جينية تقريباً<sup>1</sup>.

واكتشف العلماء العلاقة بين عدد الأمراض الوراثية وبين إختلالات تصيب الكروموسومات، وكان أول ما اكتشف بطبيعة الحال الاختلافات في العدد، فإذا زاد كروموزوم واحد على الكروموزومين اللذين يحملان رقما معيناً في سلم الترتيب نتج عن ذلك مرض كذا من الأمراض الوراثية ومثاله: مرض الطفل المغولي، حيث أن سببه هو زيادة كروموزوم في الزوج الثاني والعشرين، فنراه ثلاثة كروموزومات وليس اثنين، وإذا نقص كروموزوم واحد أصبح أحد زوجي الكروموزومات فرداً واحداً، فهي أمانة مرض كذا ومثاله: مرض التيرنر، حيث يختفي أحد الكروموزومين المؤنثين<sup>2</sup>.

ومن الأمراض الوراثية المتغلبة كذلك، مرض القزامة الذي ينتج عن جين مفرد متغلب، وإن كانت الحالة الغالبة هو وجود هذا المرض لدى أحد الزوجين، فتكون عندئذ نسبة إصابة ولدهما هي 50%. غير أن من حوالي سبعة أثمان تلك النسبة من الأطفال يولدون من أزواج أسوياء<sup>3</sup>.

### 3-أمراض ناتجة عن خلل في الجينات

يتفرع عن هذا النوع من الأمراض أربعة أصناف، أمراض متنحية، أمراض سائدة وأمراض متنحية مرتبطة بالجنس وأمراض سائدة مرتبطة بالجنس.

-الأمراض المتنحية، وهي أمراض تصيب الذكور والإناث بالتساوي ويكون الزوجين معا حاملين للمرض دون أن تكون لديهما أعراض لها علاقة بالمرض<sup>4</sup>، حيث أن كل شخص تحتوي خلاياه على أربعة وثمانية جينات متنحية، أي ليس لها تأثير على طبيعة العمليات الحيوية، ما دام يوجد هنالك جينات طبيعية مقابلة لها وعلى نفس مواقعها الكروموسومية. ومثال ذلك مرض(تاي ساك)، فالأطفال المصابون به يفتقرون إلى إنزيم (هيكسوس إمينيديزA)، ويمتلك الناقلون للمرض نصف الفعالية الطبيعية للإنزيم، بالرغم من مظهرهم الطبيعي جداً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنسية، ط01، دار الفضيلة،الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002،ص.10و11.

<sup>2</sup>-سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية-دراسة فقهية مقارنة، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010، ص.33.

<sup>3</sup>-محمد الربيعي، المرجع السابق، ص.43.

<sup>4</sup>-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.263.

<sup>5</sup>-محمد الربيعي، المرجع نفسه، ص.46.

ومن أشهر هذه الأمراض أمراض الدم الوراثية، فقر الدم المنجلي<sup>1</sup>، ومرض الثلاسيميا أو ما يسمى بأنيميا حوض البحر الأبيض المتوسط<sup>2</sup>، وأمراض التمثيل الغذائي بأنواعها<sup>3</sup>.

-الأمراض السائدة، وهي أمراض ليس لها علاقة بالقرابة، وتنتقل عند إصابة أحد الوالدين بالمرض وتزداد الخطورة على الطفل عند إصابة كلا الوالدين بهذا المرض مع وجود قرابة نسب بينهما<sup>4</sup>، من أشهرها متلازمة مارفان<sup>5</sup>، ومرض التصلب الدرني<sup>6</sup>.

-الأمراض المنتحية المرتبطة بالجنس، وهذه الأمراض سببها عدم تماثل فردي الكروموسومين في الذكر (س ص)، إذ تتمثل الجينات الموجودة على الكروموسوم السيني مرتين في الأنثى، بينما لا تتمثل إلا مرة واحدة في الذكر، لذلك تظهر تأثيرات الجينات المنتحية في الذكور بصورة أكثر مما هي عليه في الإناث<sup>7</sup>. ومعنى آخر، أن هذا النوع من المرض ينتقل من الأم الحاملة للمرض إلى أولادها الذكور فقط، إلا أنه يمكن أن ينتقل من الأب الحامل

<sup>1</sup>-فقر الدم المنجلي: هو مرض وراثي يحدث بسبب تغيير في تركيبة الجينات المسؤولة عن تكوين الدم، مما ينتج عنه خلل في تركيب الهيموجلوبين، فتصبح لديه صفات غير طبيعية تؤثر في وظيفته المتمثلة في نقل الأكسجين من الرئة إلى بقية أجزاء الجسم، وتسميته تلك راجعة إلى تغير في شكل الكريات الحمراء الدائرية إلى كريات تشبه المنجل، فتلتصق ببعضها البعض وتؤدي إلى انسداد الأوعية الدموية ونقص الأكسجين في الأعضاء المصابة وحدوث الآلام وقصور في عضلة القلب؛ مصلح عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص.1137.

<sup>2</sup>-مرض الثلاسيميا هو اضطراب وراثي يحدث لخلايا الدم، حيث تنخفض فيه نسبة الهيموجلوبين (المكون الأساسي لكريات الدم الحمراء والنقل للأكسجين) عن المعدل الطبيعي وتبعاً لذلك يحص انخفاض لمستوى الأكسجين بالدم. كما تؤدي إلى تضخم الطحال والموت المبكر قبل سن الرشد لأن المريض يحمل زوجاً مشوهاً من الجينات؛ مركز الإعلام لوزارة الصحة للمملكة العربية السعودية، موقع الإنترنت [www.moh.gov.sad](http://www.moh.gov.sad)، تاريخ الإطلاع 2020/08/18؛ مجّد الربيعي، المرجع السابق، ص.56.

<sup>3</sup>-رية بنت سعيد الكيمانية، الفحص الطبي قبل الزواج، ندوة التماسك الأسري 17-18 أوت 2016، قسم الفحص الطبي قبل الزواج، دائرة صحة المرأة والطفل، المديرية العامة للرعاية الصحية الأولية، وزارة الصحة، سلطنة عمان، ص.10.

<sup>4</sup>-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.263-264.

<sup>5</sup>-متلازمة مارفان: هي اضطراب جيني موروث يمكن أن يصيب أجزاء كثيرة من الجسم، يشمل ذلك الهيكل العظمي، العيون، القلب والأوعية الدموية. وسبب الإضطراب هو تغير جين واحد أو أكثر من الجينات؛ موقع الإنترنت: [www.yumpu.com](http://www.yumpu.com)، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.

<sup>6</sup>-التصلب الدرني: هو مرض وراثي يصيب الكروموسومات رقم 09 و16 ما يؤدي إلى خلل في الدماغ نتيجة وجود شحنات كهربائية زائدة فيه. ومن أعراضه حدوث نوبات تشنجية متكررة عادة تؤدي إلى الصرع وقد تصل إلى التدخل الجراحي من طرف طبيب الأعصاب. ويكفي أن يكون أحد الوالدين مصاب بالمرض لكي ينتقل إلى الطفل بنسبة 50% لذا يستحسن إجراء الفحص الجيني؛ موقع الإنترنت: [www.djazairess.com](http://www.djazairess.com)، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.

<sup>7</sup>-مجّد الربيعي، المرجع نفسه، ص.47-48.

للمرض إلى بناته عندما يكون له صلة قرابة مع زوجته، وإن كان في الأصل أن ليس للقرابة دخل في هذا المرض<sup>1</sup>، ومن أنواعه فقر الدم الفولي<sup>2</sup>.

- الأمراض السائدة المرتبطة بالجنس، وهي أمراض نادرة تنتقل في العادة من الأم إلى أطفالها الذكور والإناث، لكنه يشتد في الذكور أكثر منه في الإناث<sup>3</sup>، مثل مرض نزيف الدم الوراثي نتيجة فقدان أحد عوامل تخثر الدم<sup>4</sup>.  
الدم<sup>4</sup>.

- الأمراض المتعددة الأسباب، وهذا النوع من الأمراض يكون لعامل الوراثة الدور المهم إذا تفاعل مع الظروف البيئية المحيطة بالشخص، ولكن أسبابها في العادة غير معروفة، فجميعها تحدث لدى الأشخاص الذين لهم استعداد وراثي وتعرضوا لأسباب محيطة بهم. كما أنه لا توجد علاقة لزواج الأقارب مع الإصابة بهذه الأمراض، ولكن احتمالية توريثها للأطفال تزداد إذا كان الزوجان مصابان بها معا مقارنة بإصابة أحدهما فقط. ومن هذه الأمراض ارتفاع ضغط الدم والربو<sup>5</sup>، وداء السكري<sup>6</sup>، وهو من أخطر الأمراض الوراثية، فلا ينصح بزواج رجل وامرأة كلاهما مصاب بهذا المرض، لأن ذريتهما تكون أكثر عرضة للإصابة به<sup>7</sup>.

## II- فحوصات لكشف الأمراض المعدية

يمكن الفحص الطبي المقبلين على الزواج من تجنب الكثير من الأمراض المعدية، والتي بإمكانها أن تنتقل من شخص مصاب إلى شخص سليم بسبب الجراثيم الممرضة pathogens أو الطفيليات parasites،

<sup>1</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.264؛ رية بنت سعيد الكيمائية، المرجع السابق، ص.11-12.

<sup>2</sup>- فقر الدم الفولي: هو مرض ينتج عن نقص خميرة G6PD موجودة في الجزء الأساسي لكريات الدم الحمراء، فهي تعمل على حماية جدارها من التمسك الذي يحدث عند تعرض الشخص المصاب لبعض المواد الكيميائية الموجودة في الفول، ومن أعراضه شحوب في اللون ويصبح البول داكن والإحساس بالدوار والقيء وفقدان الشهية واضطراب في التنفس وقصور في وظيفة القلب ثم فقدان الوعي، لذلك يمنع على المريض تناول الفول والبقوليات وبعض الأدوية كالأسبرين ومضادات الملاريا؛ مصلح عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص.1138.

<sup>3</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع نفسه، ص.264.

<sup>4</sup>- محمد الربيعي، المرجع السابق، ص.49.

<sup>5</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع نفسه، ص.264.

<sup>6</sup>- داء السكري هو وجود نسبة عالية من الجلوكوز أو السكر في الدم نتيجة افتقار الشخص لهرمون الأنسولين وينتج عنه مشكلتين أساسيتين هما: الأولى، الإضطراب الكيميائي للعمليات الحيوية في الجسم فارتفاع نسبة الجلوكوز تؤدي إلى تغير كيميائية دهون وبروتين الجسم. أما الثانية فتكمن في الخطر المتزايد لإصابة الأوعية الدموية مع تقدم السن؛ محمد الربيعي، المرجع نفسه، ص.114.

- ويعاني نحو 1.8 مليون شخص مرض السكري في الجزائر، حسب تقرير 2017 الصادر عن الاتحاد الدولي للسكر (FID) والذي نُشر في إطار اليوم العالمي لمكافحة داء السكري؛ مقال بعنوان: أين ذهبت شرائط التحليل؟ ملايين الجزائريين مصابون بالسكري، وقرار جمركي زاد معاناتهم، موقع الإنترنت: [www.arabicpost.net](http://www.arabicpost.net)، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.

<sup>7</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع نفسه، ص.271.

وبصفة عامة، فإن الأسباب التي تؤدي إلى الإصابة بها في الغالب تكمن في قدرة تلك الميكروبات على الانتشار السريع وغزوها لجسم الشخص السليم، وكذا مدى شراستها والعدد المتسرب منها إلى جسم المريض، إذ أنه كلما زادت كمية الميكروبات الداخلة إلى الجسم أخفقت وسائله الدفاعية في رد المرض<sup>1</sup>، لاسيما تلك الخطيرة منها، والتي يكون انتقالها بعد الزواج، كمرض الإيدز، والالتهاب الكبدي الوبائي، والزهري، والسيلان.

### 1-مرض الإيدز

هو مرض عضوي يصيب جسم الإنسان، وكلمة AIDS هي مختصر للاسم العلمي باللغة الإنجليزية لهذا المرض<sup>2</sup>، فهو ظاهرة تصيب الشخص بالاكْتِسَاب، ينتج عنها هدم الجهاز المناعي للشخص الذي وهبه الله تعالى لنا، ومن مكونات هذا الجهاز كرات الدم البيضاء والجهاز اللمفاوي، ويمكن أن نسميه بمرض نقص المناعة المكتسبة أو الفشل المناعي<sup>3</sup>.

هذا المرض له مراحل عدة يمر بها، مرحلة الأعراض المستترة والمألوفة، كذلك التي تكون مصاحبة لمرض الأنفلونزا، مثل ارتفاع درجة حرارة الجسم وألم في العضلات والرأس ثم تختفي لفترة، إلا أنه يكون ناقلاً للفيروس. أما مرحلة الظهور البين لأعراض المرض، كونها تؤدي إلى انهيار تام نتيجة فقدان المواد المغذية الأساسية، والإنهاك والتعب الذي يرافقه عدم القدرة على الحركة، إلى غيرها من الأعراض التي لا تطاق ولا تحتمل<sup>4</sup>. ومرحلة أخيرة تجعل المصاب يفقد توازنه العقلي وينتابه الإحباط والكآبة، أو حتى الجنون في المراحل المتأخرة والشلل نتيجة التهابات الدماغ والنخاع الشوكي والسحائي<sup>5</sup>.

ينتقل هذا المرض بعدة أسباب أهمها ما يلي:

-بالإتصال الجنسي، فالسائل المنوي غني بالكريات البيضاء، مما يجعله شديد العدوى، نظراً لتواجد أعدادا جد كبيرة لفيروس هذا المرض<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- منظمة الصحة العالمية، الكتاب الطبي الجامعي، تمريض صحة المجتمع، إ.ع، نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، أكاديميا إنترناشيونال، بيروت، 2006، ص.359-360.

<sup>2</sup>- فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي-مرض العصر، إ.ع. نُجِد رفعت، ط01، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1987، ص.07-08.

<sup>3</sup>- فاروق مصطفى خميس، المرجع نفسه، ص.10.

<sup>4</sup>- حنان نُجِد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة-الإيدز-في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، قسم الفقه والتشريع، 2001، ص.17-18.

<sup>5</sup>- نُجِد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط02، دار المنارة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1986، ص.202.

<sup>6</sup>- نُجِد أحمد البديرات، مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج22، 2006، ع01، ص.56.

- حالة نقل الدم أو أحد مركباته وهو ملوثا بفيروس الإيدز من شخص لآخر.
- إستعمال أدوات الجراحة والحقن الطبية، وبالأخص في مجال العمليات الجراحية دون استبدال الحقن أو تعقيم الأدوات الجراحية، وكذلك في المختبرات بسبب الإهمال واللامبالاة<sup>1</sup>.
- عدم تعقيم أجهزة تصفية الكلى المستعملة لكل المرضى القاصدون للعيادة المتخصصة<sup>2</sup>.
- يمكن أن ينتقل المرض من الأم إلى جنينها بالدورة الدموية عبر المشيمة، أو لحظة الولادة وعند ابتلاع الجنين لدم الأم أو أحد سوائل الجسم الحاملة للمرض، وأثناء الإرضاع عبر الحليب<sup>3</sup>.
- كما ينتقل عبر اللعاب، خاصة عند حدوث خدوش على مستوى الشفتين والفم<sup>4</sup>.

## 2-مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي

إلتهاب الكبد الوبائي أو الفيروسي هو تغيرات تصيب الكبد، بسبب وجود واحد من خمسة فيروسات يشار إليها (A,B,C,D,E)، وهذه الفيروسات وإن كانت تسبب مرضا في الكبد إلا أنها تتفاوت في السمات الوبائية، وفي التاريخ الطبيعي، وفي الوقاية، وفي التشخيص وفي المعالجة<sup>5</sup>.

ويعد الصنفين B/C من أخطر أنواعه، فالنوع C تحدث العدوى نتيجة نقل الدم الملوث ومشتقاته واستعمال الحقن الملوثة، والآلات الجراحية غير المعقمة، وأدوات الحلاقة، وفرش الأسنان، وعند ثقب الأذن والختان. غير أنه لحد الآن لم يتم التأكيد على إمكانية انتقال هذا الفيروس بالعلاقات الجنسية، أو من الأم إلى جنينها عند الولادة<sup>6</sup>. أما النوع B فعن طريق نقل الدم الملوث ومشتقاته، وإفرازات الجسم، كالسائل المنوي

<sup>1</sup>- إبراهيم بن سعد الهومل، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009، ص.39.

<sup>2</sup>- أحمد حسني أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن نقل عدوى الإيدز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.11-12.

<sup>3</sup>- عبد الحليم محمد منصور علي، الجنس بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المسموح والمنوع في فراش الزوجية-دراسة فقهية مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص.309-310؛ طلعت الشهاوي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل مرض الإيدز، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص.32.

<sup>4</sup>- صالح حسين أبوزيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي-السرطان، الإيدز، الإلتهاب الكبدي الوبائي-ط01، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.193؛ يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.644.

<sup>5</sup>-الوقاية من العدوى بإلتهاب الكبد الفيروسي ومكافحتها، إطار العمل الدولي، منظمة الصحة العالمية، موقع الإنترنت [www.who.int/topics/hepatitis](http://www.who.int/topics/hepatitis)، ص.05، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.

<sup>6</sup>-عبد الرحمن الزبيدي، الكبد الدليل المتكامل للكبد الأمراض التشخيص العلاج، ط02، دار الشروق، القاهرة، 2009، ص.89-90.

وحليب الأم، والدموع واللعاب. كما اكتشف أن هذا الفيروس يمكنه العيش خارج الجسم، وبالأخص على الإبر المستعملة في حقن الدم، أو المشارط، أو حتى بعد تجلط الدم ولمدة ستة أسابيع<sup>1</sup>.

وتشير الإحصائيات إلى تطور الوضع الوبائي في الجزائر، حيث أن عدد الحالات الجديدة بالإصابة بالتهاب الكبد الفيروسي B المسجلة كل سنة تراوح ما بين 1300 و 1500 ما بين 2010 إلى 2014 ليبلغ 3533 حالة مشخصة في 2018، أي بمعدل 08.36% حالة لكل 100000 نسمة حيث مس الفئة العمرية 20-44 سنة. أما بالنسبة لهذا الداء من صنف C، فإن العدد المسجل كل سنة تراوح ما بين 500 إلى 600 حالة ليبلغ 1138 حالة في 2018، أي بمعدل 02.69% حالة لكل 100000 نسمة، من بينهم 40.06% تم تشخيص حالتهم لدى الفئة العمرية 45-64 سنة<sup>2</sup>.

### 3-مرض الزهري

هو مرض سببه بكتيريا تسمى تريبونما باليدم (Treponema Pallidume) ذات شكل لولبي يختلف عن باقي الميكروبات اللولبية بقدرته على الحركة وشدة رفعه، لكنه شديد الضعف خارج الجسم مثل بقية الميكروبات المنقولة جنسيا، إذ يسهل القضاء عليه بالمطهرات البسيطة والماء والصابون. كما أنه لا يتحمل الجفاف، أو تغيرات درجة الحرارة، وهو نوعين، أحدهما مكتسب ينتقل بالإتصال الجنسي، وثانيهما وراثي ينتقل من الأم لطفلها عن طريق المشيمة<sup>3</sup>.

والزهري المكتسب يمر بأطوار ثلاثة، أما الأول، فيكون على شكل قرحة تتموضع على جلد الأعضاء التناسلية في أغلب الحالات بنسبة 95%، وأما الثاني، فتظهر أعراضه بعد شهر ونصف من الطور الأول، وتكون على شكل طفح جلدي يشبه بقية الأمراض الجلدية، مع ارتفاع درجة الحرارة، والصداع، والتهاب الكلى، وغيرها من الأعراض، ويبقى لمدة ستة أشهر إلى سنتين ثم يختفي ويكمن، لكنه يبقى معديا بالإتصال الجنسي. وأما الطور الثالث، فلا يترك الميكروب جزء من الجسم إلا وهاجمه، فالقلب والأوعية الدموية والجهاز العصبي، والنخاع الشوكي، فتصاب أعصاب الأطراف بالشلل، وكذا جميع الأحشاء الداخلية للجسم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-عبد الرحمن الزبدي، المرجع نفسه، ص.74.

<sup>2</sup>-مُجد الحاج، ممثل وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، مداخلة في اليوم العالمي لمكافحة التهاب الكبد الفيروسي تحت شعار التشخيص والعلاج للقضاء على التهاب الكبد لسنة 2019؛ موقع الإنترنت [www.apc.dz](http://www.apc.dz) ، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.

<sup>3</sup>-عبد الرحيم عبد الله، كل ما تحتاج معرفته عن الأمراض المنقولة جنسيا، ط01، دار الشروق، القاهرة، 2009، ص.147-148.

<sup>4</sup>-عبد الرحيم عبد الله، المرجع نفسه، ص.150 إلى 154؛ مُجد علي البار، الأمراض الجنسية...، المرجع السابق، ص.314 إلى 316.

وبالنسبة للزهري الوراثي هو نوعان، مبكر ومتأخر، أما المبكر، فتظهر أعراضه عند الولادة أو خلال الأشهر الأولى، وتشبه أعراض الطور الثاني للزهري المكتسب مع بعض الاختلافات، وأما المتأخر فيظهر أواخر الطفولة والمراهقة، وقد لا يسبقه الطور المبكر. كما تؤثر درجة إصابة الأم على الجنين، فقد يحدث إجهاض متكرر قبل الشهر الثالث وقد يستمر الحمل إلى الشهر الثامن ويموت الجنين داخل الرحم، وقد يولد الطفل وتظهر عليه أعراض الطور المبكر<sup>1</sup>.

وعليه فالفحص الطبي يفيد في التشخيص الإكلينيكي، خاصة إذا نظرنا إلى الصعوبة في التفريق بين أعراض هذا المرض وبين الكثير من الأمراض الأخرى، وبالتالي متابعة نتائج العلاج. وعموماً يمكن الكشف عليه بطريقتين أساسيتين، إما باستعمال الميكروسكوب لرؤية الميكروب اللولبي، أو إثبات الأجسام المضادة للمكروب في مصل الدم<sup>2</sup>.

#### 4-مرض السيلان

هذا المرض تسببه جرثومة صغيرة تسمى نايسيريا قنوريا (Neisseria Gonorrhoe) بيضوية الشكل، توجد عادة بشكل مزدوج لا ترى إلا بالمجهر داخل كريات الدم البيضاء، التي تكون في السائل الصديدي النازل من قضيب الرجل أو فرج المرأة، وهذه الجرثومة حساسة للحرارة والجفاف فتموت بسرعة في درجة حرارة الغرفة، فهي لا تعيش إلا في جسم الإنسان فقط دون غيرها من الكائنات الحية. كما أن هذا المرض يطلق عليه بعض الأخصائيين بالمعقم الأكبر، لكونه من أهم المسببات للعقم<sup>3</sup>.

ومن أهم أعراض هذا المرض إفراز صديدي مصحوب بحرقان أثناء التبول بسبب التهاب الغشاء الطلائي لقناة مجرى البول، ويزداد الإلتهاب إلى غاية وصوله لحالته المتاخمة للمثانة بعد 10 إلى 14 يوماً، فتلتهب هي الأخرى، ويشتد الحرقان والألم عند التبول، مع وجود صداع وحمى وإنهاك عام للجسم<sup>4</sup>.

ووجود هذا المرض عند المرأة يشكل خطراً على الطفل أثناء الولادة عن طريق تسرب الجرثومة إلى عينيه فتلتهب، ويتأكد ذلك بعد مرور خمسة أيام كأقصى تقدير على الولادة بوجود تورم وإفرازات في العين، وإذا لم تعالج فإنه يصاب بالعمى، لذلك أصبح الأطباء يقومون بوضع قطرة في أعين المولود كإجراء وقائي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص.154-155؛ محمد علي البار، الأمراض الجنسية...، المرجع السابق، ص.317.

<sup>2</sup>-عبد الرحيم عبد الله، المرجع نفسه، ص.155.

<sup>3</sup>-عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، ط02، مديرية المكتبات الوطنية، الأردن، 2006، ص.72.

<sup>4</sup>-عبد الرحيم عبد الله، المرجع نفسه، ص.68؛ عبد الحميد القضاة، المرجع نفسه، ص.74.

<sup>5</sup>-عبد الحميد القضاة، المرجع نفسه، ص.77؛ محمد علي البار، الأمراض الجنسية...، المرجع نفسه، ص.300.

## ثانيا: محدودية أثر الفحص الطبي على الإنجاب

بالرغم من الأهمية التي يكتسيها الفحص الطبي في حماية الإنجاب من الأمراض الوراثية والمعدية، إلا أن فعاليته تبقى محدودة الأثر، خاصة إذا علمنا أن عدد الأمراض الوراثية المكتشفة قد تزيد عن 3000 مرض، إلى جانب القول باحتمالية نتائج التحليل للعديد من الأمراض، مما يقلل من نسبة توقع الأمراض المستقبلية<sup>1</sup>. ومثال ذلك مرض التلاسيميا، فربح الذرية يتعرضون لاحتمال الإصابة به عندما يكون كلا الزوجين حاملا للمرض. غير أن المسألة تبقى حساسية في باب الإحتمالات على المستوى السكاني دون الفردي<sup>2</sup>، مما يدفع ذلك بالمقبلين على الزواج توهم النجاعة التامة للفحص الطبي في وقايتهم من كل الأمراض الوراثية، لأن الفحص في الغالب لا يشمل سوى بعض منها<sup>3</sup>.

إن محاولة الكشف عن كل الأمراض الوراثية قد يشكل في حد ذاته معوقا للزواج، إذ سيؤدي إلى تأخير الزواج وحدوث الانحرافات وانتشار الأمراض الجنسية، فيكون من الأجدر التركيز على بعض الأمراض الوراثية والمعدية ذات الآثار الطبية، والاجتماعية، والاقتصادية، الواضحة من جدولتها حسب الأولوية، ومدى خطورتها على الإنجاب<sup>4</sup>.

وإذا كان بإمكان الفحص الطبي تحديد قابلية الخاطبين على الإنجاب من عدمه بصفة غالبية، إلا أنه لا يمكن من خلاله الجزم بقدرتهما على الإنجاب، لأن أسباب العقم ليست محصورة<sup>5</sup>، أو أن بعض الفحوصات الطبية لا تكون إلزامية، كتلك المتعلقة بفحص الأجهزة التناسلية للرجل والمرأة<sup>6</sup>، أو تعيقها أسباب دينية، كفحص السائل المنوي للرجل، لأن ذلك لا يتم إلا بطريق الاستمنا، وهذه طريقة محل خلاف عند فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>7</sup>، وهذا مشاهد في أوساط المجتمعات المسلمة، إذ لم نسمع لحد الآن بلجوة الخاطب بإرادته

<sup>1</sup>-أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط01، دار الفئاس الأردن، 2000، ص.86.

<sup>2</sup>-مصلح عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص.1141.

<sup>3</sup>-بدر ناصر مشرع السبيعي، المرجع السابق، ص.99.

<sup>4</sup>-عبد الحميد القضاة، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف، ط01، دائرة المكتبة الوطنية للمطبوعات والنشر، الأردن، 2003، ص.24.

<sup>5</sup>-أنظر؛ ص.62 وما بعدها من هذا البحث؛ أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.85.

<sup>6</sup>-علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.47.

<sup>7</sup>-الأصل في تعاطي الإستمنا المنع لأن في ذلك ضرر للبدن. غير أنه يباح إذا ثبت طبييا أن حبس الماء في العضو الذكري يؤدي إلى ضرر محقق قياسا على الفصد والحجامة، لكنه بزوال الخطر يعود المنع عملا بالقاعدة الفقهية "إذا زال الخطر عاد الحظر". وقد رخص بعض العلماء الإستمنا لمن خشي على نفسه الوقوع في فاحشة الزنا عملا بأحف الضررين وأهون المفستتين؛ أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم الإستمنا(العادة السرية)، فتوى رقم 684، بتاريخ 2005/09/13، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/08/27.

المنفردة، أو بطلب من خطيبته لإجراء مثل هذا الفحص، بل كلاهما يسلم أمره لما بعد الزواج وحدث الإتصال الجنسي، فيكونان مجبرين إلى اللجوء للعلاج بدافع الأبوة والأمومة.

ولتجنب الوقوع في مشاكل متعلقة بالإنجاب، فمثلا يجب التأكد عند عقد الزواج من الزمرة الدموية لكلا الطرفين مع عاملهما الريسوسي وكذلك زمرة الطفل الأول إذا كانت الأم حاملة للعامل الريسوسي السالب. وتعتبر عملية التحاليل الطبية من الأعمال العادية التي لا تصادف في الغالب صعوبات خاصة بالنسبة للمريض، لذلك يكون التزام القائم بها هو إلتزام بتحقيق نتيجة تتجسد في نجاح وسلامة التحاليل<sup>1</sup>.

إذ تحتاج المرأة السالبة الريسوس بعد الولادة مباشرة وبعد التأكد من عامل الريسوس الموجب للطفل إلى حقنها بنوع معين من البروتينات يطلق عليها أمينوجلوبيدلين بهدف منع تكوين الأجسام المضادة داخل جسمها<sup>2</sup>، ولابد أن يتم خلال 72 ساعة الموالية للولادة فقط<sup>3</sup>، لذلك فالخطأ الوارد في تحديد العامل الريسوسي الريسوسي للزوجة في مثل هذه الحالة قد يدفع بالقائم على الولادة إلى إغفال حقن الزوجة بهذا البروتين فيحدث تكوين لتلك الأجسام المضادة في دورتها الدموية هذا من جهة. وإن كان الطب الحديث من جهة ثانية قد توصل إلى طريقة أخرى تعمل على إنقاذ الجنين بواسطة تغيير دمه داخل الرحم يكون عامله الريسوسي مشابهاً لأمه<sup>4</sup>. غير أنها عملية تحتاج إلى نوع من الدقة والعناية قد تكون نادرة في الكثير من الدول مثل الجزائر.

وعليه فإن مثل هذا الخطأ لا محالة سينجر عنه تقرير مسؤولية المخبري حسب نص المادة 252 من قانون الصحة الجديد التي نصت في فقرتها الثانية على أنه: "...الأشخاص المذكورون في الفقرة الأولى أعلاه مسؤولون على مخابريهم وكذا نشاطهم الذي يجب عليهم ممارسته شخصيا وفعليا ضمن الشروط المحددة عن طريق التنظيم". ويمكنه دفع مسؤوليته إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه في تحقيق سلامة التحاليل الطبية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>5</sup>. يتقرر حق الزوجين في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهما، والمتمثل في الحرمان من الأولاد، ولو كان العيب في الجهاز المستعمل، على أساس أن القائم بالتحاليل أخل بالتزامه بسلامة النتائج، لكونه التزمنا بتحقيق نتيجة، دون البحث عن وجود الخطأ، حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء، بقصد توفير حماية أكثر

<sup>1</sup>- بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2002-2003، ص.110؛ لحق عبد الله، إلتزامات الطبيب من خلال تدخلاته الطبية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2015-2016، ص.195.

<sup>2</sup>- محمد الربيعي، المرجع السابق، ص.72.

<sup>3</sup>- موقع على الإنترنت، [www.ahtibbi.com](http://www.ahtibbi.com)، تاريخ الإطلاع، 2020/01/02.

<sup>4</sup>- محمد الربيعي، المرجع نفسه، ص.72.

<sup>5</sup>- لحق عبد الله، المرجع نفسه، ص.195.

للطرف الضعيف في هذه العلاقة الطبية<sup>1</sup>. كما يمكن إقرار المسؤولية الجزائية كذلك عملاً بنص المادة 264 ق.ع في فقرتها الرابعة بسبب إحداث عاهة مستديمة للشخص، تكمن في فقد إمكانية من الإمكانيات الطبيعية له وإن كانت العبارة التي استعملها المشرع عامة.

### ثالثاً: مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج

فالمشروع هو ما سوغه الشرع، والمشروعية تطلق على ما تكتسبه الأفعال والأشياء من أحكام<sup>2</sup>، لذلك فالفحص الطبي قبل الزواج كغيره من المسائل المستجدة التي تطرق إليها الفقه الإسلامي، وبين مدى جوازه وفق ما توفر لهم من أدلة، لكن ما يمكن التنبه له هو أن الفحص الطبي يندرج ضمن التداوي والعلاج، وهو ما تطرقنا إليه في الفصل الأول من بحثنا<sup>3</sup>، لذلك سنركز هنا على مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، بعد الجدل الواقع بين مؤيد لإلزامية هذا الإجراء، كضرورة لحماية طرفي العلاقة الزوجية ونسلهما(أ)، وبين مناهض له بحجة انعدام الدليل الشرعي القاطع على إلزاميته(ب).

### أ-الرأي المؤيد

يرى هذا الاتجاه بجواز قيام ولي الأمر<sup>4</sup> بإصدار قواعد قانونية تلزم الراغبين في الزواج على وجوب إجراء الفحص الطبي، من خلال تقديم شهادة طبية عند الإقدام على إبرام عقد الزواج، تثبت الوضع الصحي والجسدي، والخلو من الأمراض التي تتعارض مع الحياة الزوجية، وتؤثر على الإنجاب والنسل. لما فيه من مصلحة محققة ودفع لمفاسد مؤكدة، ويتأكد الإلزام حالة انتشار أمراض معينة في بلد محدد، وكان الزواج من السبل المسهلة لانتقاله. غير أن هذا الإلزام القانوني وإن ترتبت عليه جزاءات مالية، إلا أنه لا يؤثر في صحة العقد، ما دام قد توافرت شروط الانعقاد المتفق عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-بوجردة زبهة، براك الطاهر، الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بسلامة المريض في العقد الطبي، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي، تمارست، 2019، مج11، ع02، ص.139.

<sup>2</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج37، ص.317.

<sup>3</sup>-أنظر؛ ص.70 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>4</sup>"ولاية الأمور هم أصحاب التصرف في شأن الأمة الذين يملكون زمام الأمور، ويدهم قيادة الأمور؛ عفاف بنت حسن مختار، الإشاعة وخطرها على ولاة الأمور، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، ع96، ربيع الأول إلى جمادى الثاني 1433هـ، ص.94؛ يوسف بن صالح عبد الله الموينع، مفهوم الخروج على ولاة الأمور وخطره وآثاره السيئة على المجتمع السعودي، السجل العلمي لمؤتمر واجب الجامعات السعودية وأثرها في حماية الشباب من الجماعات والأحزاب والانحراف المنظم في 28-29 جانفي 2018، مج03، جامعة نجد بن سعود الإسلامية، ص.869.

<sup>5</sup>-نجد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، مج02، ط01، دار المكتبي، دمشق، 2009، ص.430؛ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.97؛ بدر ناصر مشرع السبيعي، المرجع السابق، ص.104.

وأدلتهم في ذلك من القرآن قول الله عز وجل « يَتَأَيُّبُ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ.. »<sup>1</sup>، فهو أمر بطاعة ولي الأمر في غير معصية<sup>2</sup>، والإلزام بالفحص الطبي كذلك؛ وقول الله تعالى « وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ.. »<sup>3</sup>، دليل على حمل الإنسان نفسه على غرر ربما مات منه<sup>4</sup>، والافتقار من المرض المعد طريق لقتل النفس، فيكون الإلزام بالفحص الطبي من أسباب اجتنابه؛ وقوله تعالى « هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ.. »، في الآية دليل على أن النبي زكريا دعا ربه أن يرزقه نسلا صالحا<sup>5</sup>.

وطاعة ولي الأمر من أصول أهل السنة والجماعة، فقد علم بالضرورة من دين الإسلام أن لا دين إلا بجماعة، ولا جماعة إلا بإمامة، ولا إمامة إلا بسمع وطاعة<sup>6</sup>، فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على ذلك، منها ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «السمع والطاعة حق، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»<sup>7</sup>؛ وما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «عليك السمع والطاعة، في عسرك ويسرك، ومنشطك ومكرهك، وأثرة عليك»<sup>8</sup>؛ وما رواه عبادة بن الصامت، عن أبي ذر قال: «إن خليلي أوصاني أن أسمع وأطيع، وإن كان عبدا حبشيا مجدع الأطراف»<sup>9</sup>. وهذه الأحاديث تحت على السمع والطاعة في الأمور الدنيوية في جميع الأحوال، وسببها اجتماع كلمة المسلمين، فإن الخلاف سبب لفساد أحوالهم في دينهم ودنياهم<sup>10</sup>.

وإذا كانت طاعة ولي الأمر في غير معصية واجبة، فينبغي على ولي الأمر أن يعلم أنما وكل إليه هو أمانة، فعليه أن يجتهد في جلب ما ينفع ودرء ما يفسد. بدليل قول النبي ﷺ لأبي ذر «إنها أمانة وإنها يوم القيامة

<sup>1</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 59.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 06، ص 428 إلى 429.

<sup>3</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 29.

<sup>4</sup>-أبي محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، د.ط، دار ابن حزم، مكة، ص 427.

<sup>5</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج 05، ص 109.

<sup>6</sup>-عفاف بنت حسن مختار، المرجع السابق، ص 106.

<sup>7</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر. 2955، كتاب الجهاد والسير، ص 729.

<sup>8</sup>-صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر. 1836، كتاب الإمامة، ص 891.

<sup>9</sup>-صحيح مسلم، المرجع نفسه، ح.ر. 1837، كتاب الإمامة، ص 891-892.

<sup>10</sup>-بدر بن سليمان الريش، حقوق ولاية الأمور، بحث مقدم في مرحلة الدكتوراه، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1430هـ-1431هـ، ص 20.

خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها <sup>1</sup>. لذلك يكون إصدار قانون يلزم المقبلين على الزواج بالفحص الطبي إجراء يضمن تحقيق الصحة والسلامة للمجتمع.

ويبرر رأي هذا الاتجاه قواعد فقهية عديدة، منها ما ذكرناه في مسألة التداوي من العقم<sup>2</sup>، كقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات". ومنها قواعد أصولية، كقاعدة "المصالح المرسله"<sup>3</sup>، لأن الفحص الطبي من الإجراءات التي يمكنها تحقيق النفع للفرد والمجتمع على حد سواء، يجلب مصلحة الحماية من الأمراض الوراثية والمعدية، وهي نتيجة حسب المال، كذلك عملاً بقاعدة "اعتبار مآلات الأفعال"<sup>4</sup>.

### ب-الرأي المعارض

يرى أصحاب هذا الرأي<sup>5</sup> بعدم جواز إجبار الأفراد على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، لأن عقد الزواج أحاطته الشريعة الإسلامية بنوع من العناية والخصوصية، فحددت شروطه وأركانه، وهذا ما يجعل شرط الفحص الطبي مخالف لما هو ثابت، ويكون هذا الشرط باطلاً<sup>6</sup>، بدليل الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال: «... ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مئة شرط»<sup>7</sup>. بل إن الثابت شرعاً أن المطلوب هو شرط الدين والخلق، لقول رسول الله ﷺ: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض وفساد عريض».

<sup>1</sup>- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، مج28، ص.250.

<sup>2</sup>- أنظر؛ ص.75 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>3</sup>-قاعدة المصالح المرسله : "فالحاصل هي التي يتحراها ولاية الأمور من العلماء والأمرء لنفع المسلمين عند عدم وجود نص في ذلك يمنع منها، ولكنها تشهد لها قواعد الشرع بملاحظتها والانتفاع بها، والاستفادة منها فيما ينفع المسلمين، لأن الشرع جاء لتحصيل المصالح وتكميلها، ودرء المفاسد وتقليلها"؛ ابن باز، المصالح المرسله، موقع الإنترنت: [www.binbaz.org.sa](http://www.binbaz.org.sa) ، تاريخ الإطلاع، 2020/09/06.

<sup>4</sup>-يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عنها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب مذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"؛ أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، المرجع السابق، مج05، ص.177-178.

<sup>5</sup>-منهم : عبد العزيز بن باز، عبد الكريم زيدان، محمد رأفت عثمان، محمد عبد الغفار الشريف؛ علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.283؛ بدر ناصر مشرع السبيعي، المرجع السابق، ص.100.

<sup>6</sup>-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع نفسه، ص.283؛

<sup>7</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.2735، كتاب الشروط، ص.674.

وحسبهم، فإن الإلزام بتقديم شهادة طبية قبل الزواج فيه تعسير على الأفراد، بل قد يلجأ إليه تحت طائلة الإكراه، والقاعدة الفقهية تنص على أن "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه<sup>1</sup>. كما أن الفحص الطبي يتعارض وحسن الظن بالله تعالى، وأن نتائجه تكون في الغالب غير صحيحة<sup>2</sup>. في حين أن بعض الفقهاء من قيده بوجود قرائن وخيف من مرض خفي، وطلبه أحد الأولياء أو أحد الخاطبين، فلا مانع من إجراء الفحص الطبي دفعا للخلاف والنزاع بعد العقد، لكن إن كان ظاهر الحال للطرفين، والبيئة، والمجتمع يوحي بسلامتهما، فلا حاجة لإجرائه<sup>3</sup>.

وكمناقشة وترجيح للرأيين المتعارضين بشأن مدى مشروعية إلزام المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي، فإننا نميل إلى الرأي القائل بجواز قيام ولي الأمر بإصدار قانون يقضي بذلك، وهذا بحجة أن الفحص الطبي ليس شرط صحة ولا انعقاد، بل مجرد إجراء لتبصير الطرفين بالحالة الصحية لكليهما، مع احتفاظهما بالحرية التامة في إتمام العقد مهما كانت نتائج الفحص. كما أن ترك الحرية للجوء إلى هذا الإجراء دون وجود نص قانوني ملزم، فإنه سيفقده فاعليته، ويجعله قابعا تحت تقاعس المقبلين على الزواج، ما دام أن بإمكانهم إبرام عقد النكاح بدونه. وتتأكد ضرورة إضفاء طابع الإلزام إذا علمنا بضعف الوازع الديني في المجتمعات، وكثرة التدليس والغش في جميع المعاملات، بما فيها عقود الزواج.

وقول المعارضين بأن الإلزام بالفحص الطبي من الشروط التي ليس لها دليل في الكتاب ولا في السنة، نرد عليه بالقول بأن كل شرط لم يمنعه نص شرعي، ولا يخالف النصوص، ولا المقاصد الشرعية يجوز اشتراطه، لأن "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة"<sup>4</sup>. كما يمكننا الاستشهاد بمثال ذلك، ما قال به أحد الفقهاء في مسألة تأجيل الرجل العني مدة سنة، فإذا قال الطب الدقيق أنه ليس بعنين، أو أنه قد يسترجع نشاطه خلال مدة معينة وقبل السنة، فلا نأخذ به، إن كان حكم التأجيل من باب التشريع، لكن إذا قلنا أنه من باب القضاء

<sup>1</sup>-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.121؛ أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي، المنشور في القواعد فقه شافعي، تح. محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.183.

<sup>2</sup>-أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.92.

<sup>3</sup>-عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، الفتاوى الشرعية في المسائل الطبية، إ.ع، إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الرحمن الشثري، د.د.ن، د.س.ن، ص.83-84.

<sup>4</sup>-شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، مج29، ص.132..

الخاضع للاجتهاد، فإذا قرر الأطباء من ذوي الكفاءة والأمانة أنه لن تعود إليه قوة الجماع، فلا يستفاد من التأجيل سوى ضرر الزوجة<sup>1</sup>، وبالتالي نأخذ بقول الأطباء، لأن مقصده هو دفع الضرر عنها.

وإذا عد شرط أحد الراغبين في معرفة سلامة الآخر وخلوه من الأمراض الوراثية، أو المعدية، أو عدم القدرة على الإنجاب، وجميع العيوب التي من الممكن أن تعرضه لضرر حسي أو معنوي شرط صحيح<sup>2</sup>، فالأولى جعله شرطاً عاماً على الأفراد، حفاظاً عليهم وعلى نسلهم، لاسيما هؤلاء الذين ينقصهم الوعي في مثل هذه المسائل، فلا تكفي فرضية السلامة في الراغب في الزواج، بدليل ما رواه عقبه بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»<sup>3</sup>، ولقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم»<sup>4</sup>. وكما نعلم أن ثبوت خيار الفسخ في العيوب غير المتفق عليها عند الفقهاء يستوجب اشتراطها عند العقد، وعدم اشتراطها فيه مخاطرة، لأن حق المتضرر في الخيار يسقط بعد تبينها<sup>5</sup>، وحتى وإن ثبت حق الخيار بعد العقد فحقّ دفعه قبل وقوعه، عملاً بالقاعدة الفقهية "الدفع أقوى من الرفع"<sup>6</sup>.

وإن كان بعضهم يرى بأن الفحص الطبي قبل الزواج ينافي التوكل وحسن الظن بالله تعالى، فإننا نراه من زاوية اتخاذ الأسباب كما فعل النبي ﷺ في كثير من الأمور، وهذا لا يتعارض مع التوكل والرضا بقضاء الله وقدره عز وجل.

بهذه المناقشة والترجيح، نكون قد عرضنا موقف الفقه الإسلامي من مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، لنستتبعه بمكانة هذا الإجراء ضمن نصوص القانون الجزائري ومدى إلزاميته في البند الموالي.

<sup>1</sup>- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع...، المرجع السابق، ج12، ص.207.

<sup>2</sup>- أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في اشتراط تحليل الدم قبل الزواج، فتوى رقم 1114، بتاريخ 2011/07/29، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/09/07.

<sup>3</sup>- صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.2721، كتاب الشروط، ص.666.

<sup>4</sup>- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل...، المرجع السابق، ح.ر.1303، باب الشروط في البيع، ج05، ص.142؛ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المرجع السابق، مج02، ح.ر.3594، باب في الصلح، ص.395.

<sup>5</sup>- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع...، المرجع نفسه، ج12، ص.220.

<sup>6</sup>- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.138؛ أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي، المرجع السابق، ج01، ص.361.

## رابعاً: الفحص الطبي قبل الزواج في التشريع

إن هذا الإجراء تم النص عليه صراحة بموجب المادة 115 من الأمر رقم 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية<sup>1</sup>. غير أنه تم العدول عن ذلك بعد صدور القانون رقم 85-05 المتضمن قانون الصحة العمومية، حيث ألغى الأمر رقم 76-79. لذلك فالفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري عرف مرحلتين نذكرهما فيما يلي:

## أ-مرحلة ما قبل 27 فيفري سنة 2005

نص المشرع صراحة على الفحص الطبي قبل الزواج في الفصل الأول من الباب الثالث، بعنوان حماية الأمومة والطفولة في المادة 115 بنصها " تحدد بموجب مرسوم، كفاءات الفحص الطبي السابق للزواج وذلك لأجل حماية صحة العائلة". غير أنه لم يتم تفعيل محتوى هذه المادة بعدم إصدار أي تنظيم، الشيء الذي أفقدها قيمتها<sup>2</sup>.

لقد تأكد موقف المشرع في عدم إعطاء الأهمية اللازمة للفحص الطبي قبل الزواج بإصداره القانون رقم 85-05 الذي ألغى الأمر رقم 76-79 بما فيه نص المادة 115 منه، وبالرغم من تضمينه لنصوص تهدف إلى حماية الأمومة والطفولة، إلا أنه لم يفرد للفحص الطبي قبل الزواج نصاً صريحاً خاصاً به أو مجرد التلميح إليه ضمناً، وهو ما جعل بعض الفقه القانوني يعده نقصاً تشريعياً<sup>3</sup>. وإن أمكن تبرير ذلك باهتمام المشرع بمسألة لا تقل أهمية عن إجراء الفحص الطبي، بل هي عماده، والمتمثلة في التسريع من وتيرة تسجيل العقود الزوجية منذ سنة 1963، لترسيخ فكرة العقد المدني لدى المواطنين، وتقبلهم لأي إجراء يلحقه.

وما يستنتج أن عقد الزواج يمكن إبرامه بغض النظر عن الحالة الصحية لطرفيه، بل تؤكد ذلك في الساحة القضائية، فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن مرض أحد الزوجين ليس عيباً في إبرام الزواج، لأن شروط صحة الزواج تقتضي توافر أركانه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ الموافق 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، المؤرخة في 1976/12/19، ع101، ص.1392.

<sup>2</sup>-علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.234.

<sup>3</sup>-علاق عبد القادر، المرجع نفسه، ص.235.

<sup>4</sup>-جاء في هذا القرار ما نصه: "...من المستقر عليه قانوناً وقضاءً أن عقد الزواج يعتبر صحيحاً متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصدقا وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانوناً. ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيباً في إبرام عقد الزواج. ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988 على عقد الزواج الذي تم مع المطعون ضده سنة 1977 يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن؛" قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1991/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، ع02، 1996، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1998، ص.69.

## ب-مرحلة ما بعد 27 فيفري سنة 2005

لقد أفرد المشرع خلال هذه المرحلة نصا قانونيا صريحا يتمثل في المادة 07 مكرر ق.أ<sup>1</sup>، يلزم الراغبين في الزواج على وجوب تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوها من أي مرض، أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وهذا دليل على أن المشرع كان مدفوعا بما ظهر من أمراض خطيرة يتعذر علاجها والتحكم فيها، كالعقم، ومرض الإيدز، والالتهاب الكبدي الوبائي، وغيرها، فتكون الأسرة بذلك وسيلة لانتشارها وينتج عنها نسل مريض<sup>2</sup>. وإن كان عند البعض أن المشرع لم يجعل محاذير لما يترتب على الكشف الطبي من آثار نفسية عند المكشوف عنهم، حالة دلالة خريبتهم الوراثية على وجود أمراض لديهم، أو إمكانية الإصابة بها مستقبلا، مما ينعكس ذلك سلبا على الإقبال على الزواج<sup>3</sup>.

وباستقراء المادة 07 مكرر يكون لزاما على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التحري والتأكد من تقديم طرفي العلاقة الزوجية تلك الشهادة الطبية المثبتة للفحوصات الطبية التي تم إجراؤها، مع علم كل منهما بما أسفرت عنه تلك الكشوفات قبل تحرير العقد والتأشير عليه. غير أن تقديم الشهادة الطبية يبقى مجرد إجراء وقائي من باب السياسة الشرعية، لا يؤثر في صحة العقد ما دامت شروطه المنصوص عليها قد توافرت<sup>4</sup>، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154<sup>5</sup>، المحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من ق.أ بنصها " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

<sup>1</sup>-تنص المادة 07 مكرر ق.أ، على أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم».

<sup>2</sup>-شامي أحمد، المرجع السابق، ص.36.

<sup>3</sup>-مهداوي حسين، المرجع السابق، ص.27.

<sup>4</sup>-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج، ج.01، ط07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.127؛ معمري إيمان، ميدون مفيدة، اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، تندوف، مج.03، ع.01، 2019، ص.46.

<sup>5</sup>-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11/05/2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، بتاريخ 14/05/2006، ع.31، ص.04.

إن المرسوم التنفيذي رقم 06-154 يعد محاولة إيجابية للإحاطة بمسألة الفحص الطبي قبل الزواج، حيث أنه عدد نوعين من الفحوصات ضمن نص المادة 03 منه، وهي الفحص العيادي الشامل، و تحليل فصيلة الدم. كما أورد في المادة 04 بأن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية، للوقوف على بعض العيوب، أو مدى قابلية الإصابة بها، مع إمكانية اقتراح الطبيب على الخاضع للفحص، إجراء فحوصات للكشف عن أمراض يمكنها الانتقال إلى الزوج أو الزرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها. كل ذلك يدل على عدم حصر المشرع لنوع معين من الفحوصات، بل ترك المجال الواسع للطبيب الفاحص في تحديدها حسب كل حالة معروضة عليه.

إن ما يعاب على المشرع في هذه المسألة هو عدم تناسق نصوص قانون الحالة المدنية مع نصوص الفحص الطبي، حيث أنه بالإطلاع على المواد من 71 إلى 77 في الفصل الثاني بعنوان عقود الزواج، نجد عدم النص على إدراج تقديم الشهادة الطبية ضمن ملف طلب عقد الزواج. وإن كانت المادة 73 من نفس القانون تنص على أنه: "يجب أن بين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون"، فعبارة "ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون"، جاءت عام تشمل كل شروط الزواج.

وأما المادة 74 اكتفت بوثائق محددة، بالرغم من أن البعض<sup>1</sup> قد نوه إلى ضرورة التنسيق بين مختلف القواعد القانونية المنظمة لإجراء الفحص الطبي، بما فيها الإجراءات الشكلية والإدارية لإبرام عقد الزواج، لذلك تبقى حتمية التنصيص على إدراج شهادة الفحص الطبي في ملف طلب الزواج ضمن نصوص قانون الحالة المدنية، حفاظا على قيمتها، وأهميتها لدى الراغبين في الزواج، وكذا الأعدان المكلفين بتحرير عقود الزواج، دون الاكتفاء بمراسلات إدارية أو تعليمات وزارية تلزم بذلك.

وإجمالا، فالقول أن المشرع قد أدرك الصواب بإفراده نظاما قانونيا للفحص الطبي قبل الزواج، كإجراء شكلي لإبرام عقد الزواج، تتوقف قيمته القانونية عند حدود إعلام طرفي العلاقة الزوجية بما أسفرت عنه، وامتناع العون المكلف عن تحرير عقد الزواج دون الامتداد إلى صحة العقد والمنع من إنجازه<sup>2</sup>. كله هذا يصب في حماية

<sup>1</sup>- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة، 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص. 19-20؛ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 241.

<sup>2</sup>- وهو ما يتوافق مع قول فقهاء الشريعة بجواز نكاح الخصي والعقيم والعاقرة؛ الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى...، المرجع السابق، ص. 1645.

الصحة للأفراد والمجتمع وتجنّب الإنجاب من العلل والأسقام بالقدر الذي يمكن. وتؤكد ذلك بإقرار المادة 72 من القانون رقم 18-11 التي جعلت من إجراء الفحص الطبي السابق للزواج أمراً إجبارياً، مع تحديد قائمة الفحوصات حسب التنظيم. ولكن تبقى فعالية هذا الفحص نسبية بوجود إمكانية الزواج العرفي.

ومثلما نال إجراء الفحص الطبي قبل الزواج حظه من الشروحات الفقهية والقانونية، نتيجة انتشار الأمراض الوراثية، فزواج الأقارب هو الآخر كان محلاً للجدل على أساس أن مثل هذا الزواج من شأنها الزيادة في سريان العديد من تلك الأمراض، والتأثير على الإنجاب مستقبلاً.

## الفرع الثاني

### علاقة زواج الأقارب بالأمراض الوراثية وأثره على الإنجاب

القربة والقربى، هي القرب في الرحم، وأهل القربة هم الذين يقدمون الأقرب فالأقرب من ذوي الأرحام<sup>1</sup>. ومدلول القربة شرعاً يتوافق ومعناها لغة، مع استعمال الفقهاء لألفاظ ذات صلة بها، كالرحم والنسب، لاشتمالها على نفس المعنى، وإن كان يختلف حكم كل منها على حسب المراد. وقد أوردت الموسوعة الفقهية الكويتية سبعة أقوال للفقهاء في تحديد مفهوم القربة<sup>2</sup>، وإن كان الأرجح عند البعض هو ما ذهب إليه الإمام أحمد في القول بأنها أولاد الرجل، وأولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جد أبيه<sup>3</sup>.

أما قانوناً، فنجد أن المشرع قد استعمل لفظ القربة ضمن نصوص الحالة الطبيعية للأشخاص في القانون المدني، إذ عدها بأنها أساس تكوين الأسرة بالنص: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"<sup>4</sup>. وفي المادة 02 من ق.أ بالنص: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القربة". كما أعطى تعريفاً وتحديداً للقربة المباشرة وقربة ذوي الأرحام، في المادة 32 من الأمر رقم 58-75 المتضمن ق.م. على أن: "القربة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع. وقربة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر".

<sup>1</sup>-جماعة من المختصين، معجم النفايس الكبير، المرجع السابق، ص.1545.

<sup>2</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج33، ص.66 إلى 68؛ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج01، ص.79.

<sup>3</sup>-عبد العزيز بن محمد بن عبد الله السليمان؛ أثر القربة على العقوبة في الشريعة والقانون (دراسة تطبيقية)، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية؛ قسم العدالة الجنائية، 2005، ص.19.

<sup>4</sup>-المادة 32 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

وزواج الأقارب تباينت المواقف بشأنه، من الجانب الشرعي (أولاً)، والطبي (ثانياً)، والسوسيولوجي (ثالثاً).

### أولاً: رأي الفقه الإسلامي في زواج الأقارب

معلوم أن الشريعة الإسلامية قد حددت لنا فئة المحرمات من النساء بأدلة قطعية، فيكون الزواج غير جائز حالة عقد قران على إحداهن. لذلك فإن الفئة التي تدخل ضمن بحثنا، هي تلك التي تمس بالقرابة ولا يوجد دليل على النهي عنها. بل ثار الخلاف بشأنها من باب الكراهة (أ) أو الندب (ب).

#### أ- زواج الأقارب أمر مكروه

عند أصحاب هذا الرأي يكون زواج الأقارب مكروهاً، وهو عند الشافعية، حيث ورد عن الشافعي أنه قال: «أما أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم، كان في أولادهم حق»، وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما قال لآل السائب: «قد أضوأتم فانكحوا النوابع»، قال الحربي: يعني تزوجوا الغرائب<sup>1</sup>. ودليلهم حديث «لا تنكحوا القرابة القريبة، فإن الولد يخلق ضاويًا»<sup>2</sup>. وقال النووي "إذا أراد النكاح... والتي ليس بقرابة قريبة أولى"<sup>3</sup>. وعند الحنابلة يستحب لمن أراد التزوج أن يختار الأجنبية لأن ولدها أنجب، ولكي لا يضعف الأولاد، ولا تؤمن العداوة في النكاح المفضية إلى قطيعة الرحم عند الفرقة<sup>4</sup>.

#### ب- زواج الأقارب أمر مندوب

زواج الأقارب مندوب، لما جاء في المحلى "... وإنما تخيرنا نكاح الأقارب، لأنه فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، لم ينكح بناته إلا من بني هاشم وبني عبد شمس"، فقد أنكح النبي صلى الله عليه وسلم المقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب<sup>5</sup>، كما زوج صلى الله عليه وسلم ابنته فاطمة لعلي بن أبي طالب، وهي قرابة قريبة.

<sup>1</sup>-الحافظ بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج03، ط01، مؤسسة قرطبة، 1416هـ-1995م، ص.304.  
-الضوى: دقة العظم، وقلة الجسم خلقة أو الهزال. ضوي، كرضي، فهو غلام ضاوي. والمرأة ولدت ولدا ضاويًا؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.1305-1306.

<sup>2</sup>-الحافظ بن حجر العسقلاني، المرجع نفسه، ص.304.

<sup>3</sup>-أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج07، ص.19.

<sup>4</sup>-لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المعني، المرجع السابق، ج09، ص.509-512.

<sup>5</sup>-الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المحلى...، المرجع السابق، ص.1662.

ومناقشة أدلة القائلين بالكراهة، أن حديث «لا تنكحوا القرابة القريبة، فإن الولد يخلق ضاويًا» لا أصل له<sup>1</sup>، وأن كلام الشافعي يحمل على كراهة الزوج من العشيرة القريبة، لأن من مقاصد النكاح اتصال القبائل، لأجل التعاون والتعاقد واجتماع الكلمة. كما أن زواج النبي ﷺ من بنت عمته زينب جاء لبيان الجواز<sup>2</sup>. والقول أن بزواج الأقارب تحدث قطيعة الأرحام عند طلاق الزوجين، يرد عليهم بأن هذا النوع من الزواج فوائده كثيرة، من صلة للرحم وتقارب الأقارب، فلا يلتفت للمعترضين عليه. لكن إذا كان من الأقارب سيء السيرة أو به أمراض يخشى منها على النفس والولد، فلا من مانع اختيار غيره أو غيرها. أما مجرد النهي عن هذا النكاح، فهو قول مردود لمخالفة للشرع المطهر، فقد تزوج النبي ﷺ أم حبيبة ابنة عمه أبي سفيان<sup>3</sup>، وهو الرأي الذي نميل إليه لعدم وجود دليل يوجب المنع، وعملاً بقوله تعالى: «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ...»<sup>4</sup>.

كما أنه مجرد مظنة تنافي التوكل، ما لم يكن هنالك تقرير طبي بثبوت المرض. وكدليل قاطع على تشجيع زواج الأقارب، قول الله عز وجل: «يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عِمَّكَ وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكِ وَبَنَاتِ خَلَّتِكَ الَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ...»<sup>5</sup>، والآية نص في إحلال بنات العم والعمات والخالات<sup>6</sup>، وهن من القرابة القريبة جدا.

### ثانياً: موقف الطب في زواج الأقارب

يرى الأطباء أن الفحص الطبي الدقيق في تاريخ العائلة يلعب دوراً مهماً في الكشف عن الأمراض الوراثية، خاصة تلك التشوهات الجينية التي لا تظهر إلا باستعمال أجهزة طبية متطورة، كترسبات الكالسيوم في الدماغ الذي يصعب تحديده بالفحص الخارجي. كما تعود أسباب تلك التشوهات إلى تغيرات في

<sup>1</sup>-الحافظ بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص.304.

<sup>2</sup>-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج.03، ص.171.

<sup>3</sup>-ابن باز، الزواج من الأقارب في ميزان الشرع، موقع الإنترنت: <https://binbaz.org.sa>، تاريخ الإطلاع، 2020/08/27.

<sup>4</sup>-سورة النساء، جزء من الآية 24.

<sup>5</sup>-سورة الأحزاب، جزء من الآية 50.

<sup>6</sup>-أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المرجع السابق، القسم الثالث، ص.590؛ أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج.06، ص.186.

الكروموسومات وتنتقل من الوالدين أو أحدهما، مثل تشوه عظام الخد لأحد الوالدين دلالة على احتمالية ولادة الطفل بأذن واحدة<sup>1</sup>.

ويتمثل الأساس العلمي في عملية انتقال الأمراض الوراثية من الوالدين إلى الأبناء في وجود منطقة في الرحم تتكون من أمشاج الذكر والأنثى، وفيها تحمل تلك الأمشاج العوامل الوراثية، فنتقل من الآباء إلى الأبناء والأحفاد وفق نظام متقن يدل على قدرة خالقنا عز وجل، ولا يتغير النظام الوراثي مهما وقعت من طفرات، وإن حدث تغير في بعض الصفات الخلقية، لكنها لا تؤثر في الخلية البشرية.

وهذه العوامل الوراثية في غالبها إما سائدة وإما متنحية، فالسائد هو من له القدرة على الظهور عكس المتنحي الذي ليس له من الأمر شيء، إلا إذا اتحد مع عامل وراثي مماثل تماما، وبوجود العوامل السائدة والمتنحية تبرز تلك الصفات في الأبناء، فيكون الشبه للأم أو الأب أو العم أو الخال<sup>2</sup>.

وثبت علميا أن نسبة ظهور الأمراض الوراثية النادرة تزداد بزيادة صلة القرابة بين الزوجين، مع تكرارها داخل أجيال متعاقبة في الأسرة، وقد أفاد العلم أن احتمالية تعريض كل زوج لإنجاب تخلقات غير طبيعية أو أمراض وراثية تكون بنسبة 02% عند التعريب في الزواج، و04% لدى زواج الأقارب من أبناء العمومة، لكن

<sup>1</sup>- محمد الربيعي، المرجع السابق، ص. 91-92.

<sup>2</sup>- آراد يونس، زواج الأقارب... ظاهرة اجتماعية تورث مشكلات صحية للأجيال القادمة، موقع الإنترنت: [www.almostachr.net](http://www.almostachr.net) تاريخ الإطلاع، 2020/08/31.

- روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، « أن أعرابيا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود وإني أنكرته، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: فهل فيها من ورق؟ قال: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فأني هو؟ قال: لعله يا رسول الله يكون نزع عرق له، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: وهذا لعله يكون نزع عرق له »؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ج 02، حديث رقم 1500، كتاب اللعان، ص. 700.

- وفي الحديث إشارة لما اكتشفه العلماء من أن جسم الإنسان يتألف من مئات البلايين من الخلايا ولكل منها وظيفتها الخاصة بها وقد يرث الإنسان صفة من جد أو جدة بينه وبين أحدهما مئات السنين؛ يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص. 131.

- وما أخرجه البخاري ومسلم، عن أم سلمة قالت: « جاءت أم سليم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحي من الحق فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي صلى الله عليه وسلم: إذا رأت الماء فغطت أم سلمة - تعني وجهها - وقالت: يا رسول الله: وتحتلم المرأة؟ قال: نعم، تربت يمينك، فبم يشبهها ولدها »؛ وفي رواية مسلم " تربت يدك"، صحيح مسلم، المرجع نفسه، ح. ر؛ 313، كتاب الحيض، ص. 153. صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر. 130، كتاب العلم، ص. 45.

- ويؤخذ من حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أخبر أن الشبه مناطه المنى والشبه مناط شرعي لثبوت النسب، إذ أن الجنين يخلق من ماء الرجل وماء المرأة خلافا لمن يزعم أنه يخلق من ماء الرجل فقط؛ ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع السابق، ص. 191.

دراسة المسألة بصفة موضوعية يؤدي إلى الحكم بأن زواج الأقارب ليس هو السبب ابتداء في وقوع الأمراض الوراثية، بل لا بد من التركيز على كل حالة وراثية على حدة عند تكرار الزواج في أبناء العمومة الأولى<sup>1</sup>.

حيث أن كل شخص يشارك أحد إخوته أو أخواته في نصف عدد المورثات التي يحملها، في حين يشارك أعمامه وأخواله في ربعها، وأما أبناء وبنات العم والخال، فيشاركهم في ثمنها. وعليه، فوجود مورث معتل في أحد الأجداد يجعلنا أمام احتمال كبير لانتقاله عند زواج الأقارب مقارنة بزواج الأبعد<sup>2</sup>.

### ثالثاً: الرأي السوسولوجي في زواج الأقارب

يرى البعض بأن الأمراض المعروفة عادة في المجتمع، كأمراض القلب، وضغط الدم، وداء السكري، وأمراض الحساسية لا يختلف مستوى الإصابة بها بين أفراد الأسرة، وغيرهم من أفراد المجتمع، دون تسجيل تشوهات خلقية أو أمراض سببها الوراثة، لاسيما العقلية والنفسية، مع انتفاء السلوكيات غير الأخلاقية والانحرافات الإجرامية. بل يمكن القول أن زواج الأقارب أنتج نسلاً حسناً، وأفرز أجساماً وعقولاً سليمة مميزة عن المستوى الطبيعي داخل مجتمعاتهم، ما يعني أنه في حالة تميز الصفات الوراثية للأبوين يجعل من إنجابهما خالياً من أية أمراض عضوية أو عقلية أو نفسية<sup>3</sup>.

غير أن بعض الدراسات الميدانية توصلت إلى أن نسبة الأطفال المعاقين عقلياً الذين ينحدرون من أبوين بينهما قرابة، بلغت 52% وهي نسبة جد مرتفعة، تدل على خطورة زواج الأقارب، حيث أن الإعاقات الوراثية في القرابة من الدرجة الأولى بلغت نسبتها 83%، في حين بلغت الإعاقات المكتسبة في نفس درجة القرابة 17%<sup>4</sup>.

أما في الجزائر، فقد وصلت نسبة زواج الأقارب 33.3% سنة 2002، لترتفع إلى 38% سنة 2007. كما تم إحصاء 9131 طفل مصابون بمختلف الإعاقات، منهم 2403 ينحدرون من زواج الأقارب، لاسيما الدرجة الأولى والثانية، ومعظمهم من ذوي الإعاقات الذهنية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الحميد القضاة، المرجع السابق، ص. 26.

<sup>2</sup>- آزاد يونس، المرجع نفسه.

<sup>3</sup>- سالم نجم، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته (دراسة ميدانية محلية)، مجلة المجمع الفقهي، ع 11، السنة الثامنة، ص. 157-158.

<sup>4</sup>- أمل معطي، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق (دراسة ميدانية)، مجلة جامعة دمشق، مج 29، ع 04+03، ص. 306.

<sup>5</sup>- تصريح وزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة خلال برنامج تحسيس وتوعوي بالتنسيق مع مختلف المصالح؛ موقع على الإنترنت: [www.echoroukonline.com](http://www.echoroukonline.com)، تاريخ الإطلاع، 2020/09/01.

كخلاصة يمكن القول أن رأي الفقه الإسلامي والموقف الطبي لا يتعارضان من حيث المقصد في زواج الأقارب، فالشريعة الإسلامية حثت على ضرورة حسن اختيار الزوجة في حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أن قال: « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم »<sup>1</sup>، وهذا دليل على التحرز والابتعاد عن الأمراض أيا كانت، سواء وجدت في الأقارب أو الأبعد، وهو ما يقابله في الاستشارة الطبية الوراثية التي تقي من الأمراض عند الإقبال على الزواج من الأقارب أو الأبعد.

وبالتالي لا يمكن أن نجعل عدم الزواج بالأقارب قانوناً عاماً مسلماً به، لأن الاحتمال العلمي لنقل القلة من الأمراض الوراثية الناتجة من جينات متنحية عن طريق زواج الأقارب يقع في حالة واحدة، وهي أن يكون أفراد المجتمع أنقياء وراثياً، وأفراد الأسرة غير أنقياء وراثياً<sup>2</sup>.

وحماية الإنجاب ليست قاصرة على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج أو تجنب زواج الأقارب. بل هناك وسيلة أخرى يلجأ إليها، تتأرجح شرعيتها بين الحماية والتعدي، بحسب الظروف المتخذة في إطارها، ألا وهي إنهاء الحمل بصفة غير طبيعية أو بصفة طبيعية، وهو ما سنعرض إليه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### حماية الحمل من التعدي

يتحقق فعل الاعتداء على الحمل القائم بإخراجه من الرحم بوسيلة غير تلقائية قبل الموعد الطبيعي لنهايته، سواء خرج الجنين ميتاً أو قابلاً للحياة، لكن قرينة خروجه قبل مواعده الطبيعي تفضي في الغالب إلى موته بعد فترة وجيزة. والتعدي قد يقع من الحامل نفسها أو من طرف الغير، وهذا نصفه بالإنتهاء غير الطبيعي للحمل (الفرع الأول). وأيضاً قد يقع التعدي على الحمل أثناء نهايته بصفة طبيعية، أي عند عملية الولادة، وغالبا ما يكون ذلك نتيجة الخطأ، وعدم احترام الأصول العلمية الثابتة (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ط01، مج02، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997، ح.ر. 1615، باب الأكفاء، ص. 156.

<sup>2</sup>- أحمد شوقي إبراهيم، زواج الأقارب، موقع الإنترنت : [www.almanalmagazine.com](http://www.almanalmagazine.com) ، تاريخ الإطلاع، 2020/09/01.

## الفرع الأول

## الإنتهاء غير الطبيعي للحمل

بعيدا عن المصطلحات المعهودة في مجال حماية الجنين من التعدي، فقد فضلنا استعمال مصطلح الإنتهاء غير الطبيعي للحمل، وهو في دلالته يرمي إلى عملية الإجهاض التي تعد في صورتها الغالبة تعدي على سلامة الحمل. غير أنه استثناء قد يمكن إضفاء الصبغة القانونية عليها عندما تتم وفق الضوابط الشرعية والشروط القانونية. هذا ما سنوضحه من خلال تعريف الإنتهاء غير الطبيعي للحمل (أولا)، ثم رأي الفقه الإسلامي فيه (ثانيا)، وأخيرا الصبغة القانونية للإنتهاء غير الطبيعي للحمل (ثالثا).

## أولا: تعريف الإنتهاء غير الطبيعي للحمل

يتضمن هذا البند التعريف اللغوي والاصطلاحي للإنتهاء غير الطبيعي للحمل (أ)، والتعريف الطبي له (ب)، ثم أنواع الإنتهاء غير الطبيعي للحمل (ج).

## أ- التعريف اللغوي والاصطلاحي

هذا المصطلح مركب من عدة كلمات يستلزم الأمر تبيان تعريف كل منها للوصول إلى التعريف الكامل.

- الإنتهاء: أنهى الرجل الشيء إنتهاء: أبلغه. انتهى الخبر انتهاء: بلغ. والشيء بلغ نهايته<sup>1</sup>. والنهية، بالضم، الإسم منه، وغاية الشيء، وآخره، كالنهاية والنهاء<sup>2</sup>.

- غير الطبيعي: الطبع، والطبيعة، والطباع، ككتاب: السجية جبل عليها الإنسان<sup>3</sup>. والطبيعي: إسم منسوب إلى طبيعة. أمر طبيعي: عادي ومألوف. من الطبيعي: مما لا شك فيه، من المؤلف المعتاد. وفاة طبيعية: بدون قتل أو انتحار<sup>4</sup>.

وغير: قد تكون بمعنى لا. مثل قوله تعالى «... فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ...»<sup>5</sup>. كأنه قال: فمن اضطر جائعا لا باغيا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-جماعة من المختصين، معجم النفاث الكبير، المرجع السابق، مج02، ص.2071.

<sup>2</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.1341.

<sup>3</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع نفسه، ص.743.

<sup>4</sup>-أحمد مختار عمر، المرجع السابق، مج03، ص.1386.

<sup>5</sup>-سورة البقرة، جزء من الآية 173.

<sup>6</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.865-866.

-**الحمل:** هو ما يحمل في البطن من الولد، جمع حمال وأحمال وحملت المرأة تحمل: علقته، ولا يقال حَمَلَتْ به أو قليلٌ وهي حامل وحاملة<sup>1</sup>، ويفهم بأن الحمل والحبل والعلوق مفردات مترادفة ذات معنى واحد، هو التلقيح الواقع داخل الرحم<sup>2</sup>.

والفقهاء متفقون على أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر، وهي المدة المنصوص عليها قانوناً، وتحسب بالتقويم الميلادي حسب الاجتهاد القضائي<sup>3</sup>، على خلاف الفقه الإسلامي، فإذا جاءت المرأة بولد لأقل من ذلك، فالولد غير لاحق به. غير أنهم اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فسفيان الثوري قال سنتين، وعند الليث بن سعد ثلاث سنين. وأربع سنين عند الشافعي. أما الإمام أحمد فله روايتان إحداهما: أربع سنين وثانيها سنتان، وأما الزهري فقال تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين<sup>4</sup>.

### ب-التعريف الطبي

يعرفه البعض على أنه « خروج محتويات الحمل قبل 28 أسبوعاً تحسب من آخر حيضة للمرأة، وأغلب حالات الإجهاض تقطع في الأشهر الثلاثة الأولى للحمل عندما يقذف الرحم محتوياته بما في ذلك الجنين وأغشيته ويكون في أغلب حالاته محاطاً بالدم، أما الإجهاض بعد الشهر الرابع فيشبه الولادة، إذ تنفجر الأغشية أولاً وينزل منها الحمل ثم تتبعه المشيمة »<sup>5</sup>.

وعرف على أنه « إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي، عمداً وبلا ضرورة بأي وسيلة من الوسائل »<sup>6</sup>. كما يأتي على عدة معان، كإلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة ويطلق عليه أيضاً السقط والطرحة والإملاص<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-مجد الدين مُجَد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.987.

<sup>2</sup>- بن القيم الجوزية؛ تحفة المودود...، المرجع السابق، ص.195.

<sup>3</sup>-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم.99000، م.ق، 2001، ع.خ، ص.64 وما بعدها.

<sup>4</sup>-ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع نفسه، ص.186-187.

<sup>5</sup>-مُجَد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.431؛ أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص.17.

<sup>6</sup>-نقلاً عن، مُجَد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط01، مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011، ص.19.

<sup>7</sup>-أحمد مُجَد كنعان، المرجع السابق، ص.42.

وهناك من يرجح تعريف الإجهاض بأنه «تعهد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان بإعدام الحمل داخل الرحم أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته بأي وسيلة من الوسائل بلا ضرورة»<sup>1</sup>. أو هو عند آخرون «إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمدا في الرحم»<sup>2</sup>.  
 فنهاية الحمل الطبيعية لا تكون إلا بالولادة وفي الموعد المحدد، لذلك فمصطلح الإنهاء غير الطبيعي للحمل يكون متماشيا ومضمون ما ذكرناه من التعاريف. وهو ما اختاره بعض الفقه القانوني بالقول «أن الإجهاض هو إنهاء لحالة الحمل عمدا قبل حلول موعد الولادة الطبيعي»<sup>3</sup>. وفي المقابل نجد أن البعض يجذب استعمال مصطلح "الإجهاض" لضمان دقة التعبير حسب ما تقتضيه لغة القانون بعيدا عن باقي المصطلحات الأخرى<sup>4</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يعط تعريفا للإجهاض، بل تطرق ضمن قانون العقوبات لمختلف جرائم الإجهاض والعقوبات المقررة، في حين أنه قد تخلى عن مصطلح "الإجهاض" تماما ضمن نصوص قانون الصحة رقم 18-11، واستبدله بمصطلح "الإيقاف العلاجي للحمل" في المادة 77 منه. وإن كان المشرع قد أصاب في التخلي عن مصطلح "الإجهاض"، لكونه مصطلحا فيه دلالة على وجود جريمة معاقب عليها قانونا، أي أنه عقابي أكثر منه علاجي، وبالرغم من ذلك، فإننا نرى أن هذا المصطلح "الإيقاف العلاجي للحمل" ليس فيه بلاغة للمعنى المقصود، لذلك يستحسن إعادة الصياغة على النحو التالي "الإنهاء العلاجي للحمل"، والملاحظ أننا نميل إلى استعمال كلمة-إنهاء-، لدلالاتها على بلوغ الشيء نهايته من غير رجعة، على عكس كلمة "التوقف"، التي قد يفهم من ورائها إعادة الاستمرار<sup>5</sup>.

### ج-أنواع الإنهاء غير الطبيعي للحمل

يمكن تقسيم الإنهاء غير الطبيعي للحمل بصفة عامة إلى ثلاثة أقسام، تلقائي، علاجي وعمدي. ولكل صنف أسبابه ومبرراته حسب ما سنذكره فيما يلي:

<sup>1</sup>- أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup>- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والإعتداء على العرض والشرف والإعتبار والحياء العام والإخلال بالأداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة(04)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1997، ص.13.

<sup>3</sup>- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص.23.

<sup>4</sup>- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر "1"، 2012-2013، ص.37.

<sup>5</sup>- أوقف: بمعنى: أمسك وأقلع، وليس في فصيح الكلام: أوقف، إلا لهذا المعنى؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.860.

## I- الإنهاء التلقائي

هو فقدان الحمل بصفة تلقائية خلال الثلث الأول من الحمل، وغالبا ما يحدث دون إدراك المرأة بأنها حامل باستثناء ما يقارب من 10 إلى 20% من حالات الحمل المعروفة التي تنتهي بهذه الصورة. ومن مسبباته وجود مشاكل متعلقة بالجينات أو عوامل صحية بيئية تتعرض لها الأم<sup>1</sup>. وهذا النوع قد يتساءل أحدهم حول معيار تصنيفه ضمن الإنهاء غير الطبيعي للحمل، بحجة أنه يحدث بصفة طبيعية، لعدم تقبل جسم المرأة للحمل، لكن وحسب ما ذكرناه أعلاه، فإن الإنهاء الطبيعي للحمل، هو ما يحدث بعد اكتمال نمو الجنين وخروجه بالولادة.

## II- الإنهاء العلاجي

يقصد به إنهاء سير الحمل لغرض إنقاذ حياة الأم الوالدة، فيكون كعلاج لحالة مرضية أصابتها، يستحيل معها استمرار الحمل بوجود الخطر المهدد لسلامتها<sup>2</sup>. أما أسبابه فهي تختلف حسب كل حالة ودرجة الخطر المهدد لسلامة الأم، كأمراض القلب من الدرجة الثالثة، أو إصابة شديدة للكلية، أو حالات تجلط الدم، أو سرطانات الثدي، وعنق الرحم الشديدين، وغيرها من الأمراض<sup>3</sup>.

غير أن بعض المختصين يرى بأن هذا النوع من الإنهاء للحمل بات نادر الحدوث، نتيجة للتطور العملي في كيفية التعامل مع أغلب الأمراض التي تصاب بها الحامل، خاصة في الأشهر الأخيرة للحمل، فلا يوجد مرض يجعل هلاك الحامل أمرا محققا إذا هي رغبت في إتمام الحمل، باستثناء حالة واحدة هي تسمم الحمل، وحتى في هذه الحالة، فإن الطبيب يلجأ إلى تحريض الولادة دون قتل الجنين بحقن الأم بمادة الأوكسيتوسن أو البروستاجلاندين، أو إجراء عملية قيصرية<sup>4</sup>.

وهذا النوع قد تطرق إليه المشرع بموجب المادة 77 من القانون رقم 18-11 بنصها "يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل...".

<sup>1</sup>- عنان غلام أبو جامع، الإجهاض التلقائي، تعريفه، أسبابه، أعراضه، تشخيصه، وطرق علاجه؛ موقع الإنترنت، [www.tebfac.com](http://www.tebfac.com) ، تاريخ الإطلاع 2020/10/21.

<sup>2</sup>- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص. 81.

<sup>3</sup>- محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة مقارنة طبية فقهية، ط01، الدار السعودية، 1985، ص. 30 إلى 36؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع نفسه، ص. 83 إلى 85.

<sup>4</sup>- محمد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص. 439.

وبهذا يكون قد أقر سببا لإباحة فعل إنهاء الحمل في غير موعده الطبيعي متى توافرت شروطه، وهي تحقق ضرورة<sup>1</sup> إنقاذ الحامل من موت محقق أو محتمل، أو اختلال توازنها النفسي والعقلي، تتجسد في متاعب صحية لا تقوى على تحملها<sup>2</sup>. غير أن ما يلاحظ على المشرع استبداله لمصطلح التوازن النفسي بدل التوازن الفيزيولوجي المشار إليه في المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05، فيكون قد أخذ بالرأي القائل بوجاهة الأسباب النفسية التي تستدعي إفراغ الحمل بخلاف الأخطار الفيزيولوجية<sup>3</sup>. هذا وإن كان هنالك تعارض حسب البعض<sup>4</sup> بين آراء أطباء النساء والتوليد، والمختصين في الأمراض النفسية والعقلية. إذ ترى الفئة الأولى بحصر الأمراض النفسية والعقلية الموجبة لإنهاء الحمل في أنواع محددة من الجنون، مثل الشيزوفرنيا، وحالات الهوس، التي تحول دون تمكن المريضة الحامل من العناية بمولودها، على عكس الفئة الثانية.

إلى جانب ذلك ما أوجبه المادة 308 من ق.ع فيما يتعلق بصفة الشخص القائم بعملية إنهاء الحمل أن يكون طبيبا أو جراحا، وأن يتم بصفة علنية من غير خفاء بعد إبلاغ السلطة الإدارية التابع لها، وداخل المؤسسات العمومية الإستشفائية حسب نص المادة 78 من القانون رقم 18-11.

وقد رتب المشرع أحكاما جزائية على مخالفة الأحكام المتعلقة بالإيقاف العلاجي للحمل، في المادة 409 من ق.ص، بنصها "يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بإيقاف الحمل لغرض علاجي طبقا لأحكام المادة 304 من قانون العقوبات"، وبنص المادة 410 من نفس القانون على 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) وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج"

غير أن ما يلاحظ على المشرع هو عدم تطرقه لحالة الجنين والمرحلة التي يكون عليها. فهل بتوافر الشروط المنصوص عليها قانونا يمكن للطبيب إنهاء الحمل؟ أم أنه يأخذ بالحسبان معيار نفخ الروح في الجنين المعمول به في أحكام الشريعة الإسلامية؟

<sup>1</sup>- فالضرورة عند المالكية: "هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصير حتى يشرف على الموت"؛ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح. ماجد الحموي، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2013، ص.300؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية...، المرجع السابق، ص.67-68.

<sup>2</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص.23.

<sup>3</sup>- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.84.

<sup>4</sup>- محمد علي البار، مشكلة الإجهاض...، المرجع السابق، ص.32-33.

## III- الإنهاء الجنائي

هناك من يطلق عليه بالإجهاض الإرادي، لكن ما نلفت إليه هو أن الفعل الإرادي يتحقق في الإنهاء غير الطبيعي للحمل العلاجي أو الجنائي<sup>1</sup>، فكلاهما يحتاجان لإرادة فاعلة. غير أن الغاية المقصودة تختلف عند ارتكابهما. وهو ما يجعل كل منهما يتميز عن الآخر من حيث التجريم والإباحة. فالأول يكون لغرض العلاج، أما الثاني يكون بقصد التعدي.

ولقد تطرق المشرع إلى مسألة الإنهاء غير الطبيعي الجنائي، أي المعاقب عليه في قانون العقوبات بالمواد من 304 إلى 313، وبدارسة المادة 304 يتضح لنا أن هذا الفعل هو جريمة تقوم على ثلاثة أركان:

**1- الركن المفترض:** وجود الحمل أو افتراض وجوده، وهو المحل الذي يرد عليه السلوك الإجرامي، وهذا ما يسمى بالجانب المفترض، وهو عبارة عن مركز قانوني أو واقعي يسبق قيام الجريمة، ولا بد من هذا الوجود قبل الخوض في مدى توافر أركان الجريمة الأخرى<sup>2</sup>. ويستوي الأمر بالنسبة للحمل الناتج عن اتصال جنسي طبيعي أو بدونه، كما في حالة التلقيح الاصطناعي، ذلك أن نص المادة 304 ق.ع.ج جاء عاما يشمل جميع حالات الحمل. وعند البعض، أن حياة الجنين تبدأ منذ اللحظة التي تندمج فيها الخليتين المذكورة والمؤنثة إلى غاية أوان الولادة، فإن مجال إنهاء الحمل يكون في الفترة ما بين الإخصاب وبداية الولادة، وقبل هذه الفترة أو بعدها فلا يتحقق الفعل الإجرامي. أضف إلى ذلك أن هذه الجريمة تتحقق بوقوعها على المرأة الحامل أو المفترض حملها، وحالة الافتراض عند عدم ظهور الحمل، وهو ما تكتشفه المرأة خلال الأيام الأولى من انقطاع الدورة الشهرية، باعتبارها إحدى الدلائل على وجود الحمل<sup>3</sup>.

**2- الركن المادي:** ويتمثل في النشاط الذي يقوم به الجاني ويتكون هو الآخر من ثلاثة عناصر هي :

-الفعل المادي: المتمثل في كل فعل يؤدي إلى إنهاء الحمل قبل الموعد الطبيعي بفعل إيجابي، من خلال استعمال وسائل طبيعي(عقاقير، أعشاب..)، أو وسائل صناعية، كالأدوية التي تحدث تقلصات في الرحم، أو آلات ميكانيكية، أو تدليك، أو ضرب، أو بفعل سلمي، كترك الحامل دون رعاية، أو حبس الزوجة في غرفة دون علاج، وغير ذلك مما يؤدي إلى إسقاط الحمل. والمشرع بدوره أورد بعض تلك الوسائل في المادة 304 ق.ع.

<sup>1</sup>-أمن العتر، الإجهاض الإرادي بين الإباحة والتجريم دراسة مقارنة، مجلة جامعة البعث، سوريا، مج38، ع.10، 2016، ص.105.

<sup>2</sup>-أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص.308.

<sup>3</sup>-الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص.78؛ فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري-جرائم الأشخاص والأموال، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص.124؛ أنظر في هذا المعنى، جدوي محمد أمين، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010، ص.66.

على سبيل المثال لا على سبيل الحصر. لاسيما في ظل المستجدات للعلوم الطبية وما أفرزته من وسائل وطرق من شأنها تسهيل عمليات التخلص من الحمل.

-النتيجة الإجرامية: تتمثل في الأثر الناتج عن السلوك الإجرامي، وهو خروج الجنين من الرحم قبل موعد الولادة، وما دام أن المشرع يعتد بأي مرحلة كان عليها الحمل، فهو بذلك لم يشترط خروج الجنين حيا أو ميتا، بل اكتفى بحالة إنهاء الحمل قبل الأوان. غير أن تحقق النتيجة ليس شرطا في كل الأحوال، بل إن التحريض على الإجهاض يعد جريمة بحد ذاتها وكذلك الشروع فيها<sup>1</sup>.

-العلاقة السببية: وهي الاتصال الواقع بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، ذلك أن قاضي الموضوع هو من يفصل في مدى توافر هذه العلاقة مستعينا بالخبرة الطبية. وإن كان المشرع لم يشترط وجود هذه العلاقة، فيكفي تحميل المسؤولية وقوع السلوك الرامي إلى القضاء على الحمل وإن لم تتحقق النتيجة بسببه. بل كانت ناتجة عن سبب آخر<sup>2</sup>.

**3-الركن المعنوي:** يقصد به اتجاه نية الفاعل إلى الفعل المفضي إلى إنهاء الحمل، إذ أن جريمة الإجهاض هي من الجرائم العمدية، وعليه فمرتكب الفعل لا بد أن يعلم بأن فعله موجه إلى امرأة حامل وأن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة وهي طرد الجنين قبل الميعاد الطبيعي<sup>3</sup>.

**4-شرط الصفة:** هذا الشرط تضمنته المادة 306 ق.ع<sup>4</sup> بغية تشديد العقوبة، وخصت بالذكر الأشخاص الممارسين للنشاط الطبي والمنتسبين للسلك الطبي وأوردتهم على سبيل الحصر. ويستوي القيام بعملية إجهاض أو مجرد الإرشاد إلى دواء، أو أية وسيلة تؤدي إلى ذات الغرض، فيكون المشرع قد أخذ احترازه من هذه الفئة لما لها من خبرة فنية طبية، وسهولة استغلالها في امتهان قتل الأجنة، والتعدي على النساء الحوامل، مهما كانت طبيعة العلاقة الناتج عنها الحمل.

### ثانيا: رأي الفقه الإسلامي في الإنهاء غير الطبيعي للحمل

تعرض الفقه الإسلامي لهذه المسألة في مباحث الديات والجنايات، وبالضبط في غرة الجنين، فلقد أوجدوا المعيار الذي يستند إليه لتمييز الفعل المحرم من المباح، ألا وهو "نفخ الروح"، وهذا تبعا لما يلي :

<sup>1</sup>-المادتين 304 و 310 ق.ع.ج.

<sup>2</sup>-ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص.114.

<sup>3</sup>-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص.325؛ ربيع لعور، عقوبة الإجهاض دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02، ص.115؛ ثابت بن عزة مليكة، المرجع نفسه، ص.110.

<sup>4</sup>-أنظر؛ المادة 306 ق.ع .

## أ- مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين

انقسمت آراء الفقه الإسلامي بين مجيز ومبيح بشرط ومبيح على الإطلاق.

فالمالكية<sup>1</sup> والإمام الغزالي<sup>2</sup>، قالوا بالتحريم المطلق، ذلك أن إسقاط الجنين محرم في أية مرحلة كان عليها ولو قبل نفخ الروح فيه.

وأما الحنابلة<sup>3</sup>، فيرون بجواز إسقاط الجنين قبل أن يصير مضغة، أي قبل تخلقه عملاً بالمدة التي حددها رسول الله ﷺ وهي ثنتان وأربعون يوماً.

وأما الشافعية<sup>4</sup>، فيرون خلاف الحنابلة، فلا تجب الغرة وإن شهدت أربع نسوة وقلن: هذا مبتدأ خلق آدمي، كما لو أُلقت علقته. ومنهم<sup>5</sup> من يرى أن الغرة تجب إذا سقطت بالجنابة ما ظهر فيه صورة آدمي، كعين وأذن ونحوهما.

—وأما الحنفية<sup>6</sup>، فالغرة لا تجب عندهم إذا لم يستبين من الجنين شيء، لأنه مجرد مضغة.

وما نستخلصه من أقوالهم، هو اتفاق المذاهب الثلاثة (الشافعية، الحنابلة والحنفية) حول جواز إسقاط الجنين دون وجوب الغرة على الجاني في المرحلة الأولى إلى بداية التخلق وتشكل ملامح الجنين، على عكس المالكية والإمام الغزالي الذين قالوا بحرمة الإسقاط مطلقاً ابتداءً من ولوج النطفة في رحم الزوجة.

<sup>1</sup>—قال الدسوقي: «ولا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً» ؛ حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج02، ص.266-267.

<sup>2</sup>—أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص.491.

<sup>3</sup>—قال ابن قدامي « وإن أُلقت مضغة، فشهد ثقاتٌ من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور، ففيه وجهان، أحدهما لا شيء فيه، لأنه لم يتصور، فلم يجب فيه كالعلقة ولأن الأصل براءة الدمة، فلا نشغلها بالشك والثاني، فيه غرة، لأنه مبتدأ خلق آدمي، أشبه ما لو تصور، وهذا يبطل بالنطفة والعلقة » ؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج12، ص.63-64.

<sup>4</sup>—جاء في التهذيب في فقه الإمام الشافعي « ..فإن أُلقت مضغة ولم يظهر فيها تحطيط، فإن قالت أربع نسوة : قد ظهر فيها تحطيط باطن، لا يعرفه إلا القوابل، ففيه غرة وإن(قلن) لم يظهر، أو شككن، فلا تجب الغرة، وإن قلن: هذا مبتدأ خلق آدمي، كما لو أُلقت علقته » ؛ ابن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج07، ص.211.

<sup>5</sup>—قال الإمام النووي « أن الغرة تجب إذا سقطت بالجنابة ما ظهر فيه صورة آدمي، كعين أو أذن أو يد أو نحوها، ويكفي الظهور وفي طرف، ولا يشترط في كلها... » ؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج09، ص.370.

<sup>6</sup>—جاء في بدائع الصنائع: «...وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة فلم يستفسر، فدل أن الحكم لا يختلف وإن لم يستبين شيء من خلقه فلا شيء فيه، لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة » ؛ أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص.456.

ومن الفقهاء المعاصرين الذين أجازوا إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، عبد الكريم زيدان<sup>1</sup>، وعبد الله بن عبد الرحمن الجبرين<sup>2</sup>، فقولهما يتقرر لدفع الضرر الواقع على بدن الزوجة بعد تقرير الأطباء، أما الشيخ ابن عثيمين، فيرى بأن عدم إسقاط الجنين هو الأحوط، ما لم تدعو إليه حاجة، كأن تكون الأم مريضة لا تتحمل الحمل، فيجوز إسقاطه، وحتى في هذه الحالة يجب التأكد من عدم تخلق الجنين، فإذا تبين خلق الإنسان تحقق المنع<sup>3</sup>. وهو ما ذهبت إليه دار الإفتاء الأردنية بأن حرمة الجنين تحصل منذ علوقه، لأنه بداية خلق آدمي، فلا يجوز الاعتداء عليها وإجهاضه محرم شرعا وقانونا، ما لم يخش على حياة الأم إن استمر الحمل، ولم يبلغ أربعة أشهر<sup>4</sup>.

### ب-مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين

ولا يعلم خلاف بين الفقهاء<sup>5</sup>، على أن إنهاء الحمل عمدا بعد نفخ الروح يكون محرما شرعا لكون الجنين الجنين اكتسب صفة آدمي، فلا وجود لمسوغ شرعي لقتله، إذ الأسباب الشرعية لإهدار حق الحياة لا يتناول منها الجنين شيئا، فلا يتصور قيام عذر يقتضي إنهاء الحمل في هذه المرحلة، لقول الله تعالى «... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...»<sup>6</sup>، وقول الله تعالى أيضا «... وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَشِيَّةً مِمَّنْ مَلَئَ...»<sup>7</sup>.

يقول ابن الجوزي « لما كان موضوع النكاح لطلب الولد، وليس من كل الماء يكون الولد، فإذا تكون فقد حصل المقصود، فتعمد إسقاطه لمراد الحكمة، إلا أنه إن كان ذلك في أول الحمل قبل نفخ الروح كان فيه إثم

<sup>1</sup>- جاء في المفصل: « إسقاط الجنين قبل مضي أربعة أشهر على حمله -أي قبل نفخ الروح فيه- يباح للعذر المشروع وبدون العذر مكروه... ومن الأعداء المبيحة للأم لإسقاط جنينها قبل نفخ الروح العلاج للمرض... » ؛ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج05، ص407-408.

<sup>2</sup>- سئل عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين حول مسألة إسقاط الجنين من امرأة مريضة بضغط الدم ونصح الأطباء بعدم الحمل، لكن إرادة الله سبقت وحملت وهي في الأسابيع الأولى للحمل، فهل يجوز لها الإجهاض؟ فأجاب: « يجوز إسقاط النطفة قبل تمام الأربعين يوما بدواء مباح ويجوز بعد ذلك إذا كان الحمل يحقق خطرا على النفس أو ضررا على البدن بتقرير من الأطباء المعترين » ؛ أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج02، ص.978-979.

<sup>3</sup>- محمد بن صالح العثيمين، رسالة في الدماء الطبيعية للنساء، ط02، د.د.ن، 1398هـ، ص.60.

<sup>4</sup>- نوح علي سليمان، لجنة الافتاء ومراجعة سماحة المفتي العام السابق، لا يجوز إجهاض الحمل الناتج عن الزنا، دار الافتاء الأردن، فتوى رقم 749، بتاريخ 2010/05/23، موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo)، تاريخ الإطلاع 2020/10/28.

<sup>5</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج02، ص.57.

<sup>6</sup>- سورة الأنعام، جزء من الآية 151.

<sup>7</sup>- سورة الإسراء، جزء من الآية 31.

كبير، لأنه مترق إلى الكمال وسار إلى التمام، إلا أنه أقل إثماً من الذي نفخ فيه الروح، فإذا تعمدت إسقاط ما فيه الروح كان كقتل مؤمن «<sup>1</sup> وقد قال تعالى « وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ »<sup>2</sup> .

ونفخ الروح ثابت بالحديث الذي رواه الأعمش عن زيد بن وهب عن عبد الله قال: حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق، "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات، يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد.."<sup>3</sup>؛ وكذا حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أن رسول الله ﷺ قال: "إذا مر بالنطفة ثنثان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكاً، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى؟، فيقضي ربك ما شاء ويكتب الملك..."<sup>4</sup>.

وارتأت اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية الكويتية أن الفقهاء بمنعهم هتك حرمة جسد الأم وهي ميتة وضحوا بالجنين الحي، فإن الحفاظ على حياتها أولى بالاعتبار، إذا كان استمرار الحمل خطراً عليها، لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين، إذ أن بقاءه يترتب عليه موت كليهما معاً، وحتى وإن تعذر إخراج الجنين بعملية قيصرية لأجل إنقاذ الأم، فيمكن إجهاضها بتقطيع الجنين أو ثقب رأسه وإنزاله ميتاً، وهذا رد على الفقهاء القدامى القائلين بعدم جواز تقطيعه، لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي لأمر موهوم<sup>5</sup>، وهو رأي الشيخ محمد بن صالح العثيمين كذلك<sup>6</sup>.

وجاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء رقم 140 بتاريخ 1407/06/20هـ، أنه لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحلها إلا لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة جداً، لاسيما بعد إكمال أربعة أشهر للحمل، فلا يحل إسقاطه إلا بعد تقرير طبي يعده جمع من الأطباء المختصين الموثوقين، يقضي بأن بقاء الجنين في بطن الأم يسبب موتها، وبعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد المعروف بابن الجوزي، كتاب أحكام النساء، ط01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1997، ص.306.

<sup>2</sup>-سورة التكويد، الآيتين 08 و09.

<sup>3</sup>-صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر.2643، كتاب القدر، ص.1220.

<sup>4</sup>-صحيح مسلم، المرجع نفسه، ح.ر.2645، كتاب القدر، ص.1221.

<sup>5</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج02، ص.57، هامش01.

-«وقد أجمع الفقهاء على أن قتل الجنين بعد نفخ الروح يحرم حرمة تامة مهما كان الجنين مشوهاً أو غير ذلك ولم يسمحوا بالإجهاض إلا إذا كانت حياة الأم في خطر، فقدموا حينئذ حياتها على حياته لأنها أصله»؛ محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، المرجع السابق، ص.40.

<sup>6</sup>-محمد بن صالح العثيمين، رسالة في الدماء...، المرجع السابق، ص.60.

<sup>7</sup>-صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، تنبيهات على أحكام تخص بالمومنات، ط01، مكتبة أضواء السلف، الرياض، 1999، ص.42.

ويقول أبي عبد المعز محمد علي فركوس « هذا، ومن بابٍ أُولَى وأؤكد أنه لا يجلُّ إسقاطه بعد الطور الثالث عند تمام أربعة أشهرٍ من الحمل ونفخ الروح فيه، إلا إذا كان بقاء الجنين ونموه في بطن أمه يُؤدِّي حتمًا إلى موتها بتقرير هيئةٍ طبيّةٍ موثوقٍ بها، فإنه -والحال هذه- يرخّص في إسقاطه محافظةً على أصل الجنين -وهو أمه-، لأنها سببٌ في وجوده، فلا يكون سببًا في موتها، وهو عذرٌ شرعيٌّ مقبولٌ، عملاً بأهون الضررين وأخفّ المفسدتين، وجلبًا لأعظم المصلحتين»<sup>1</sup>.

وحياة الأم وجنينها كلاهما مصلحتين متساويتين في الأهمية، غير أن الحفاظ على أي منهما يقتضي التعدي على ثانيهما، وهو مسألة فيها تعارض يستلزم معه الترجيح، لذلك يقول الشوكاني « ومن شروط الترجيح التي لا بد من اعتبارها، أن لا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول، فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه، ولم يجرُ المصير إلى الترجيح »<sup>2</sup>.

### ثالثاً: مدى إضفاء الصبغة القانونية على بعض أسباب الإنهاء غير الطبيعي للحمل

في ظل التهافت الدولي حول إضفاء الصفة القانونية لبعض حالات الإنهاء غير الطبيعي للحمل، وما أطلق عليه بالحق في الإجهاض القانوني الآمن، الذي يجد دعائمه في ضمانات الحياة والصحة، ومبدأ تقرير المصير في مسائل الإنجاب، وعدم التعرض للتمييز، وكذلك حق المرأة في التمتع بثمار التقدم العلمي<sup>3</sup>، فقد حاولت بعض الدول إعادة تكييف عمليات إنهاء الحمل بإقرار نصوص قانونية جديدة تتماشى وأسباب تلك العمليات، مع إزالة القيود القانونية ورفع الحظر الجنائي على بعض الحالات، لذلك ارتأينا دراسة بعضها منها في إطار نصوص القانون الجزائري، ولعل أهمها ما يلي:

### أ-إنهاء الحمل بناء على الطلب

هذا الأسلوب يستند على الحق في الإجهاض القانوني الآمن، ذلك أن المرأة لو قامت بإجهاض نفسها، أو لجأت إلى شخص ليس له دراية بمثل هذه العملية، فيكون حسب من يرى به الحق في التخلص من الحمل غير المرغوب فيه بناء على طلب تقدمه إلى عيادات متخصصة في هذا الشأن، يعبر عن موافقتها الطوعية ودون أي شرط آخر<sup>4</sup>، لذلك يعتبر هذا النوع هو الأكثر تحرراً عند مناصريه، بالرغم من وجود بعض المتطلبات من

<sup>1</sup>-أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم إسقاط الزانية حملها قبل نفخ الروح فيه، فتوى رقم 1025، بتاريخ 2009/05/29، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/10/28.

<sup>2</sup>- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول...، المرجع السابق، ص.1126.

<sup>3</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.44-45.

<sup>4</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع نفسه، ص.47.

شأنها الحد من تحرر الشروط، كالتأخيرات المفروضة، أو الأذونات الزوجية والأبوية، أو الإجراءات الإدارية، أو الزامية تقديم المشورة، وإن كان طلب إنهاء الحمل أحيانا يبنى على مفهوم الحنة الناتجة عن الحمل<sup>1</sup>.  
هذا النوع من الإجهاض وإن كان شائعا في الدول الغربية وبداية استعماله في المجتمعات الشرقية<sup>2</sup>، فهو لا يجد ضالته في نصوص القانون الجزائري، فإنهاء الحمل بطريقة غير طبيعية هو فعل مجرم في الأصل، ولا يباح إلا إذ وجد السبب القانوني والطبي، كأن يكون لغرض علاجي يتأكد بتقرير طبي، ووفقا لإجراءات قانونية محددة مسبقا، ولا يمكن لأي امرأة طلب الإجهاض بناء على رغبتها الشخصية.

### ب- إنهاء الحمل في حالات الاغتصاب وزنا المحارم

يكمن الفرق بين حالة الاغتصاب والزنا بصفة عامة في مدى توافر عنصر الرضا، فالإغتصاب فعل ينتفي فيه رضا المجني عليها<sup>3</sup>، فيكون بالقهر والإكراه<sup>4</sup>، ولا توقع العقوبة عند الفقهاء على المغتصبة<sup>5</sup>، على خلاف الزنا الذي يتم عن اختيار لكلا طرفي العلاقة الجنسية غير الشرعية، والعقوبة تعم الفاعلين معا، وهي عقوبة حدية إلحاقا لها بعقوبة الزنا، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أو إلحاقا لها بعقوبة الحرابة، على ما ذهب إليه آخرون<sup>6</sup>. ولكنهما يتفقان في وجود حمل غير شرعي لا يلحق به النسب. أما القضاء الجزائري فهو يعترف بإلحاق النسب في حالة الإغتصاب، في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2011/05/12<sup>7</sup>.

وما يهمننا هو مصير ذلك الحمل الناتج عن مثل هذه العلاقات، فهل يوجد مسوغ شرعي وقانوني يمكن من إسقاطه؟ سواء بهدف التقليل من نسبة الأولاد غير الشرعيين، أو التخفيف من الآلام النفسية التي تلحق بالمرأة عند ولادة الجنين، خاصة إذا كانت المرأة من المحارم، فكيف لها أن تربي وترعى طفلا من أخيها أو خالها

<sup>1</sup>-الإتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، الوصول إلى الإجهاض السليم أداة لتقييم العقوبات القانونية وغيرها من العقوبات، لندن، 2008، ص.21.

<sup>2</sup>-علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.393.

<sup>3</sup>-عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط02، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.112.

<sup>4</sup>-إغتصبه، أخذه قهرا وظلما، واغتصبت المرأة نفسها وربما قبل على نفسها يضمن الفعل معنى غلبت؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.170.

<sup>5</sup>- "ولا حد على مكروهة في قول عامة أهل العلم...، وأن امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ، فدرأ عنها الحد... ولا فرق بين الإكراه بالإلجاء، وهو أن يغلبها على نفسها، وبين الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه"؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج12، ص.347-348.

<sup>6</sup>-إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيان، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، دراسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص.33.

<sup>7</sup>-جاء في مبدأ القرار أن "الإغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكيف بأنه بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب"؛ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، قرار بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم.617374، م.ق، 2012، ع01، ص.294 وما بعدها.

أو أيها؟ ألا يعد إنهاء الحمل تعدي على الجنين الذي لا ذنب له في وجوده؟ أم أن الإكراه الواقع على المعتصبة يعد ضرورة تبيح إنهاء حملها؟

هذه الحالة وإن تم رفع الحظر الجنائي عنها لدى بعض الدول<sup>1</sup>، إلا أن المشرع بالرغم من تجريم فعل الاغتصاب وزنا المحارم ودونه<sup>2</sup>، لم يتعرض إلى إجهاض الحمل الناتج عنها، ما يجعل إنهاء الحمل قبل مواعده الطبيعي في تلك الأحوال فعلا مجرما غير مباح، لأن القانون عاقب على فعل الإجهاض لذاته، ولم يفرق بين طبيعة العلاقة الجنسية التي نتج عنها الحمل، ففي كل الأحوال للجنين الحق في الحياة وحماية القانون له<sup>3</sup>.

إن من يرى بإمكانية إضفاء الصبغة القانونية على إنهاء الحمل الناتج عن جرائم الاغتصاب وزنا المحارم، يستند إلى حالة الدفاع الشرعي. غير أنه من الناحية القانونية لا وجود لحالة الدفاع الشرعي، لعدم توافر شروطه، إذ أن الدفاع الشرعي في مثل هذه الجرائم يفترض أن يكون صادرا من المرأة ضد الجاني، في حين أن الفعل المادي لإنهاء الحمل سيقع على الجنين الذي لا ذنب له، بل له الحق في النمو والميلاد الطبيعي<sup>4</sup>.

هناك جانب من أجاز إجهاض حمل الاغتصاب في إطار الغرض العلاجي، إذا توافرت شروطه، كأن تكون المعتصبة طفلة لا تقوى على الحمل والولادة، أو كان محققا إقدامها على الانتحار<sup>5</sup>، حيث أثبتت الدراسات أن تعرض فئة الأطفال لهذا الفعل يسبب لهم اضطرابات تؤدي إلى اختلال في الشخصية<sup>6</sup> وضغوطات نفسية تصل إلى قتل النفس<sup>7</sup>.

إن محاولة تطبيق هذا الطرح في إطار نصوص القانون الجزائري أمر ممكن إلى حد ما، لكن يبقى على الطبيب الذي تعرض عليه ويتأكد لديه أثر الاغتصاب وزنا المحارم على المرأة، المتمثل في فقدان التوازن النفسي

<sup>1</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.47-48؛ الإتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، المرجع السابق، ص.19-20.

<sup>2</sup>-أنظر على التوالي؛ المواد 335، 336، 337، 337 مكرر و339 ق.ع.

<sup>3</sup>-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.63.

<sup>4</sup>-ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص.204؛ أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص.278؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.264؛ لجنة الافتاء ومراجعة سماحة المفتي العام السابق نوح علي سليمان، فتوى رقم 749، المرجع السابق.

<sup>5</sup>-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.508؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.265.

<sup>6</sup>-راضية ويس، آثار صدمة الاغتصاب على المرأة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة، 2005-2006، ص.87 وما بعدها.

<sup>7</sup>-محمد أمين مودع، جميلة فشار، مخلف المسعود، الفحش بين ذوي الأرحام وفق تعديل قانون العقوبات الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، مارس 2018، ع11، ص.271؛ نعيمة شيخاوي، المقاربة السوسيوولوجية للموت انتحارا، مجلة ذوات، مؤسسة مؤمنون بلا حود، قسم الدين وقضايا المجتمع الراهنة، الرباط، 2018/05/08، ع43، ص.12.

والعقلي، والذي يعد سببا للإيقاف العلاجي للحمل حسب نص المادة 77 من قانون الصحة رقم 18-11. وبالرغم من ذلك فلا يمكن لهذا الطبيب اتخاذ قرار إسقاط الحمل، إذ ليس ذلك داخل في اختصاصه، بل لرئيس المحكمة وحده الحق في اتخاذ هذا القرار بعد إبلاغ مدير الصحة الذي بدوره يمكن الطبيب من ذلك، وإلى ذلك الحد فلا أحد يمكن أن يجبر الطبيب على تنفيذ الإسقاط<sup>1</sup>، لاسيما إذا كان تعدى مرحلة نفخ الروح حسب ما يرى به فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقد فرق أحد الفقهاء القدامى بين حمل نشأ من نكاح وآخر نشأ من سفاح، لكن دون التفصيل في القول، مع النص على جواز إسقاط حمل الزنا قبل نفخ الروح أما بعده فيكون حراما<sup>2</sup>. أما المعاصرين، فهناك من حرم إسقاطه أيا كان ميقاته نفخ فيه الروح أم لا بناء على الأدلة التي توفرت لديهم<sup>3</sup>. وهناك من يرى بأن لحق حقوق العار بالمرأة الزانية الحامل ليس غُدْرًا بمفرده في إسقاط الجنين إذا لم تقتزن به مصلحة شرعية أو دفع ضرر<sup>4</sup>. ضرر<sup>4</sup>.

### ج- إنهاء الحمل حالة اعتلال الجنين

قد تمثل حالة اعتلال الجنين سببا داعيا لإسقاطه قبل مواعده الطبيعي، كانتقال مرض خطير معد، أو إعاقة جديده، فتكون بذلك دلالة قانونية شائعة للإجهاض عند البعض، مع تحديد درجة الاعتلال والحد الزمني لتبرير هذا الأساس، وإن كانت بعض الدول لا تقره بصفة صريحة، غير أنها تدرجه ضمن مبدأ الحفاظ على الصحة الجسدية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص. 205.

<sup>2</sup>- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج. 08، ص. 442.

<sup>3</sup>- محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 137.

<sup>4</sup>- راشد سعد العليمي، الولادة والمولود سؤال وجواب، ط. 02، د. د. ن، 2011، ص. 44.

- « ولحوق العار بالزانية الحامل ليس غُدْرًا بمفرده في إسقاط الجنين إذا لم تقتزن به مصلحة شرعية أو دفع ضرر؛ لأنه يباح لمرتكب الزنا أن يستر على نفسه كما يباح له أن يراجع القاضي الشرعي ويعترف بالزنا، وهو محل إجماع، مع اختلاف العلماء في الأفضلية منهما، بخلاف المرأة الحامل من نكاح أو سفاح فلا يجوز لها أن تكتم حملها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ هُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة: 228]، والآية - وإن وردت في شأن الحامل من الزوجات المطلقات - إلا أن « العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب »؛ أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم إسقاط الزانية حملها قبل نفخ الروح فيه، فتوى رقم 1025، المرجع السابق.

<sup>5</sup>- الإتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، المرجع السابق، ص. 20-21.

تنقسم حالات تشوه الجنين إلى أربعة أصناف<sup>1</sup>، تتمثل في تشوهات بسيطة وخطيرة ممكنة العلاج، وأخرى خطيرة متعذرة العلاج مع إمكانية عيش الجنين، وهناك تشوهات خطيرة متعذرة العلاج يستحيل أن يعيش معها الجنين. وأيضا تلك الإعاقات والأمراض التي قد تصيب الجنين، والتي تم اكتشافها حديثا نتيجة لعوامل تتعرض لها المرأة الحامل<sup>2</sup>، فالكشف الطبي المستمر لحالة الجنين على طول فترة الحمل، قد ينبئ الزوجة بأن الطفل سيولد مشوها أو مصابا بإعاقة خلقية أو مرض وراثي، وهذا ما يدفع بالوالدين إلى التخلص من الحمل بناء على نظرة مستقبلية لكيفية التكفل به ماديا واجتماعيا ونفسيا وبيولوجيا، وتزداد نسبة ولادة الطفل المشوه في ظل التقنيات المستحدثة للإنجاب نتيجة للتدخل الطبي الواسع في علم الوراثة والتكاثر<sup>3</sup>.

بيد أن المشرع قد حاول التطرق إلى هذه الحالة بصفة صريحة ضمن نصوص مشروع قانون الصحة رقم 11-18، حيث جاء في المادة 81 منه " عندما يثبت بصفة أكيدة عن طريق تشخيص ما قبل الولادة أن المضغة أو الجنين يعاني مرضا خطيرا أو تشوها لا يسمح له بالنمو العادي، بحيث على الطبيب المتخصص والأطباء في هذا المجال، وبالاتفاق مع الطبيب المعالج إعلام الزوجين بذلك، واتخاذ قرار طبي عاجل، بما تسمح الظروف، غير أنه إذا كانت حياة الأم في خطر يقرر إسقاط الطفل"<sup>4</sup>. إلا أن الجدل الذي ثار بشأن هذه المادة كونها تشكل تعد صريح على حق الجنين، لاسيما إذا وقع الإجهاض في مرحلة متأخرة من الحمل، وهو ما دفع بالمشرع إلى حذفها والاكتماء بنص المادة 77، التي تنص على الإيقاف العلاجي للحمل دون تحديد الحالات التي تستلزم مثل هذا الإيقاف<sup>5</sup>، خاصة وأن بعض الإعاقات العقلية لا يجوز إجهاضها من الناحية الشرعية كمتلازمة داون<sup>6</sup>، لذلك يبقى إنهاء الحمل حالة اعتلال الجنين فعلا مجرما مبدئيا.

<sup>1</sup>-عمارة الساسية، أحكام إجهاض الجنين المشوه وراثيا، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، مج.04، ع.01، 2019، ص.217-218.

<sup>2</sup>-مُجد علي البار، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه، مجلة المجمع الفقهي، ع.04، السنة الثانية، ص.315 وما بعدها.

<sup>3</sup>-عبد الحليم بن مشري، إجهاض المرأة لنفسها بين التجريم والإباحة-دراسة مقارنة، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2010، ع.07، ص.63.

<sup>4</sup>-شرفية ع؛ المساء تنشر تفاصيل مشروع قانون الصحة الجديد، هل تنجح الجزائر في الترخيص للإجهاض المعلل، 2018/03/06، موقع الإنترنت [www.el-massa.com](http://www.el-massa.com)؛ تاريخ الاطلاع 2020/11/03.

<sup>5</sup>-مصطفى بضليس، عز الدين كشنيط، إجهاض الجنين المشوه في القانون والفقهاء الإسلامي، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تامنغست، مج.11، ع.02، 2019، ص.148.

<sup>6</sup>-نضال بو عبد الله، حياة عبيد، إجهاض الجنين المصاب بمتلازمة داون دراسة فقهية، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإنمائية، جامعة وهران، مج.20، ديسمبر 2019، ع.02، ص.186.

لكن هل يمكن إدراجه ضمن نص المادة 77، إذا نظرنا للأثر الذي يتركه علم المرأة الحامل بحملها لجنين معتل على توازنها النفسي والعقلي؟ إن هذا القرار يبقى متروكا للسلطة التقديرية للطبيب الذي يكون من اختصاصه تأكيد مدى خطورة اعتلال الجنين على حياة الأم، وإن كان الواقع يثبت عدم إجراء هذا النوع من الإجهاض في حالات اغتصاب كثيرة على نساء مختلفات عقليا، بالرغم من عدم التوازن العقلي الثابت، بل استمر الحمل إلى غاية الولادة الطبيعية<sup>1</sup>.

وبالنظر إلى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، فالجزم بولادة الجنين مشوها أمر مستحيل، وإنما يكون الأمر من باب الحيطة والحذر، لذلك لا يمكن اعتبار ذلك ضرورة شرعية توجب إنهاء الحمل قبل الموعد الطبيعي<sup>2</sup>. وحتى احتمال إصابة الجنين بمرض معد كالإيدز، فإن ذلك لا يبرر إسقاط الجنين<sup>3</sup>.

كما نجد أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 15 رجب 1410 هـ الموافق 1990/02/10 إلى يوم السبت 22 رجب 1410 هـ الموافق 1990/02/17<sup>4</sup>. أنه يفرق بين مرحلتين للحكم في إسقاط الجنين المشوه خلقا. مرحلة ما بعد مائة وعشرين يوما، فلا يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أم لا، ما لم يثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل، فيه خطر مؤكد على حياة الأم، دفعا لأعظم الضررين.

- ومرحلة ما قبل مائة وعشرون يوما على الحمل، فيجوز إسقاطه بشروط محددة هي:
- أن الجنين مشوه تشويها خطيرا يثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين وبناء على الفحوصات الفنية، بالأجهزة والوسائل المختبرية.
- عدم قابلية التشوه للعلاج.
- إذا بقي الجنين وولد في موعده، ستكون حياته سيئة، وآلاما عليه وعلى أهله.
- أن يتم الإسقاط بناء على طلب الوالدين.

<sup>1</sup>- صباح عبد الرحيم، عن إشكالات الجنين المشوه في التشريع الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، مج12، 2020، ع01، ص.363.

<sup>2</sup>- محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.94؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.107.

<sup>3</sup>- أحمد بن عبد الرزاق الدويش، المرجع السابق، مج19، ص.332 و 335؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع نفسه، ص.128.

<sup>4</sup>- القرار الرابع للمجمع الفقهي الإسلامي بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقيا في دورته الثانية عشر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، ص.277.

ولعل في اشتراط المجمع الفقهي الإسلامي للجنة طبية من الأطباء راجع إلى اختلاف الأشخاص في حكمهم على درجة خطورة المرض، فمرض المهق<sup>1</sup> مثلا، قد يراه أحد الأطباء مبررا للإجهاض بسبب النظرة الاجتماعية، والمعاناة النفسية التي يعاني منها المصاب وعائلته، وأنه مرض يعرض صاحبه لسرطان الجلد، في قد يحكم عليه طبيب آخر بأنه مرض يسير محتمل، فيكون الأولى جعل الحكم لمجموعة من الأطباء الثقات دون جعله تقديرا فرديا<sup>2</sup>.

وكخلاصة لبند إضفاء الصبغة القانونية لبعض حالات إنهاء الحمل، أن ما نركز عليه، هو مصطلح الإيقاف العلاجي للحمل الوارد في نص المادة 77 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، فالقول أن المشرع قد تعمد استعمال هذا المصطلح قصد إمكانية إدراج الحالات التي تطرقنا إليها، وإضفاء عليها الطابع القانوني، وإخراجها من دائرة التجريم، وإقرار حماية خاصة للمرأة الحامل عند تدهور حالتها العقلية والنفسية. وحجة ذلك، أن العمل العلاجي أوسع نطاقا وفقا للقواعد العامة<sup>3</sup>، لذلك فالحمل الناتج عن الاغتصاب والزنا وزنا المحارم واعتلال الجنين، إذا نظرنا إليه من زاوية مدى تأثيره على التوازن العقلي والنفسي للمرأة الحامل، فالنتيجة ستكون إيجابية. وعليه يكون من الأجدر واللازم حصر الحالات التي تستدعي إنهاء الحمل لغرض علاجي تفاديا للتوسع في مفهومه وأسبابه الداعية إليه.

كما أن ما نراه في الدعوة إلى تحرير إنهاء الحمل بحجة المحافظة على الصحة وجعله أكثر أمانا، ما هو في الحقيقة إلا محاولة لإباحته، وجعله من الوسائل المتاحة لتحديد الإنجاب وقطعه. ومن جهة أخرى فتح الباب على مصراعيه لإسقاط الأجنة الناتجة عن العلاقات غير الشرعية، خاصة وأن من بين الإيضاحات القانونية للإجهاض عدم اشتراط على المرأة تقديم أي دليل عن عمرها إذا كانت قاصرا أو غير قادرة على تحمل رعاية الطفل وكذا في حالة الحمل الناتج عن فعل إجرامي كالإغتصاب وزنا المحارم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-مرض المهق أو الألبينية، هو ليس مرضا واحدا كما يعتقد البعض، بل يطلق على مجموعة من الأمراض الوراثية تسبب نقصا في إنتاج صبغة الميلانين أو انعدامها مما يؤثر على لون بعض مناطق الجسم، كال البشرة والشعر والعينين. وكما أن هذه المادة تلعب دورا هاما في تطور ونمو بعض الأعصاب البصرية وحماية الجلد من أشعة الشمس الضارة، لذلك يسبب نقصها في خلل في الرؤية واحتمال الإصابة بسرطان الجلد؛ موقع الإنترنت، [www.webteb.com](http://www.webteb.com)، تاريخ الإطلاع: 2020/11/08.

<sup>2</sup>-هيلة اليابس، إثبات الأمراض الوراثية بالقرائن الطبية وآثاره الفقهية، مجلة الدراسات الفقهية الطبية، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع01، ص.466.

<sup>3</sup>-محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص.507.

<sup>4</sup>-مركز الحقوق الإنجابية، المرجع السابق، ص.50.

والإضرار بالحمل لا يقتصر على التعدي عليه قبل الموعد الطبيعي، بل قد يحصل التعدي عند نهايته بصفة طبيعية وذلك حالة تجسد الخطأ الطبي عند الولادة، هذا ما سنوضحه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### الإنهاء الطبيعي للحمل بالولادة

يكون إنهاء الحمل بصفة طبيعية بالولادة دون وقوع أي تعدي على الأم أو الجنين، لكن في ظل التطور الطبي ومحاوله حماية الصحة الإنجابية أصبحت الولادة تجرى في مؤسسات إستشفائية عمومية أو خاصة، ما يجعل منها عملا طبييا يتوجب معه إقرار المسؤولية إذا توافرت شروطها. لذلك سندرس ماهية الولادة والتوليد (أولا)، ثم المسؤولية الطبية عن عمليات التوليد(ثانيا).

#### أولا: ماهية الولادة والتوليد

وهناك فرق بين تعريف الولادة(أ)، وتعريف التوليد(ب).

**أ-تعريف الولادة:** قد ينظر إلى مصطلح الولادة من ناحيتين، لغوية واصطلاحية.

فالولادة لغة، هي وضع الوالدة ولدها، والولاد بغير هاء الحمل، يقال شاة والد أي حامل بينة الولادة، وأولدت المرأة إيلادا بإسناد الفعل إليها، إذا حان ولادها<sup>1</sup>.

وأما الولادة اصطلاحا، فهي خروج محصول الحمل من البطن، وأغلب الولادات تحدث تلقائيا دون مساعدة خارجية، في حين تحتاج باقي الحالات إلى مساعدة إما يسيرة أو تدخل طبي ببعض الوسائل الطبية، كالأدوية أو الجراحة<sup>2</sup>. وتسبق الولادة الفعلية عملية المخاض يدوم لفترة معينة حسب كل حالة، وله ثلاثة علامات تتمثل في تهتك السدادة المخاطية تسمى "الظهور"، ثم تمزق تلقائي للأغشية واندفاع الماء وأخيرا بدء الانقباضات بصورة منتظمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.257.

<sup>2</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.945.

<sup>3</sup>-نورمان سميت، الحمل، تر. مارك عبود، ط01، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2013، ص.109-110.

وتعد الولادة أمرا في غاية الأهمية، فبموجبها تبدأ الشخصية القانونية للمولود بشرط ولادته حيا، وهو ما نصت عليه المادة 25 من ق.م. 1، وأقره القضاء الجزائري<sup>2</sup>. ويتطلب لقيام الشخصية القانونية شرطين، أولهما تمام الولادة، أي الانفصال التام للمولود عن أمه<sup>3</sup>، وهو مذهب جمهور الفقهاء القائلين بتمام كله حيا، على خلاف الحنفية الذين يرون بكفاية خروج أكثر الحمل حيا<sup>4</sup>، لأن الأكثر يأخذ حكم الكل<sup>5</sup>. أما ثانيهما، فهو تحقق حياة المولود، ويستدل عليها بما يلاحظه شهود الولادة من صراخ وتنفس وعطس أو تحريك الأطراف أو أي جزء آخر من أجزاء الجسم<sup>6</sup>.

كما أن الولادة تعد معيارا لتكليف أفعال التعدي من الناحية الجنائية، كونها تؤدي إلى التفرقة بين الجنين والإنسان، فالتعدي الواقع على الجنين المستتر داخل بطن أمه يكيف على أنه جريمة إجهاض، فلا يستقيم تكليفه على أنه جريمة قتل ولو نتج عن ذلك الفعل موت الجنين، لأن جريمة القتل لا تقع إلا على مولود خرج إلى العالم الخارجي واكتسب صفة الإنسانية وأصبح له كيان مستقل بعيدا عن والدته.

وعليه فالمعيار المعتمد عند غالبية الفقه لتكليف فعل التعدي بأنه جريمة قتل لا جريمة إجهاض، هو نهاية فترة الحمل والمحددة ببدء عملية الولادة، فيكون حينئذ فعل الاعتداء على الجنين بعد بدء عملية الولادة جريمة قتل وليس إجهاضا ولو لم تنته الولادة<sup>7</sup>. في حين يرى جانب آخر أن جريمة الإجهاض تكون منذ اللحظة التي تتم في تلقيح البويضة إلى غاية انتهاء الولادة الطبيعية<sup>8</sup>.

والقول الذي نصوبه هو الرأي الثاني لقوة حجته، ونضيف إليه أن شخصية المولود لا تكتمل إلا بعد انفصاله عن والدته، واستقلال كيانه عنها، وهذا لا يتأتى إلا بانتهاء الولادة وتماها، ويصير للمولود حياة عادية خاصة به. أما إذا وقع فعل التعدي وكان للوالدة نصيب منه فنحن أمام جريمة إجهاض ولو بدأت الولادة. بل إن هناك من اعتمد معيار استقلال المولود عن والدته وذهب إلى القول بأن الطفل الخديج<sup>9</sup>، متى كان في حاجة

<sup>1</sup>-أنظر؛ المادة 25 ق.م.ج.

<sup>2</sup>-المجلس الأعلى، غ.م، قرار بتاريخ 10/10/1984، ملف رقم 35511، م.م.ع، ع01، 1989، ص.53.

<sup>3</sup>-علي سيد حسن، المدخل إلى علم القانون نظرية الحق، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1989، ص.104.

<sup>4</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج03، ص.66؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج09، ص.180-181.

<sup>5</sup>-السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، شرح السراجية، د.ط، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ميدان الأزهر، مصر، د.س.ن، ص.220.

<sup>6</sup>-أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص.621 وما بعدها.

<sup>7</sup>-ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص.94؛ محمد محمود حسني، المرجع السابق، ص.504.

<sup>8</sup>-علي خطار شنطاوي، المرجع السابق، ص.520-521.

<sup>9</sup>-الطفل الخديج هو : الطفل الذي يولد قبل الأسبوع 37(قبل ثلاثة أسابيع من تاريخ الولادة)، حيث قد يصاحب الطفل المولود ولادة مبكرة ومشكلات طبية كثيرة ويحتاج إلى رعاية خاصة والبقاء في العناية المركزة لحديثي الولادة. كما يتم تغذية الأطفال حديثي الولادة الذين تتراوح أعمارهم

حاجة إلى مصدر خارجي يستمد منه حياته، فهو في حكم الجنين، لأن الرحم لا يقتصر على عضو المرأة، بل هو المكان الذي يعيش فيه الجنين. أما إذا كان بإمكان الطفل الخديج أن يحيى بدون أمه، ولو ترك ذلك بعض الآثار السلبية على صحته، فهنا سيحظى بالحماية القانونية المقررة للإنسان<sup>1</sup>. غير أننا لا نميل إلى هذا القول، لكون أن الطفل الخديج قد انفصل واستقل عن والدته ولو لم يكتمل نموه<sup>2</sup>.

**ب- تعريف التوليد:** ويقال تولد الشيء من الشيء، أي نشأ عنه. والمولود: طيب يتولى توليد المرأة، ، والوليد: المولود حين يولد ذكراً أو أنثى<sup>3</sup> والمولدة هي القابلة: أي المرأة التي تتلقى الولد عند الولادة، والقابل هو لطف القابلة لإخراج الولد من بطن أمه<sup>4</sup>.

لذلك، فالتوليد هو مساعدة المرأة حال المخاض والولادة، وإن كان غالبية النساء يلدن دون حاجة للمساعدة. غير أنها قد تكون ضرورية في بعض الحالات التي تتعسر فيها الولادة، عن طريق توفير الدعم النفسي والتشجيع على تحمل آلام المخاض العنيفة. وعمل التوليد تقوم به طبيبة أو قابلة لها خبرة<sup>5</sup>.

وعرف ابن خلدون التوليد على أنه " صناعة يعرف بها العمل في استخراج المولود الآدمي من بطن امه من الرفق في إخراجها من رحمها وتهيئة أسباب ذلك، ثم ما يصلحها بعد الخروج على ما نذكر. وهي مختصة بالنساء في غالب الأمر لما أنهن الظاهرات بعضهن على عورات بعض، وتسمى القائمة على ذلك منهن القابلة. استعير فيها معنى الإعطاء والقبول، كأن النفساء تعطيها الجنين وكأنها تقبله"<sup>6</sup>.

### ج-أنواع الولادة

للولادة نوعان هما، الولادة الطبيعية والولادة بالجراحة(القيصرية).

### I-الولادة الطبيعية

بين 25 إلى 29 أسبوعاً في الحمل عن طريق الوريد أو عبر أنبوب؛ وزارة الصحة للمملكة العربية السعودية، الطفل الخديج، موقع الإنترنت [www.moh.gov.sa](http://www.moh.gov.sa)، تاريخ الإطلاع 2020/11/06.

<sup>1</sup>-علي خطار شنتاوي، المرجع السابق، 524-525.

<sup>2</sup>-عن أبي هريرة رضي الله عنه، النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إذ استهل المولود، وُثِرْتُ؛ مُجَدُّ ناصِر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، مج2، المرجع السابق، ص.223.

<sup>3</sup>-مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص.1056.

<sup>4</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج32، ص.239.

<sup>5</sup>-أحمد مُجَدُّ كنعان، المرجع السابق، ص.945-946.

<sup>6</sup>- ولي الدين عبد الرحمن بن مُجَدُّ ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تح.عبد الله مُجَدُّ الدرويش، ط01، ج02، دار البلخي، دمشق، 2004، ص.111.

هي وضع الحامل للجنين بعد مرور تسعة أشهر قمرية، أي 38 أسبوعاً، فبعد هذه المدة يكون الجنين قد أتم نموه داخل الرحم وحن وقت خروجه<sup>1</sup>. والولادة الطبيعية هي الأكثر شيوعاً، حيث تتم دون استعمال لأدوات مساعدة أو لتدخل طبي، بل تقوم القابلة بتحفيز الوالدة على تحمل الألم والتحكم في عملية التنفس. وتمر الولادة الطبيعية بأربعة مراحل<sup>2</sup> لتنتهي بخروج المولود:

- مرحلة توسع عنق الرحم وانقباض عضلته، ويكون ذلك بسبب إفراز مجموعة من الهرمونات المساعدة على بدء المخاض وتدوم هذه المرحلة من 07 إلى 12 ساعة.
- مرحلة خروج الجنين، وتستغرق من 30 إلى 50 دقيقة.
- مرحلة خروج المشيمة، وتستمر حوالي 15 دقيقة.
- مرحلة انقباض الولادة، وقد تدوم حوالي ساعتين.

## II-الولادة بالجراحة

يطلق عليها جراحة الولادة، ويقصد منها إخراج الجنين من بطن أمه، سواء كان ذلك بعد اكتمال خلقه أو بعده، ولا يخلو الدافع إليها من حالتين، أن تكون ضرورية أو حاجية<sup>3</sup>.  
-أن تكون ضرورية، إذا قصد بها إنقاذ حياة الأم أو الجنين أو هما معاً، وهذا النوع من الجراحة جائز شرعاً عند الفقهاء القدامى، كما لو ماتت امرأة حامل، والولد حي يتحرك قد تجاوز ستة أشهر، فإنه يشق عن بطنها طولاً، ويخرج الولد، ومن تركه عمداً فمات فهو قاتل نفس<sup>4</sup>، لقوله تعالى « وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا »<sup>5</sup>.

-أن تكون حاجية، وهي التي يحتاج إليها الأطباء عند تعذر الولادة الطبيعية، وترتب الأضرار عليها دون أن تصل إلى درجة الخوف على الأم والجنين من الهلاك<sup>6</sup>، ومثالها الجراحة أو الولادة القيصرية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.110.

<sup>2</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.111؛ نورمان سميث، المرجع السابق، ص.109 وما بعدها.

<sup>3</sup>-مُجَدُّ المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.154.

<sup>4</sup>-الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى، ت. أحمد مُجَدُّ شاكِر، د.ط، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1349هـ، ج.05، ص.166؛ مُجَدُّ المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.156.

<sup>5</sup>-سورة المائدة، جزء من الآية 32.

<sup>6</sup>-مُجَدُّ المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.157.

<sup>7</sup>-تسمى بالقيصرية نسبة إلى يوليوس قيصر الذي أصبح إمبراطور روما وأطلق عليه لقب قيصر وكان قد ولد بمجده الجراحة؛ مُجَدُّ علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.457.

- كيف تجرى الولادة القيصرية: يكون دخول المرأة الحامل إلى المستشفى قبل يوم من موعد الولادة المخطط له (الأسبوع التاسع والثلاثين)، مع التوقف عن الأكل والشرب قبل إجراء العملية بست ساعات على الأقل، ثم يتم التأكد من الوضعية الصحية للمرأة، كضغط الدم ونبضات القلب بواسطة جهاز المراقبة، وكذلك تركيب القسطرة في المثانة وسننات مطاطية حول الساقين لتجنب حدوث تخثر الدم في أوردة الساقين. بعدها يتم تعقيم الجلد ووضع أغشية معقمة، ليتم عمل شق أفقي في المنطقة الواقعة بين البطن والرحم بعد التخدير الموضعي، وقد يمتد التخدير إلى ما فوق السرة أو تخدير العمود الفقري أو التخدير الكلي حسب كل حالة، ويستغرق الأمر لولادة الطفل 15 دقيقة، و30 دقيقة تقريبا لإغلاق الجرح. وأثناء العملية يتم إعطاء مضادات حيوية للتقليل من خطر التلوث ومادة الهيبارين من أجل منع تخثر الدم. ويشرف على العملية طبيب جراح وطبيب التخدير وممرض ومساعد، وتحتاج الجروح لكي تلتئم حوالي أسبوع مع شعور المريضة بعدم الراحة أسبوع أو اثنين، ولا يعود الشعور بالمنطقة المحيطة بالجرح لحالته الطبيعية أبدا<sup>1</sup>.

- دوافع إجراء الولادة القيصرية: يكون إجراء هذه العملية إما كإجراء طارئ أو كإجراء مخطط له، وتمثل نسبة 20 إلى 30% من الأطفال المولودين بالولادة القيصرية، وأسبابها تختلف حسب كل حالة، منها:

- عدم التقدم في المخاض أو ما يسمى بالضائقة الجينية<sup>2</sup>.

- الجيء المقعدي للجنين، حيث يكون الطفل مستلقيا ومؤخرته هي الأكثر قربا من عنق الرحم<sup>3</sup>.

- حالات الحمل بتوأم مع ضيق الحوض والخوف من المجازفة عند الولادة الطبيعية على الوالدة والجنين<sup>4</sup>.

- إصابة الحامل بتسمم في الحمل أو تتعرض أثناء الحمل لتشنج أو إغماء، فتشكل الولادة الطبيعية خطرا عليها<sup>5</sup>.

- مشكلة في المشيمة، بحيث تغطي فتحة عنق الرحم (المشيمة المنزاحة)، فتكون الجراحة القيصرية أكثر أمنا على الجنين<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- نورمان سميث، المرجع السابق، ص. 139 إلى 143.

<sup>2</sup>- نورمان سميث، المرجع نفسه، ص. 139.

<sup>3</sup>- نورمان سميث، المرجع نفسه، ص. 140.

<sup>4</sup>- محمد رفعت، المرجع السابق، ص. 103؛ محمد عمران، 14 سببا يؤدي إلى الولادة القيصرية المفاجئة، 2015/12/26، موقع الإنترنت:

[www.hayatouki.com](http://www.hayatouki.com) ، تاريخ الإطلاع 2020/11/09.

<sup>5</sup>- محمد عمران، المرجع نفسه.

<sup>6</sup>- قسم الولادة القيصرية، موقع الإنترنت: [www.mayoclinic.org](http://www.mayoclinic.org) ، تاريخ الإطلاع 2020/11/09.

- في حال الانسداد الميكانيكي، أو وجود ورم ليفي كبير يسد قناة الولادة، أو كسر منزاح بشدة في الحوض، أو إصابة الجنين باستسقاء دماغي حاد يجعل من رأسه كبيرا بشكل غير طبيعي<sup>1</sup>.

### ثانيا: عملية التوليد في القانون الجزائري بين الإباحة والمسؤولية

ما دام أن عملية التوليد من المهن التي تدخل في مجال الأعمال الطبية، فإنها تكون كأصل عام من الأعمال المباحة قانونا. كما يشترط لممارستها شروط قانونية يلزم توافرها في الشخص القائم بها، وعليه سنوضح ذلك من خلال إبراز مدى إباحة عملية التوليد(أ)، ثم الشروط القانونية لممارسة هذه المهنة(ب)، لنختتم بالمسؤولية الطبية في مثل هذه الأعمال الطبية(ج).

#### أ- مدى إباحة عملية التوليد

تعد عمليات التوليد من الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية، إلا أنها تحظى بالحماية القانونية لأنها تعد من الأعمال الطبية الخارجة من دائرة التجريم، فالطبيب يقوم بعمل إنساني يتجلى في تخليص الناس من الألم وتأمين سلامتهم الجسدية والنفسية وإنقاذ حياتهم<sup>2</sup>، وفي ذات السياق يكون من أهداف القابلة مبدئيا الحفاظ على سلامة الحامل ومولودها.

ومن المتفق عليه شرعا وقانونا اعتبار العمل الطبي من الأعمال المباحة التي ترتفع فيها المسؤولية الجنائية، بشرط أن يكون الفاعل طبيبا، وأن يأتي بالفعل بحسن نية وبقصد العلاج، مراعيًا في ذلك الأصول الفنية، وبعد أن يأذن له المريض في الفعل<sup>3</sup>. وما دام أن العمل الطبي يتخذ في هذا الإطار، فقد أباحه القانون بشرط مراعاة الأصول الفنية، ولو لم يتحقق شفاء المريض، علما أن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة. إلا أن العناية المطلوبة تتطلب بذله الجهود تتسم بالصدق واليقظة تتوافق مع الأصول المستقرة في علم الطب، ما عدا خلال الظروف الاستثنائية، وإلا تمت مساءلته عن كل تقصير لا يصدر من طبيب يقظ في نفس المستوى المهني والظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المخطئ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- قسم الولادة القيصرية، موقع الإنترنت: [www.mayoclinic.org](http://www.mayoclinic.org)، المرجع نفسه.

<sup>2</sup>- إياد أحمد محمد إبراهيم، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج05، 1431هـ، ص.4831.

<sup>3</sup>- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص.524.

<sup>4</sup>- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية المدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهنة المعاونة لهم، د.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص.37.

وعليه، فإن الغرض المرجو من العمل الطبي يكون له نصيب في مدى إباحة العمل الطبي، وإن كان هناك فرق بين الباعث والغاية عند شُراح القانون<sup>1</sup>، فالباعث كيان نفسي له انعكاس على الغاية التي تمثل وجودا حقيقيا، إذ الغاية ليس لها الصفة غير المشروعة في نظر القانون، في حين لا توجد صعوبة في إضفاء هذه الصفة على النشاط النفسي الذي اتجه إلى تحقيق غرض غير مشروع<sup>2</sup>، وإن كان هناك من يرى بعدم إمكانية إدخال الغاية أو الباعث ضمن عناصر القصد الجنائي، تفاديا لاتساع نطاقه، وجعله غير دقيق وثابت، ما قد ينجر عنه الدعوة لتستر المجرم الحقيقي وراء ستار النبل وخدمة الإنسانية في بعض الجرائم<sup>3</sup>.

ويجد العمل الطبي شرعيته في النصوص القانونية التي تقر إباحته، إذ أن مهنة الطب والصيدلة والجراحة والتمريض والتوليد لها نصوص قانونية تضبطها وتنظم ممارستها، سعيا للحفاظ على سلامة الأفراد بما فيهم النساء الحوامل والأجنة. لذلك، فالمسؤولية الجنائية تنتفي عن القابلات وأطباء التوليد إذا كانت أعمالهم الطبية تهدف إلى حماية الحامل وجنينها، إذ لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون<sup>4</sup>.

وأعمال الطب والتوليد حينما تصدر من مختص تكون مشروعة ولو لم تحقق نيتها، فهي تؤدي إلى تحقيق مسألة نافعة تقتضيها الحياة الاجتماعية وترضاها الدولة. بدليل ما توفره الدولة من كليات للطب بجميع تخصصاتها ومنح تراخيص لممارستها، فهي بذلك تكرس مسبقا سببا لإباحة الأعمال الطبية ونفي المسؤولية الجنائية، وإلا وقع تعارض بين تعليم الطب وتنظيمه، وبين توقيع العقاب على ما يلحق المرضى من جراح وإصابات<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- سرور بن محمد عبد الوهاب، الدافع والباعث على الجريمة وأثرهما في العقوبات التعزيرية، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص.44.

<sup>2</sup>- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.143.

<sup>3</sup>- أشرف محمد أبو مصطفى-خانيوس، الباعث الجنائي وأثره على المسؤولية الجنائية، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، ع28، 2016، ص.85؛ علي حمزة الخفاجي، علي خضر حسون، أركان جريمة استغلال الوظيفة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مج26، 2018، ع08، ص.507.

<sup>4</sup>- أنظر؛ نص المادة 39 ق.ع.

<sup>5</sup>- جدوي سيدي محمد أمين، المرجع السابق، ص.175؛ محمد ناصر سعود الهاجري، موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الجزائري الكويتي، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص.62.

كما أن نظرية تصريح القانون قد تكون أساسا لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة بما فيها عمليات التوليد، لأن مناطها مثلما هو معلوم تقديم المصلحة الاجتماعية على المصلحة الفردية، فالمصلحة الاجتماعية تكمن في حفظ الصحة العمومية والسلامة الجسدية وحفظ الإنجاب من الضياع<sup>1</sup>.

وما خلصنا إليه، هو أن أساس إباحة عمليات التوليد كفرع من الأعمال الطبية، يكمن في الشهادة العلمية المتحصل عليها والترخيص القانوني الممنوح للممارس الطبي، دون أن يكون لإجراء الانضمام لمنظمة الأطباء من عدمه أي أثر على الترخيص القانوني، بل يبقى مجرد إجراء شكلي تنظيمي<sup>2</sup>. ويتأسس على ذلك نتيجة في غاية الأهمية أن من لا يملك حق مزاوله مهنة الطب هو شخص فقد شرطا من أسباب إباحة العمل الطبي، كالترخيص القانوني أو قصد الشفاء، فتتقرر مسؤوليته عن ما لحق المريض على أساس العمد<sup>3</sup>.

### ب-ضوابط إباحة عملية التوليد

تتعلق إحدى هذه الضوابط بكيفية اكتساب صفة ممارسة عمليات التوليد من الناحية القانونية، وأخرى تتعلق بنمطية ممارسة عمليات التوليد وهو ما سنفصله فيما يلي:

### I-الترخيص القانوني لاكتساب الصفة

لا يمكن لأي شخص ممارسة العمل الطبي ما لم تتوفر فيه الصفة القانونية، أي بعد حصوله على ترخيص قانوني، وهو ما تطرق إليه المشرع ضمن نصوص قانون الصحة رقم 18-11 في المواد من 166 إلى 184 في الفصل الثاني بعنوان "شروط ممارسة مهنة الصحة"، وفي الفصل الثالث بعنوان "الممارسة غير الشرعية لمهنة الصحة" من المواد 185 إلى 188، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، إلى جانب المرسوم التنفيذي رقم 11-122 المؤرخ في 2011/03/20 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-جدوي سيدي محمد أمين، المرجع نفسه، ص.177؛ محمود موسى عيسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة برزنت، فلسطين، 2006، ص.27.

<sup>2</sup>-جدوي سيدي محمد أمين، المرجع السابق، ص.177.

<sup>3</sup>-محمد فتحي شحنة إبراهيم، عادل عبد الرحمن، المسؤولية الجنائية عن تعدد الأخطاء الطبية، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج01، 2016، ع04، ص.454.

<sup>4</sup>-مرسوم تنفيذي رقم 11-122 مؤرخ في 15 ربيع الثاني 1432هـ الموافق 2011/03/20 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، ج.ر، المؤرخة في 2011/03/20، ع17، ص.41.

لقد تضمنت المادة 166 من القانون رقم 18-11 الشروط الواجب توافرها في الشخص الممارس لمهن الصحة المتمثلة في<sup>1</sup>، التمتع بالجنسية الجزائرية، وحياسة الشهادة المطلوبة، والتمتع بالحقوق المدنية، وعدم التعرض لحكم جزائي يتنافى مع المهنة المراد ممارستها، وأن لا تكون قدراته البدنية والعقلية تتنافى والمهنة المراد ممارستها. وأردفت المادة 186 من نفس القانون شرط الحصول على ترخيص من الوزير المكلف بالصحة وإلا عد العمل الطبي ممارسا بصفة غير مشروعة<sup>2</sup>. وبهذا يكون المشرع قد أنهى الجدل القائم حول مدى اعتبار الأخطاء الواقعة من الأشخاص غير الأطباء ممن لهم ارتباط بمهنة الطب، كالمساعدين الطبيين من الممرضين والقابلات، وطلبة الطب، وغيرهم، أخطاء طبية توجب المسؤولية الطبية. وإن كان جانب من الباحثين<sup>3</sup>، يرى بأن عمل هذه الفئة له طبيعة قانونية خاصة فضلا عن الشروط القانونية اللازمة لممارسة العمل الطبي، حيث أن طبيعة عملهم تجعل منه تابعا لعمل الطبيب وبالتالي فإن خطأهم يوجب مسؤولية الأطباء، ما لم يكن خطأ شخصيا غير متصل بتوجيهات الطبيب أو مخالفا له.

لذلك نجد أن أساس إباحة العملي الطبي بصفة عامة، وعملية التوليد بصفة خاصة يندرج تحت نص الفقرة الأولى من المادة 39 ق.ع التي تنص على أنه " لا جريمة: إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون". وعلة ترخيص القانون بمزاولة العمل الطبي هي انتفاء الضرر الاجتماعي، وإن كان ظاهرا يبدو أنه يؤدي إلى المساس بجسم الإنسان، في حين أن الترخيص هو في حد ذاته يستهدف المحافظة على الجسم البشري وليس لإيذائه أو إهدار مصلحته، ومن ثمة لا يمكن عده من قبيل الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية، بصرف النظر عن النتيجة التي أسفر عنها العمل الطبي، ما دام قد تم وفقا للأصول الفنية والعلمية عند قيامه<sup>4</sup>. وهذا المبدأ مشهور عند فقهاء الشريعة الإسلامية بدليل حديث الرسول ﷺ « من تطب ولا يعلم منه طب »<sup>5</sup>،

<sup>1</sup>-المادة 166 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة.

<sup>2</sup>-المادة 186 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة.

<sup>3</sup>-السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.33؛ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-211، ص.69.

<sup>4</sup>-أحمد حمد الله أحمد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجرائم الواردة في قوانين مزاولة مهنة الطب وقانون العقوبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الذي أقامته مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام وجامعة الكوفة، كلية الحقوق، تحت عنوان "الإصلاح التشريعي نحو الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد"، ما بين 25 و26 أبريل 2018، موقع الإنترنت: [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)، تاريخ الإطلاع: 2020/11/15.

<sup>5</sup>-حديث رواه عبد الله بن عمرو رضي الله عنه؛ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المرجع السابق، مج03، ص.11-112.

وعندهم أن من لم يعلم منه طب يكون مسؤولاً عن ممارسته للأعمال الطبية، حتى ولو أذن له المريض، إذ لا تحمل له المباشرة مع جهله<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الأساسي للقابلات رقم 11-122، نجد أن المادة 20 منه تحدد المهام الموكلة إليها، ومن بينها، مراقبة ومرافقة الوضع والتوليد، وممارسة التوليد العادي، واستقبال المولود الجديد، والتكفل به، ونفس المهام محدد في المادة 22 من نفس القانون. بل إن المادتين وردتا في شكل متطابق كلية ولا نعلم ما الذي أراده المشرع من ذلك؟

وما يفهم بعد تفحص المهام القانونية للقابلة يتضح أن عملية التوليد التي تباشرها محصورة في التوليد العادي، ولا يتعداه إلى التدخل الجراحي، فإن أقدمت على ذلك سوف تسأل عن جريمة الجرح العمد رغم حصولها على رخصة مزاولة مهنة التوليد.

## II-مراعاة الأصول العلمية والفنية

فالأعمال الطبية هي التي تتم وفقاً للمبادئ الثابتة والمستقرة والمسلم بها، أي خرجت من نطاق الجدل وأصبحت من الأمور التي تجب على الطبيب معرفتها، فإذا تجاوزها تحققت مسؤوليته<sup>2</sup>، فهي إذن أصول تعارف عليها أهل الاختصاص نظرياً وعملياً، فمن الناحية النظرية مثلاً، اتفاهم على أن مرضاً ما يكفي علاجه بالحقن والأدوية الطبية، وإن اختلفوا في كيفية استعمالها، أما من الناحية العملية فيكون اتفاهم على أمور تطبيقية عامة، كطريقة إجراء العمليات الجراحية وما تتطلبه من إجراءات لتهيئة ظروف إجرائها، بغض النظر عن احتياج المريض لها أم لا<sup>3</sup>.

والالتزام بإتباع الأصول العلمية عند مباشرة الطبيب لأعماله الطبية منصوص عليه ضمن مدونة أخلاقيات الطب، فيتحتّم عليه مراعاة كل القواعد والمبادئ المتعارف عليها والمستلهمة من ممارسة المهنة<sup>4</sup>، مع أخذ الحيطة والحذر عند استعمال علاج جديد والتأكد من نفعه للمريض<sup>5</sup>. على أن يكون عمله يتسم بالإخلاص والتفاني

<sup>1</sup>-عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ج02، ص.438.

<sup>2</sup>-بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.76.

<sup>3</sup>-قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ط03، دار الفرابي للمعارف، دمشق، 2006، ص.168-169.

<sup>4</sup>-المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276.

<sup>5</sup>-المادة 18، 31 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276.

والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة<sup>1</sup>. ويستوي الأمر بالنسبة للقابلات، إذ يقع على عاتق الهيئة المستخدمة لهن ضمان تجميع المعارف وتحصيل مهارات جديدة مرتبطة باحتياجات القطاع ومتطلبات الطب العصري<sup>2</sup>.

والأصول العلمية لمهنة الطب ضربان، أحدهما ثابت والآخر خلافة، فالثابت هو تلك القواعد التي أثبت الطب صحتها وعدم قابليتها للتبديل والتغيير مهما تغيرت الأزمنة، كوجوب النظر في نوع المرض وتشخيصه، ومحاولة التعرف على سببه، ومدى قدرة جسم المريض على تحمل العلاج قبل البدء فيه. أما غير الثابت، فإما أن تكون قواعد متفق عليها بين الأطباء على أنها أصلا علميا ملزما، ومع ذلك يمكن لا يمكن الأخذ بها إذا وجد ما يخالفها من الأصول العلمية أو أفضل منها، وإما ألا يتفق على اعتبارها أصلا علميا ملزما، بل هي مجرد نظرية علمية تحمل الخطأ والصواب<sup>3</sup>.

ومراعاة الأصول العلمية ليست قاعدة مطلقة بل يرد عليها استثناء، فقد تنتفي المسؤولية الجنائية للطبيب ولو لم يلتزم بتلك الأصول العلمية عملا بالقواعد العامة التي يترتب عليها الإعفاء من المسؤولية، وبالضبط حالة تحقق الضرورة. بمعنى عند ثبوت الخطر الجسيم المهدد لحياة المريض أو صحته الجسمية، ولم يوجد طريق آخر لدفعه بغير العمل المتخذ من طرف الطبيب المعالج وهذا هو المتفق عليه فقها وقانونا.

### ثالثا: المسؤولية الطبية عن عمليات التوليد

والمسؤولية الطبية عن عمليات التوليد كغيرها من الأعمال الطبية يفترض فيها الخطأ من الطبيب المشرف عليها ومن يساعده، وإن كان ذو طبيعة خاصة (أ)، يؤدي ذلك حتما إلى ترتيب المسؤولية (ب).

### أ- خصوصية الخطأ الطبي في عمليات التوليد

يقصد بالخطأ عموما، بأنه "قيام شخص ما أثناء مزاولته لمهنته بإلحاق الضرر والأذية بشخص آخر، وذلك إما بدافع التقصير والإهمال أو عدم التبصر والحذر بسبب سوء نيته"<sup>4</sup>. أما الخطأ الطبي، فهو "الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالا بالتزام بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية

<sup>1</sup>-المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276.

<sup>2</sup>-المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11-122.

<sup>3</sup>-قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، المرجع نفسه، ص. 170-171.

<sup>4</sup>-سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، ط01، أزمنا للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص. 249.

في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً، والتي قد تقترن أحيانا نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه<sup>1</sup>.

وخصوصية الخطأ في عملية التوليد تظهر في كونه مزدوج، فهو قد يمس في بعض الحالات بسلامة الأم وجنينها معاً، لكونه التزاماً يهدف إلى حمايتهما في آن واحد. كما تتجلى خصوصية كذلك بالنظر إلى طبيعة نطاق التزام الطبيب، فالتزامه لا ينتهي بمجرد تمام الولادة بل يمتد إلى مرحلة ما بعد الولادة، فيكون من مهام الطبيب ومساعديه السهر على الرعاية الروتينية، والفحص في الساعات الأولى من حياة المولود، مثل تحرير المجاري الهوائية، ولقط الحبل السري، والتنظيم الحراري، وغيرها من الأعمال الطبية<sup>2</sup>.

وإجمالاً، فالخطأ الطبي في عملية التوليد بالجراحة يتصور خلال المراحل الثلاثة، قبل العملية الجراحية، بحيث يتعين على الطبيب اتخاذ كل الاحتياطات لمعرفة الحالة الصحية للمريضة، واختيار الطريقة المناسبة للجراحة، ويكون أثناء العملية الجراحية، بحيث يتجسد خطأ الطبيب المشرف على التوليد في حالة عدم أدائه لعمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته، ويكون كذلك عقب العملية الجراحية، فالتزام الطبيب لا يقف عند نهاية العملية فحسب، بل يتضمن التزامه العناية بالمريضة وجنينها، بتقديم العناية اللازمة لهما، لتفادي حدوث مضاعفات تضر بصحتهما<sup>3</sup>.

### ب-الجزاء المترتب عن الخطأ في عمليات التوليد

لعل المسؤولية الطبية الجزائية للقائم بعمليات التوليد تجسد أساسها القانوني في المادة 288 ق.ع<sup>4</sup>، وكذا المادة 289 من نفس القانون<sup>5</sup>، فالمشرع جرم الأفعال المضرة بالسلامة الجسدية للإنسان أو بروحه، ولو لم تكن

<sup>1</sup> - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.25.

<sup>2</sup> - أني سوفي كوتين، تر.سوزان حموي، أشرف سعد، رولين بان، الرعاية التوليدية الأساسية ورعاية حديثي الولادة، منظمة أطباء بلا حدود، باريس، 2017، ص.201 وما بعدها.

<sup>3</sup> - وداد أحمد العيدوني، عبد الحليم العلمي، الخطأ الطبي بين الشرع والقانون، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.4619-4620.

<sup>4</sup> - تنص المادة 288 ق.ع على أنه: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونه أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 1.000 دج إلى 20.000 دج".

<sup>5</sup> - تنص المادة 289 ق.ع على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

للفاعل نية إحداث النتيجة، لكن بسبب عدم تبصره وأخذة الحيطة وقع في الخطأ، وهذه القاعدة عامة، إلا أنه يمكن إعمالها في المجال الطبي.

فقد يكون الإهمال من طرف المساعدين الطبيين، كحالة عدم قيام القابلة بربط الحبل السري للمولود جيداً، نتج عنه نزيف أدى إلى وفاته، وهو ما قضت به المحكمة العليا، برفضها دفع الممرضة عدم قيام الأم بإرجاع الوليد للمستشفى بعد خروجها منه<sup>1</sup>. كما كيفت المحكمة العليا نسيان الطبيب لضمادات في بطن المرأة بعد إجراء عملية قيصرية، أدت إلى وفاتها، خطأ شخصياً، يوجب مسؤوليته<sup>2</sup>.

والرعونة أمر محتمل بكثرة في عمليات التوليد، يقصد بها قيام القابلة أو الطبيب عند تدخله بأفعال تتصف بالخشونة في التعامل مع المرأة الحامل، فيلحق بالجنين إعاقات جراء تلك الرعونة، ومن أمثلة ذلك ما قام به أحد الأطباء بعد تشخيصه لوضعية الجنين، تبين أنه في وضعية غير عادية، وبتاريخ الولادة لم يأمر بتحويلها إلى المستشفى بل قام بتوليدها، بمساعدة أمها في جذب الوليد من رجليه، غير أن رأس الجنين انفصل عن جسده وبقي في الداخل، ما أدى إلى وفاة المرأة قبل وصولها إلى المستشفى<sup>3</sup>.

زيادة على ذلك، يمكن متابعة الطبيب أو القابلة على جريمة عدم التصريح بالولادة حسب نص المادة 61 ق.ح.م خلال خمسة أيام كاملة من الولادة، مع تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 ق.ع، حيث اعتبرت المادة 62 ق.ح.م أن من بين الأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة الأطباء والقابلات أو أي شخص حضر الولادة. غير أنه حسب البعض هذا النص بالرغم من وجوده منذ زمن طويل، إلا أنه لم يسمع بمثل النيابة العامة قد مارس سلطته بتطبيق محتواه<sup>4</sup>.

وحتى تكتمل أركان المسؤولية الجزائية في مجال التوليد لا بد من وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وإذا وجد الخطأ ولكن ليس بسببه وقع الضرر بل إنه يعود إلى عامل آخر، كخطأ المريض أو الغير، لذلك يبقى على القاضي إبراز العلاقة بين الضرر والفعل الذي يمكن نسبته إلى الطبيب، فقد يعفى الطبيب من المسؤولية بوجود القوة القاهرة أو حالة الضرورة. كما أنه إذا اقتضت حالة المريض الاستعانة بطبيب تخدير أو طبيب

<sup>1</sup>-قرار غير منشور للمحكمة العليا بتاريخ 2004/12/22، ملف 283373، سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري،

م.م.ع.ع.خ، حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص.26.

<sup>2</sup>-المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 2016/09/22، ملف رقم 0749354، م.ق، 2016، ع.02، ص.443 وما بعدها.

<sup>3</sup>-سيدهم المختار، المرجع نفسه، ص.26.

<sup>4</sup>-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.189.

ولادة، فعلى الجراح الاستعانة بهما وإلا عد ذلك خطأ منه، ما لم تبرره حالة الاستعجال أو الضرورة، فيعفى الجراح من المسؤولية إذا أجرى العملية القيصرية دون الاستعانة بأحدهما أو كليهما، ولو رتب ذلك ضرراً بالمريضة، مادام أنه السبيل الوحيد لإنقاذ المرأة الحامل<sup>1</sup>.

كان ذلك كل ما أمكن دراسته في الشطر الأول من هذا البحث، حول الأحكام العامة للإنجاب، وبقي لنا الشطر الثاني، بحيث سنعالج فيه النظام القانوني لمستجدات تكنولوجيا الإنجاب، بالتطرق للتقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، كالإنجاب الاصطناعي، وزراعة الأعضاء التناسلية، وكذا التقنيات الدقيقة في مجال الوراثة، مع التركيز على الإشكالات التي قد تثار بشأنها، ومدى إدراج البعض منها ضمن الأعمال الطبية، وفقاً للنصوص القانونية.

<sup>1</sup> - السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص. 24-25.

## الباب الثاني

## النظام القانوني لمستجدات تكنولوجيا الإنجاب

مكن التقدم العلمي المتسارع الأخصائيين في مجال التكاثر من مساعدة الأزواج المصابين بعدم القدرة على الإنجاب من تحقيق رغبتهم في ذلك، أطلق عليها في مجملها بتكنولوجيا الإنجاب، لكونها تتطلب مجموعة من الأجهزة والوسائل، يضمن من خلالها حدوث الحمل والولادة، في ظروف صحية وآمنة، إلا أنها تتعدد بحسب طبيعة السبب المانع للإنجاب، أو رغبة الأزواج.

ومن بين الوسائل العلمية، المعتمدة في هذا المجال تقنية تلقيح البذور التناسلية الذكرية والأنثوية، وكذا نزع وزرع الأعضاء البشرية من الأحياء إلى الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء، ومختلف الجراحات الدقيقة التي لم تشهدها الحضارات السابقة، بما فيها جراحة زراعة الأعضاء التناسلية، التي بواسطتها يتم إعادة تأهيل أو تعويض الأجهزة التناسلية للرجل والمرأة وتمكينهما من تحقيق مبتغى الإنجاب.

وأوجه تكنولوجيا الإنجاب تعددت، فتجاوزت عتبة المساعدة وإيجاد حلول لحالات مرضية لتصل إلى حدود إيجاد نسل بمواصفات حسب الرغبة البشرية، وهذا ما جعل البشرية تدخل عصر "طب الرغبة" بعد التمكن من فك الشفرات الوراثية للإنسان. وتظهر الخطورة في أن الرغبة الإنسانية لا حدود لها في ظل عدم كفاية المعايير الطبية للحد منها، إذ ليس كل ما هو ممكن طبيًا، أن يكون بالضرورة جائزًا شرعًا ومسموحًا به قانونًا، فالإمكان من الناحية الطبية شيء والجواز شرعًا وقانونًا شيء آخر، ما حتم وجوب تدخل فقهاء الشريعة والقانون لرسم حدود هذه التقنيات، تمنع كل من الطبيب والأزواج تجاوزها، مع الأخذ بالحسبان التوفيق بين مصلحة الزوجين، ومصلحة الجنين، ومصلحة المجتمع، فإذا تحقق ذلك أمكن وضع نظام قانوني مناسب ومتكامل لتكنولوجيا الإنجاب<sup>1</sup>.

ودراستنا لهذه المستجدات التكنولوجية في المجال الإنجابي، تتمحور حول تلك التقنيات المساعدة على الإنجاب وإشكالاتها (الفصل الأول)، ثم تلك المتعلقة بالتعديل الوراثي وما أفرزه من تطبيقات في مجال الإنجاب (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.18.

## الفصل الأول

### تقنيات المساعدة على الإنجاب وإشكالاتها

يرى العلامة ابن خلدون في مقدمته إلى أن الفعل الصناعي أمر تسبقه تصورات أحوال الطبيعة، التي لا نهاية لها، والعلم البشري عاجز عن ذلك، كمن يدعي استطاعة تخليق إنسان أو حيوان أو نبات. غير أنه يشير إلى عدم استحالة تخليق الإنسان من النطفة إلى الحالة التي يولد عليها طبيعياً، وخارج الرحم، لكن حسبه، أن التسليم بذلك، لن يتأتى إلا بالإحاطة التامة بأجزائه وكيفية تخليقه في الرحم بالعلم المحصل تحصيلاً مفصلاً، فإذا وجدت الاستحالة، فهي بسبب تعذر الإحاطة، وقصور البشر عنها<sup>1</sup>.

في هذا الكلام إشارة إلى ما بات يعرف حالياً بأطفال الأنابيب أو الإنجاب الاصطناعي، وغيرها من المصطلحات التي أطلقت على هذا الحدث العلمي، بحيث تمكن الأطباء من تهئية الوسط الملائم، وتوفير الجزيئات اللازمة، ومزجها، وغرسها في الرحم. غير أن المادة المستعدة للتخلق ليست من صنعهم، وإنما هي من خلق الله تعالى، وعلمهم بما تحويه، داخل في هدايته إياهم، لقوله عز وجل «عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَم»<sup>2</sup>.

وتأسيساً على النزعة المادية للتطور العلمي، التي تركز عليها بحوثه وتجاربه، وما استتبعها من بروز إشكالات مست الجانب الديني والاجتماعي والأخلاقي والأسري، جعل من ذلك ضرورة حتمية، لتدخل رجال الفقه والقانون على حد سواء، فنالت الحظ الوافر من البحث، قصد إنزالها منزلتها الشرعية والقانونية، وتوجيهها للغرض الأسمى الذي يتوافق ومقتضيات النظام العام والآداب العامة.

وعليه فضمن هذا الفصل سنحاول الوقوف على التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، وتنظيرها تنظيراً قانونياً، مكتفين بتقنيتين بارزتين تسهمان بشكل مباشر في مساعدة الأزواج على تحقيق ذلك، تقنية الإنجاب الاصطناعي (المبحث الأول)، وتقنية نزع وزرع الأعضاء التناسلية (المبحث الثاني).

<sup>1</sup>-ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، المرجع السابق، ج02، ص.337.

<sup>2</sup>-سورة العلق، الآية 05.

## المبحث الأول

## تقنية الإنجاب الاصطناعي

تعد تقنية الإنجاب الاصطناعي من الوسائل المدرجة ضمن مجال التدخل في عوامل التكاثر المساعدة على الإنجاب، لاسيما إذا تم إضفاء صفة المرض على علة العقم، فتكون هذه الوسيلة كأصل عام أمرا جائزا، لكن الذي يفرض نفسه هو الامتداد التقني لمثل هذه الوسائل العلاجية، ومحاوله توظيفها تبعا للربغة الإنسانية والنزعة المادية للتطور العلمي، وبالتالي ظهور ممارسات لها تأثير بين على العلاقات الأسرية والكيان البشري، ما يترتب عليه من حتمية تطيرها قانونا وشرعا، من خلال تحديد نطاق مشروعيتها، وبذلك تحديد المسؤولية الطبية الممكن إقرارها، خاصة في ظل ما استحدثه المشرع من نصوص قانونية لتنظيمها.

وحتى تكون دراستنا مسايرة للمصطلحات التي استعمالها المشرع عند التنصيص على أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب ضمن قانون الصحة، فضلنا استعمال مصطلح الإنجاب الاصطناعي، لكونه شاملا، بإمكانه استيعاب ما ذكره المشرع. ومحاولة لإعطاء الصورة الكاملة لتقنية الإنجاب الاصطناعي، سنعالج النطاق المفاهيمي للإنجاب الاصطناعي (المطلب الأول)، والحماية القانونية للإنجاب الاصطناعي (المطلب الثاني)، ثم الإشكالات القانونية المثارة بالإنجاب الاصطناعي (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

## النطاق المفاهيمي للإنجاب الاصطناعي

ما هو معلوم أن الله تعالى أوجد طريقا للإنجاب والتوالد، يتمثل في التقاء الذكر بالأنثى، فتلتقي الخلية الجنسية الذكرية بالخلية الجنسية المؤنثة داخل الجهاز التناسلي للمرأة، فتتكون اللقيحة، ثم تنمو خلال فترة زمنية تختلف عند الثدييات بصفة عامة، بما فيها البشر، فإذا انتهت تلك المدة خرج الجنين مكتمل النمو أو ربما يسقط قبل ذلك<sup>1</sup>.

لكن من نتائج التطور الطبي، أن أصبح بالإمكان إحداث الإنجاب بطريقة اصطناعية، تتمثل في مجموعة من الأساليب والممارسات المعلومة لدى أهل الاختصاص، لذلك يكون محتما علينا الولوج إلى ماهية الإنجاب الاصطناعي (الفرع الأول)، ثم النظرة الشرعية والقانونية للإنجاب الاصطناعي (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص. 336-337.

## الفرع الأول

## ماهية الإنجاب الاصطناعي

للقوف على مدلول الإنجاب الاصطناعي، سنتطرق إلى التعريف اللغوي، مع ذكر المصطلحات التي قد يجوبها (أولاً)، ثم نذكر التعريف الاصطلاحي عند الأطباء والفقهاء والقانونيين (ثانياً)، وبعدها أنواع الإنجاب الاصطناعي (ثالثاً).

## أولاً: التعريف اللغوي

لقد تبع ظهور تقنية الإنجاب الاصطناعي، جملة من المصطلحات القانونية والفقهيّة في محاولة من مستعمليها إعطاء تفسيرات لتلك التقنية، كمصطلح التلقيح الاصطناعي وهو الشائع الاستعمال، ومصطلح الإخصاب الاصطناعي، ومصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب. غير أنه يمكن القول أن تلك المصطلحات وإن كانت قد تختلف في معانيها، إلا أن النتيجة فيها واحدة، ألا وهي حدوث حمل بطريقة غير طبيعية. ذلك ما سنفصله في ما يلي.

أ- التلقيح: لفظ التلقيح: يقال لقحت الناقة كسمع، لُقِّحاً ولقِّحاً محرّكة ولقّاحاً: قبلت اللقّاح فهي لاقح من لواقح ولقّوح من لُقِّح.

واللقح: محرّكة: الحبل واسم ما أخذ من الفحل ليدس في الآخر والملاقح الفحول، جمع ملقح والإناث التي في بطونها أولادها من جمع ملقحة بفتح القاف والملاقيح: الأمهات وما في بطونها من الأجنة أو ما في ظهور الجمال الفحول وألقحت الرياح الشجر فهو لواقح وملاقح<sup>1</sup>.

ب- الإخصاب: لفظ خصب: الخصب: نقيض الجذب، وهو كثرة العشب، ورفاعة العيش، قال الليث: والإخصاب والاختصاب من ذلك. ورجل خصيب: بين الخصب، رحب الجناب، كثير الخير، ومكان خصيب: مثله<sup>2</sup>. الخصب: وزان حمل النماء والبركة وهو خلاف الجذب، وهو اسم من أخصب المكان بالألف، فهو مخصب وفي لغة خصب يخصب من باب تعب، فهو خصيب، وأخصب الله الموضوع إذا أنبت به العشب

<sup>1</sup> -مجد الدين مُجَدِّد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص. 239-240.

<sup>2</sup> -أبي الفضل جمال الدين مُجَدِّد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج 01، دار صادر، المرجع السابق، ص. 355-356.

والكأ<sup>1</sup>. وأخصبوا: نالوه، والعضاه: جرى الماء فيها حتى اتصل بالعروق، والخصب، بالفتح: الطلع والنخل، أو الكثيرة الحمل<sup>2</sup>.

ج-المساعدة الطبية على الإنجاب: يتسم هذا المصطلح بطبيعة مركبة، فالمساعدة: المعاونة. وساعده مساعدة وسعادا وأسعده: أعانه<sup>3</sup>. وقد تعني الإسعاف والمساعدة والمواتاة والقرب في حسن مصافاة ومعاونة<sup>4</sup>. أما كلمة الطبية، فقد تم ذكر تعريفها اللغوي سابقا في هذا البحث<sup>5</sup>، والأمر ذاته بالنسبة لكلمة الإنجاب<sup>6</sup>.

د-الاصطناعي: صنع إليه معروفا: كمنع، صنعا بالضم وصنع به صنيعا، والمصانع الجمع، والمباني من القصور والحصون، وأصنع: أعان آخر، واصطنع عنده صنيعة: اتخذها، واصطنع خاتما: أمر أن يصنع له، « وَأَصْطَنَعْتُكَ لِتَفْسِي... »<sup>7</sup>، اخترتك لخاصة أمر أستكفيك<sup>8</sup>.

وكتنويه، يرى البعض<sup>9</sup>، أن هناك فرقا لغويا بين مصطلحي التلقيح والإخصاب من حيث الفعل والنتيجة، والنتيجة، وأن الإخصاب قاصر على البشر فقط. في حين أن ما يظهر لنا خلاف ذلك، بحجة أن كلا المصطلحين يدل على النتيجة، لما يستنتج من المعنى اللغوي لكلا المصطلحين. كما أن الإخصاب ليس قاصرا على البشر، بل يقال خصبت الأرض، فهي خصبة<sup>10</sup>.

أما المشرع فقد عمد إلى استعمال مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب لتوسيع النطاق المفاهيمي، ومن خلاله أدرج كلا المصطلحين-التلقيح والإخصاب- في محاولة لتدارك ما جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، أين اكتفى بمصطلح التلقيح الاصطناعي.

<sup>1</sup>-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.65.

<sup>2</sup>-محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.80.

<sup>3</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج03، المرجع السابق، ص.214؛ جماعة من المختصين، معجم النفايس الكبير، مج01، المرجع السابق، ص.855.

<sup>4</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع نفسه، ج09، ص.152.

<sup>5</sup>-أنظر؛ ص.166 من هذا البحث.

<sup>6</sup>-أنظر؛ ص.20 من هذا البحث.

<sup>7</sup>-سورة طه، الآية 41 .

<sup>8</sup>-محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع نفسه، ص.41.

<sup>9</sup>-سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2019-2020، ص.21.

<sup>10</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع نفسه، ج01، ص.355.

## ثانيا: التعريف الاصطلاحي

لكي يتجلى لنا التعريف الاصطلاحي للإنجاب الاصطناعي، سنعرض تعريف الطب له، ثم عند الفقهاء وكذا في القانون.

## أ-التعريف الطبي

هنالك العديد من التعريفات التي أعطيت لهذه التقنية الجديدة للإنجاب، نذكر منها:

- 1-عرف بأنه: «وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية وإعادة زرعها في المرأة»<sup>1</sup>.
- 2-وقيل عنه: «كل طريقة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي»<sup>2</sup>.
- 3-وكذلك هو: «إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وببيضة المرأة عن غير الطريق المعهود»<sup>3</sup>. إذ لقي هذا التعريف تأييدا من بعض رجال القانون لكونه يقتصر على إدخال المني داخل الرحم بطريق العمل الطبي دون الإدخال اليدوي الذي تقوم به المرأة لنفسها، إذ لا يعتبر هذا الأخير تلقيحا اصطناعيا، كما يشمل كذلك صورة التلقيح الخارجي لذكره عبارة " عن غير الطريق المعهود"<sup>4</sup>.
- 4-وعرفه آخرون على أنه: «الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب»<sup>5</sup>.

ومهما اختلفت التعريفات فإنه يمكن القول بأن الإنجاب الاصطناعي هو تلك العملية التي تتم بين خليتين إحدهما ذكرية وأخرى أنثوية على عكس عملية الاستنساخ، التي يجمع فيها بين خلية جسدية وأخرى تناسلية ويكون التلقيح بالاستغناء عن أسلوب الاتصال الطبيعي بين الزوجين، إذ يتم فيه سحب المني من الرجل وحقنه مباشرة في الجهاز التناسلي للمرأة أو تلقيح الخليتين مخبريا في أنابيب معدة خصيصا لذلك، وتحت إشراف

<sup>1</sup> -أحمد مُجد لطفى أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.58.

<sup>2</sup> -مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.390.

<sup>3</sup> -زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.53.

<sup>4</sup> -محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.89.

<sup>5</sup> -إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.15.

طبيب مختص تحت ظروف علمية معينة في المراكز المخصصة لذلك، بغرض العلاج وليس لأغراض أخرى، كإجراء التجارب العلمية<sup>1</sup>.

### ب-التعريف القانوني

في بداية الأمر، لم يعط المشرع تعريفاً للتلقيح الاصطناعي. بل اكتفى ببيان جواز اللجوء إليه، مع وجوب التقيد بالشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من ق.أ، إلى غاية صدور قانون الصحة رقم 18-11، حيث نصت المادة 370 منه على أنه: "المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيًا.

وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي".

بهذا التعريف يكون المشرع قد حدد نطاق مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب بحصرها في جملة من الممارسات غير المعتادة عند باقي الأطباء، والمتمثلة حسبه في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية، يشرف عليها ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مراكز مرخص لها مسبقاً، تدعو إليها علة العقم.

لكن بالرجوع إلى المعنى اللغوي، فالمساعدة الطبية على الإنجاب، هي كل تدخل طبي يهدف إلى إعانة الشخص وتمكينه من تحقيق الولد والتمتع بمشاعر الأبوة والأمومة، وهذا التدخل يتضمنه مفهوم العمل الطبي، ما دام أن الإنجاب هو من المصالح الاجتماعية التي يسعى الطبيب إلى تحقيقها<sup>2</sup>. وعليه، فالمساعدة الطبية على الإنجاب ليست محصورة في عمل طبي بحد ذاته، بل هي كل وسيلة يشير بها أو يستعملها الطبيب لتمكين الشخص من تحقيق الإنجاب، وبالتالي فقد تندرج تحت هذا المصطلح القانوني تدخلات طبية أخرى، وإن كانت ذات صبغة تقليدية، كالمساعدة بالنصح والتوجيه لتخطي بعض العقبات النفسية، وتغيير النظام الغذائي، أو المساعدة بوصف بعض الأدوية لزيادة عدد الحيوانات المنوية وتحسينها. بل قد تصل المساعدة الطبية إلى التدخل الجراحي على مستوى الأعضاء التناسلية.

<sup>1</sup>-عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج3، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.2177.

<sup>2</sup>-فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، مج32، 2017، ع02، ص.523.

غير أن المشرع أورد أربعة مصطلحات ضمن نص المادة 370 من القانون نفسه، المتمثلة في مصطلح عملية الإباضة، التلقيح بواسطة الأنابيب، نقل الأجنة، التخصيب الاصطناعي، بحيث أن تلك الأعمال العيادية والبيولوجية يتم تحديدها عن طريق التنظيم، حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 372 من قانون الصحة، وهذا ما سيتم التطرق إليه.

### ثالثاً: أنواع الإنجاب الاصطناعي

ما دام أن الإنجاب الاصطناعي من الاكتشافات الطبية، فهو ينقسم من حيث كيفية تنفيذه إلى نوعين. الأول ما يعرف بالتلقيح الداخلي، إذ يتم عن طريق حقن نطفة الرجل داخل عنق الرحم للمرأة. أما الثاني فيكمن في التلقيح الخارجي ويتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بنطفة الرجل خارج الرحم. وهناك من يقسمه من حيث تدخل عنصر أجنبي، إلى تلقيح ناقص وتلقيح تام، فالأول ما كانت عناصره (النطفة والبويضة) تعود للزوجين، وأما الثاني ما كان أحد العناصر أو كلاهما لغير الزوجين<sup>1</sup>. وآخرون يقسمونه إلى أنواع عديدة بالنظر إلى الأساس المعتمد عليه، فإذا نظر إلى نطاق التلقيح، أي الرحم، فيوجد تلقيح داخلي وخارجي، وإذا نظر إلى مادة التلقيح المني والبويضة، فينقسم إلى تلقيح بمني الزوج وآخر بماء الغير، وبالنظر إلى محل الحمل، فينقسم إلى تلقيح داخل الرحم وتلقيح داخل أنبوب اختبار، وإذا أخذ بالسبب الملجئ للتلقيح، قسم إلى وسائل لمعالجة ضعف الخصوبة، إحداها للرجل وأخرى للمرأة<sup>2</sup>. غير أننا نميل إلى التقسيم الأول، أي الإنجاب الاصطناعي الداخلي والإنجاب الاصطناعي الخارجي.

#### أ- الإنجاب الاصطناعي الداخلي

عرفه البعض بأنه، «هو العملية التي بواسطتها يتم التلقيح بصورة غير طبيعية من خلال استخلاص السائل المنوي بطريقة آلية من الذكر ووضعه داخل الجهاز التناسلي للأنثى، بعد استحداث لها عملية التبويض اصطناعياً من خلال التنبيه الميكانيكي العصبي أو الهرموني أو الحيوي، وذلك كي يتم التقاء الحيوانات المنوية بالبويضات المفرزة، فتحدث عملية الإخصاب ومن ثم الحمل»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-سعدى إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيب I.V.F -تجميد الأحياء التناسلية وحفظها- عمليات الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص.18-19.

<sup>2</sup>-محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.91.

<sup>3</sup>-عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.2155.

وعرفه حسيني إبراهيم بأنه: «مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب وذلك لضرورة علاجية و بضوابط لا بد من توافرها»<sup>1</sup>.

كما قال عنه آخر بأنه، إدخال السائل المنوي للرجل في الجهاز التناسلي للمرأة بقصد الإنجاب، عن طريق حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم بعد القيام بعملية الكشف عليه وتعقيمه، ثم تحقن أيضا الكمية المتبقية الأخرى من مني الرجل في قعر المهبل خلف عنق الرحم، ويطلب من المرأة البقاء مستلقية على ظهرها لمدة ساعة أو ساعتين<sup>2</sup>.

ومن شروط نجاح هذه العملية، أن يتم حقن السائل المنوي للزوج في الليلة السابقة للتبويض، وبهذا فإن هذه الصورة تقترب من حالة الإنجاب الطبيعي، ويلجأ إلى هذه الصورة غالبا حالة ضعف الحيوان المنوي، وعدم تمكنه من الوصول إلى مكان الالتقاء مع البويضة<sup>3</sup>.

ونوع التلقيح الداخلي قد تكلم فيه فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية<sup>4</sup>، والمالكية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، والحنابلة<sup>7</sup>، ولكن بصفة نظرية وبغير الطريقة المعروفة في الوقت الحاضر، ولاسيما عند تطرقهم لمواضيع العدة وإحاق الولد، وذلك عند تمكن المرأة من استدخال مني زوجها، أو غيره في فرجها، وحدث حمل و ولادة.

ما نستخلصه في هذا النوع من الإنجاب الاصناعي، ما يلي:

1-اقتصار تدخل القائم بهذه العملية على سحب مني الزوج، وحقنه في الموضع المناسب للجهاز التناسلي للزوجة.

2-حلول عملية الحقن محل العلاقة الجنسية الطبيعية بين الزوجين.

3-إمكانية الاستعانة بالخلايا المنوية لشخص أجنبي، وبالتالي وقوع اختلاط الأنساب.

### ب-الإنجاب الاصطناعي الخارجي

لكون أن الإنجاب الاصطناعي الداخلي لا يستجيب لكل حالات العقم، فإنه يتم اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي الخارجي عن طريق سحب بويضة المرأة خارج جهازها التناسلي، وتلقيحها بالحيوانات المنوية للرجل

<sup>1</sup>-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.43.

<sup>2</sup>-مُجد خالد منصور، المرجع السابق، ص.77.

<sup>3</sup>-شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان، 2011، ع02، ص.05.

<sup>4</sup>-أحمد مُجد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.76.

<sup>5</sup>-مُجد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص.498.

<sup>6</sup>-سليمان مُجد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص.389، أبي مُجد الحسين بن مسعود بن مُجد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج5، ص.367.

<sup>7</sup>-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج08، ص.2766.

في أنبوب مخبري مهياً اصطناعياً، وبعد عملية الالتحام والإخصاب تنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة، وهو ما أطلق عليه بتسمية "طفل الأنبوب"<sup>1</sup>.

أو أن يتم بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة من غير اتصال طبيعي خارج رحم المرأة في وعاء زجاجي يعرف بطبق بيتري<sup>2</sup>، هذا وإن للإنجاب الاصطناعي الخارجي أنواعا يمكن ذكرها فيما يلي:

### I- طريقة طفل الأنبوب

تعتمد هذه الطريقة على تنشيط مبيض الزوجة بالعقاقير، مع متابعة نمو البويضة إلى حين خروجها، ثم يتم سحبها بالموجات فوق الصوتية أو بمنظار البطن، وتوضع في محلول مناسب لنموها وفحصها، والشائع أن يتم سحب من أربع إلى خمس بويضات، وبالموازاة يجمع مني الزوج باستخدام الطرد المركزي لتركيز الحيوانات المنوية في أعلى الأنبوب. بعدها تحضن تلك الحيوانات المنوية مع البويضة في محضن خاص بدرجة حرارة مناسبة لمدة 24 ساعة، ليتم إعادة البويضات الملقحة إلى رحم المرأة<sup>3</sup>.

### II- طريقة جفت

يتم فيها تنشيط مبايض الزوجة، ثم أخذ البويضة في الوقت المناسب وكذا أخذ مني الزوج، ليتم تحضيرهما جيدا ووضعهما في أنبوب نحيل جدا وتعادان إلى القناة الرحمية، فيحدث التلقيح كما هو مألوف في الحمل الطبيعي<sup>4</sup>.

### III- طريقة زيفت

تشبه نوعا ما طريقة جفت، غير أنها تختلف عنها في مكان التلقيح، إذ يتم الجمع بين البويضة ومني الزوج وحضنهما إلى غاية حدوث التلقيح، ليتم نقل اللقائح إلى قناة فالوب، بشرط أن تكون تلك القناة سليمة، وبذلك تتفق مع طريقة طفل الأنبوب، لكنها تختلف عنها في أن اللقيحة تعاد إلى قناة فالوب، حيث تنمو نمو طبيعيا بدلا من إدخالها إلى الرحم مباشرة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-مُجد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.341؛ مرجحاً إسماعيل، المرجع السابق، ص.403.

<sup>2</sup>-لبنى مُجد جبر شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص.03.

<sup>3</sup>-مُجد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.341-342.

<sup>4</sup>-مُجد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.345.

<sup>5</sup>-مُجد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.346-347.

## IV- طريقة الحقن المجهري

تعد هذه الطريقة من أحدث سبل الإخصاب المساعدة لعلاج العقم، بنسبة نجاح تصل إلى 60%، إذ المعلوم طبيا أن الحيوان المنوي قبل أن يقوم بإخصاب البويضة لا بد له أن يعلق رأسه بسطحها، ثم يدفع الطبقة الخارجية، ويدخل إلى سيتوبلازم، فإذا عجز عن ذلك يتم اللجوء إلى الحقن المجهري باستخدام إبرة رفيعة جدا<sup>1</sup>.

V- طريقة الرقائق الإلكترونية<sup>2</sup>

تم اكتشاف هذه الطريقة من طرف الباحثين في الولايات المتحدة الأمريكية، تتمثل في نموذج تطبيقي يمكن من تنفيذ الخطوات اللازمة لإنتاج الجنين، تتمثل في مادة شفافة تشبه الشريحة الزجاجية، بها قنوات صغيرة جدا وعمق يصل إلى 0.2 ملليمتر، يتم توصيلها إلى حقنة مبرمجة لضخ الأغذية اللازمة للجنين في مراحل مختلف، بذلك فهي تؤدي عمل الأجهزة التناسلية الطبيعية، مع قدرتها على فرز الأجنة عن طريق تشخيص أي عيوب وراثية فيهم. ويستخدم هذا الأسلوب مع أجنة الإنسان، كمرحلة هامة تسمى "التفقيس المساعد"، والتي تعمل على تشجيع الزرع، علما أن هذه المرحلة كانت تتم تقليديا بوضع الجنين في الوسط الحامضي، ما ينتج عنه تلف الجنين إذا بقي لمدة طويلة. وفي هذا الصدد يحاول الباحثون على إيجاد رقيقة تقوم بصفة آلية بجميع الخطوات اللازمة لعملية الإنجاب، من تخصيب البويضة، وقياس استهلاك الجنين للجلوكوز والأكسجين وثاني أكسيد الكربون التي يفرزها، إلى جانب فحص العيوب الوراثية ومعالجتها في آن واحد والتخلص من الأجنة ذات النوعية الرديئة.

أما عن كيفية إجراء عملية الإنجاب الاصطناعي الخارجي، فهي تمر بأربعة مراحل<sup>3</sup> تتمثل في:

**1- تنشيط عملية الإباضة:** هي تحريض خارجي بإعطاء الزوجة عقاقير، عن طريق الحقن أو الفم، تدفع المبيض لإنتاج البويضة في الوقت المناسب<sup>4</sup>.

**2- استخراج البويضة:** يتم سحبها من جسم المرأة بعد تخديرها بشكل جزئي بمخدر متوسط القوة، وغالبا ما يستغرق هذا الإجراء 30 دقيقة.

<sup>1</sup>-موقع الإنترنت: [www.webteb.com](http://www.webteb.com) ، ما هو الحقن المجهري، تاريخ الإطلاع، 2021/03/14.

<sup>2</sup>-طارق مجي قايل، أطفال على رقائق إلكترونية، موقع الإنترنت: [www.jomid.net](http://www.jomid.net) ، تاريخ الإطلاع، 2021/03/14.

<sup>3</sup>-موقع الإنترنت: [www.webteb.com](http://www.webteb.com) ، التلقيح الصناعي لحل مشاكل الإنجاب، تاريخ الإطلاع، 2021/03/15.

<sup>4</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.61.

**3-التخصيب الاصطناعي:** التقاء الحيوان المنوي بالبويضة في وعاء زجاجي بعد توفير كافة الظروف الملائمة لليلة كاملة، فقد يتم التخصيب دون تدخل المختصين، أو بتدخلهم عن طريق الحق المجهري.

**4-نقل الأجنة:** يكون حالة الانتهاء من سحب المنى والبويضة وتخصيبها خارجيا، في فترة ما بين 48 ساعة إلى 07 أيام وبعد اختيار أجود الأجنة، عن طريق قسطرة مخصصة لهذا الغرض، يتم تمريرها إلى تجويف الرحم وحقن الأجنة<sup>1</sup>.

بالتأمل في نص المادة 370 من قانون الصحة نجدها قد تضمنت تلك الخطوات الأربعة، مع توظيف مصطلحي التلقيح والتخصيب معا، ما يثير معه إشكالا، يكمن في قصد المشرع من ذلك، فهل قصد بالتلقيح بواسطة الأنابيب صورة التلقيح الداخلي وبالتخصيب الاصطناعي صورة التلقيح الخارجي؟ وإن كانت كلمة الأنابيب قد تؤدي إلى التداخل بين الصورتين، لأن التلقيح بالأنابيب ما هو إلا من صور التلقيح الخارجي، أو ما يسمى بطفل الأنابيب عند البعض<sup>2</sup>. أم أن المشرع قصد من ذلك نطاق حدوث عملية التلقيح؟ فالتلقيح بواسطة الأنابيب، قد يكون بسحب منى الزوج وبويضة الزوجة وتحضيرهما وحقنهما داخل القناة الرحمية(قناة فالوب، الأنبوب)، ل يتم التلقيح مثلما هو معهود في الحمل الطبيعي، أو ما يسمى بطريقة جفت<sup>3</sup>. كما قد يتم بإحداثه صناعيا خارج الرحم. إذ يقع الإخصاب خارجيا بين النطفة والبويضة، ل يتم غرس البويضة الملقحة مباشرة في الرحم. إذن فالفرق بين الأسلوبين هو نطاق وكيفية حدوث التخصيب، فالأولى يحدث التخصيب داخل القناة المتصلة برحم المرأة وبصفة طبيعية، في حين أن الثانية يكون التخصيب صناعيا وخارج الرحم، ل يتم غرس البويضة الملقحة داخل الرحم.

على أساس ذلك، نفسر غاية المشرع من استعمال هذين المصطلحين، في إقراره لصور التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي معا من جهة، ومن جهة أخرى توسيع النطاق إلى ما توصل إليه الطب من طرق جديدة لإحداث التخصيب الاصطناعي. وهذا يعد تداركا لما جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، أين كان قد اكتفى بمصطلح التلقيح الاصطناعي.

كذلك بخصوص عملية تنشيط الإباضة، فقد يتداخل هذا العمل مع المساعدة الطبية بالأدوية المتاحة لأي طبيب اختصاصي في طب التوليد، والمصنفة ضمن الأعمال التقليدية، إلا إذا كانت تلك العملية تتطلب دقة عالية، يقتضيها نشاط الإنجاب بالطرق المستحدثة.

<sup>1</sup>- لبنى مُجَّد جبر شعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.05.

<sup>2</sup>- مُجَّد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.341.

<sup>3</sup>- مُجَّد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.345.

وعموماً، فإنه بالرغم من البساطة التي تظهر في نوعي الإنجاب الاصطناعي الداخلي والخارجي، إلا أنه توجد عقبات فنية عند التنفيذ الفعلي لتلك العملية، لاسيما في نوعه الخارجي، مما يؤثر ذلك على نسبة نجاحها، وتبدأ تلك العقبات في صعوبة التحديد الدقيق لعملية فرز البويضات واستخراجها، وإن تم التحكم إلى حد ما فيها بواسطة الهرمونات والموجات فوق الصوتية، إلى جانب تركيب السوائل اللازمة لحفظ الحيوانات المنوية والبويضات في المحضن المعد خصيصاً لذلك، كبديل عن الوسط الطبيعي، وفي النهاية عدم التيقن من علقو اللقيحة بجدار الرحم<sup>1</sup>. ولتخطي مثل هل هذه العقبة، يلجأ المتخصصون إلى تقنية ترقيق جدار الأجنة، لكونه يشكل حاجزاً ميكانيكياً يمنع تفكك البويضة أو الجنين بتأثير خلايا المناعة المهاجمة أو الامتصاص الفسيولوجي أو بتأثير المواد الحيوية السامة<sup>2</sup>.

بما ذكر، نكون قد أعطينا نظرة مفاهيمية لتقنية الإنجاب الاصطناعي أو كما سماه المشرع المساعدة الطبية على الإنجاب، لنلج بعدها إلى نظرة الفقه الإسلامي والمشرع، وما رتب لهذه التقنية من أحكام في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### النظرة الشرعية والقانونية للإنجاب الاصطناعي

ما دام أن الإنجاب الاصطناعي هو طريق غير طبيعي لوصول حيامن الزوج إلى رحم الزوجة، فلا بد لمن يرغب في الإقدام عليها معرفة عدم تعارضها وأحكام الشريعة الإسلامية، لكونها من النوازل الطبية (أولاً)، ومن جهة أخرى كيف تعامل المشرع مع هذه التقنية (ثانياً). وعليه يمكن التساؤل، عن الحكم الشرعي لهذه النازلة وما هي ضوابطها الشرعية والقانونية؟

### أولاً: آراء الفقه الإسلامي في الإنجاب الاصطناعي

ذكرنا أن الإنجاب الاصطناعي الداخلي كان معروفاً عند الفقهاء القدامى، إذ كان يسمى بالاستدخال، غير أن النوع الثاني منه-الإنجاب الاصطناعي الخارجي-، لم يكن معروفاً عندهم، فهو من مستجدات العصر. لذلك تباينت آراء الفقهاء المعاصرين حول مشروعيتها، بين التحريم المطلق (أ) والإباحة المشروطة (ب)، كما سنبينه لاحقاً.

<sup>1</sup>-محمود عبد الرحيم مهرا، المرجع السابق، ص.488.

<sup>2</sup>-موقع الإنترنت: <https://www.thuriah.com.sa>، كم نسبة نجاح عملية أطفال الأنابيب وعملية الحقن المجهري من أول مرة، تاريخ الإطلاع، 2021/03/15.

## أ-الرأي الراض للإنجاب الاصطناعي

يرى أصحاب هذا الرأي بجرمة اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي، لما تنطوي عليه هذه العملية من محاذير شرعية، ومن هؤلاء، الشيخ "عبد العزيز بن باز"، والشيخ "عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين"، والشيخ "بكر بن عبد الله أبو زيد"، والشيخ "مُحَمَّد ناصر الدين الألباني"، والإمام "عبد الحليم محمود"، والشيخ "صالح الفوزان"، والشيخ "مُحَمَّد بن صالح العثيمين"، وهذا ما ورد في أقوالهم:

سئل الشيخ "عبد العزيز بن باز" من طرف زوج رفضت زوجته الإنجاب بهذه التقنية وله أربعة أطفال منها، فكان جوابه "إن التلقيح الصناعي أجازة بعض أهل العلم، بشروط مهمة واحتياطات حتى لا يقع ما حرم الله عز وجل، ولكن أنا ممن توقف في ذلك وأنصح بعدم فعله، لأنه قد يفتح باب شر لا نهاية له، ولكن إذا كانت لا تستطيع الإنجاب، فالأربعة الذين حصلوا فيهم الكفاية والحمد لله، وفي إمكانه أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة ويأتي الله له برزق آخر من غير هذه المرأة، فتركه أفضل"<sup>1</sup>.

وسئل الشيخ "عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين" ما حكم طفل الأنابيب؟، فأجاب: قد أفتى العلماء في هذه الرئاسة بمنعه، لما فيه من كشف العورة ولمس الفرج، والعبث بالرحم، ولو كان مني الرجل الذي هو زوج المرأة، فأرى أن على الإنسان الرضا بحكم الله تعالى فهو: « **وَجَعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا** »<sup>2</sup>.

وسئل الشيخ "مُحَمَّد ناصر الدين الألباني"، هل يجوز للرجل أن يسمح للطبيب أن ينقل ماءه إلى زوجته، أو ما يعرف بطفل الأنابيب؟، فأجاب: لا يجوز، لأن هذا النقل يستلزم على الأقل أن يكشف الطبيب عن عورة الزوجة، والإطلاع على عورات النساء أمر لا يجوز، وما لا يجوز شرعا، لا يجوز ارتكابه إلا لضرورة. ولا نتصور أن يكون هناك ضرورة لرجل كي ينقل ماءه بهذه الطريقة المحرمة إلى زوجته. وقد يستلزم هذا أحيانا اطلاع الطبيب على عورة الرجل أيضا، وهذا لا يجوز. وسلوك هذا الطريق فيه تقليد للغرب في كل ما يأتون ويذرون. وهذا الإنسان الذي لم يرزق ولدا بالطريقة الطبيعية، معنى ذلك أنه لم يرض بقضاء الله وقدره. وإذا كان

<sup>1</sup>-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى ...، ج 21، المرجع السابق، ص.192.

<sup>2</sup>-خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، ط01، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1999، ص.449.

الرسول ﷺ يحض المسلمين أن يسلكوا الطرق المشروعة في تحصيل الرزق وكسب الحلال، فمن باب أولى أن يحضهم على أن يسلكوا السبل المشروعة في سبيل الحصول على الولد<sup>1</sup>.

وقال الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد: "أن من نزع إلى المنع من باب تحريم الوسائل وما تفضي إليه من هتك المحارم، فإنه قد نزع بحجج وافرة...، وكما يحافظ على ماله من الربا وغباره، يحافظ على نسبه وعرضه من آثاره الضارة عليهما بالشكوك والأوهام التي تصرع شرفه وعزته، وأخيرا تخل بتماسك أمته وحفظها وصيانتها. وقد علم من مدارك الشرع أن جملة من المحرمات تحريم وسائل قد تباح في مواطن الاضطرار والضرورة تقدر بقدرها وعليه: فإن المكلف إذا ابتلي بهذه، فعليه أن يسأل من يثق بدينه وعلمه"<sup>2</sup>.

ويرى الإمام "عبد الحلیم محمود": أن تلقيح الأطفال في الأنابيب، لا يجوز ولا تدعو إليه مصلحة، وهو اتجاه فاسد، لأنه بهذا الاتجاه تنقطع الروابط الإنسانية التي يقول الله فيها<sup>3</sup>: «يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا...»<sup>4</sup>.

وأفتى الشيخ "صالح الفوزان"، عندما سئل عن رجل به علة، فهل يجوز له الإنجاب بواسطة ما يسمى بأطفال الأنابيب، فأجاب: "لا يجوز استخدام الأنابيب لإنجاب الأطفال، هذه طريقة لا تجوز، إنجاب الأطفال يطلب بالطرق المشروعة، يتزوج ثانية وثالثة ورابعة..."<sup>5</sup>.

وكذلك فتوى الشيخ "محمد بن صالح العثيمين"، حيث قال: "المسألة هذه جد خطيرة، وما الذي يأمن أن يلقي الطبيب نطفة فلان في رحم زوجة شخص آخر، ولهذا نرى سد الباب، ولا نفتي إلا في قضية معينة، بحيث نعرف الرجل والمرأة والطبيب..."<sup>6</sup>.

يمكن القول أن اعتراض هؤلاء الفقهاء على تقنية الإنجاب الاصطناعي لم يكن من باب التضييق فحسب، بل إن الحجج التي أسسوا عليها أقوالهم تدل على بعد النظر، لما يترتب عن ذلك من آثار وخيمة على الفرد والمجتمع معا، لكون أن هذه التقنية مردها إلى الرغبة الإنسانية المعروفة بدوام التوسع وحب الاطلاع، وكذا

<sup>1</sup>- محمد ناصر الدين الألباني، المسائل العلمية والفتاوى الشرعية في المدينة والإمارات، جمعها عمرو عبد المنعم سليم، ط01، دار الكتب المصرية، 2006، ص. 264 إلى 267.

<sup>2</sup>- بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، مج01، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص. 275-276.

<sup>3</sup>- فتاوى عبد الحلیم محمود، ج02، ط05، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص. 245.

<sup>4</sup>- سورة الحجرات، جزء من الآية 13.

<sup>5</sup>- موقع الإنترنت: [www.tasfiataria.org](http://www.tasfiataria.org)، كلام العلماء في حكم التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، تاريخ الاطلاع، 2021/03/18.

<sup>6</sup>- موقع الإنترنت نفسه.

صعوبة ضمان النزاهة والتقيّد بالضوابط الشرعية في ظل التدني المستمر للوازع الديني، بالنسبة للراغبين في الإنجاب أو عند القائمين بتلك العملية، خاصة إذا علمنا أن هذا النوع من الإنجاب يمس بمقصد حفظ النسل، إذ يكون محفوفًا باحتمال اختلاط الخلايا التناسلية عند استعمال الأنابيب والوسائل المعدة خصيصًا لذلك، لاسيما أنه من عقود المعاوضة، ما يدفع المختصين المشرفين على التلقيح إلى الرفع من نسب النجاح من خلال الاحتفاظ بالخلايا التناسلية السليمة لأي شخص واستعمالها عند الطلب، لكسب ثقة قاصديهم، على أساس الاعتبارات المادية المحضة، لا مكان معها للشرعية والإنسانية.

### ب- الرأي المؤيد للإنجاب الاصطناعي

وفق أصحاب هذا الرأي، فإن الإنجاب الاصطناعي يكون جائزًا في حدود معلومة، تكمن في اشتراط أن يكون المني والبويضة ترجع إلى الزوجين، مع وجود الضرورة الشرعية المقدرة حسب كل حالة، دون الإخلال باحتياطات ضمان عدم اختلاط الحيامن والبويضات الملقحة في الأنابيب، خاصة في ظل الاحتفاظ المعلوم بالأجنة الفائضة عن العدد المطلوب للزرع في كل مرة<sup>1</sup>.

وقد قال بهذا الرأي مجموعة من الفقهاء، من بينهم "مُجد شلتوت" و"عطية صقر"، وكذا المجامع الفقهية الإسلامية، ودار الإفتاء المصرية<sup>2</sup>، وبرروا موقفهم بما يلي:

- الإنجاب الاصطناعي لا يختلف عن الإنجاب الطبيعي من حيث المقصد، إذ كل منهما يقصد به حصول النسل في نطاق العلاقة الزوجية، إذ يعد من وسائل التداوي ما يجعله مباحًا.

- يكون الإنجاب الاصطناعي محرماً بوجود طرف ثالث في العملية، المتمثل في الخلايا التناسلية لغير الزوجين أو رحم امرأة أجنبية، ولا يقصد به الطبيب<sup>3</sup>.

- أما الخشية من اختلاط الأنساب فهناك جملة من الضوابط والشروط الواجب توافرها ويطلب مراعاتها بحرص شديد.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي أحمد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013، ع15، ص.15.

<sup>2</sup> - الفتاوى الإسلامية لمجموعة من أعلام المفتين، مج9، المرجع السابق، ص.3220 و3227.

- فتوى أحمد هريدي، بتاريخ 12/08/1969؛ الفتاوى الإسلامية...، المرجع نفسه، ص.7766.

<sup>3</sup> - لبني مُجد جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.33.

-وأما المادة التي قالوا بأنها مجهولة، فمحتواها معروف ومتداول في الأسواق وهو ما ينفي وجود شبهة في مصدرها<sup>1</sup>.

قال "مُجد شلتوت" عند سؤاله عن حكم الشريعة في لتلقيح، فأجاب: "ومن هنا نستطيع أن نقرر - حكم الشريعة في التلقيح الاصطناعي الإنساني- أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته، كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا يكون في تلك الحالة سبيلاً للحصول على ولد شرعي، يذكر به والداه، وبه تمتد حياتهما، وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما"<sup>2</sup>.

وأجاب "عطية صقر" لما سئل عن حكم التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، فقال: "لقد تطور العلم وحقق للزوج والزوجة ما يشبعان به عاطفة الأبوة والأمومة، وذلك بوسائل متعددة، منها ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي، والناس حياله ما بين مؤيد ومستنكر، وخلاصة القول فيه من وجهة النظر الإسلامية، أن بويضة الزوجة لو لقحت بنطفة زوجها بصرف النظر عن كون هذا التلقيح حصل مبدئياً في رحم الزوجة واستمر النمو حتى الوضع، أو حصل أولاً في أنبوبة ثم أعيدت البويضة إلى الزوجة ليتم نموها إلى حيث قدر لها، فلا مانع من ذلك شرعاً، لأن التلقيح حصل بين الزوجين، وتدخل الطبيب بتهيئة الأسباب للإخصاب ليس فيه تعارض مع قدرة الله الخالق لكل شيء..."<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للقرارات الجماعية، بشأن حكم الإنجاب الاصطناعي، فقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، بجواز اللجوء إلى هذا النوع من الاستيلاد في القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة، بحيث عدد سبعة أساليب يحتمل إتباعها في هذه العملية، أسلوبين في التلقيح الداخلي، وخمسة أساليب في التلقيح الخارجي، حيث جاء في نص القرار ما يلي<sup>4</sup>: "...ثانياً في حكم التلقيح الاصطناعي:

1- إن حاجة المرأة المتزوجة، التي لا تحمل، وحجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضاً مشروعاً، يبيح معالجتها بالطريقة المباحة، من طرق التلقيح الاصطناعي.

<sup>1</sup>-لبنى مُجد جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.34.

<sup>2</sup>-محمود شلتوت، المرجع السابق، ص.281.

<sup>3</sup>-عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، ط03، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص.224.

<sup>4</sup>-القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة، المرجع السابق، ص.152.

2- إن الأسلوب الأول(الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية، من رجل متزوج، ثم تحقن في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً، بالشروط الآنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل.

3- 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 إل في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوفر الشروط العامة الآنفة الذكر.

4- إن الأسلوب السابع(الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين، وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار، تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررها المنزوعة الرحم) يظهر لمجلس المجمع، أنه جائز عند الحاجة، والشروط العامة المذكورة.

5- وفي حالات الجواز الثلاث يقرر المجمع: أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث، والحقوق الأخرى، ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل أو المرأة، يثبت الإرث وغيره من الأحكام، بين الولد ومن التحق نسبه به.

أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضررها(في الأسلوب السابع المذكور)، فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود، لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسبه الرضيع من مرضعته، في نصاب الرضاع الذي يجرم به ما يجرم من النسب.

6- أما الأساليب الأربعة الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقتين 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 مجمع المجلس ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر، من اختلاط النطف واللقائح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع في هذه القضية ذات الحساسية الدينية القوية، من قضايا الساعة ويرجوا من الله أن يكون صواباً. والله سبحانه أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق".

غير أن مجمع المجلس بعد دراسته للأسلوب السابع ومناقشته من جديد أثناء دورته الثامنة<sup>1</sup>، قرر سحب ما أجازه في هذا الجانب، وذلك خشية أن تحمل الزوجة التي زرعت فيها لقيحة الزوجة الثانية (ضرتها) قبل انسداد رحمها، وبعد معاشرتها زوجها لها، فيختلط الأمر، ولا يمكن معرفة نسب الولد من جهة الأم، أو أن تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشرة<sup>2</sup>، وعليه فالقول هو حرمة هذه الصورة من التلقيح، وإن كان نسب الولد ثابت بلا شك من جانب الأب<sup>3</sup>.

وجاء في القرار رقم: (5) الصادر عن مجلس الإفتاء الأردني، حول حكم الشريعة في التلقيح الصناعي بتاريخ: 1404 / 10 / 25 هـ الموافق: 1984 / 07 / 24 م، ما نصه: "...والتلقيح الصناعي لا يخلو من أن يكون بماء الزوج أو أن يكون بماء غير ماء الزوج، فإذا كان التلقيح بماء الزوج ولقحت به زوجته فإنه مباح للضرورة إذا اقتضت ظروف الزوجية اللجوء إليه بشروط وقواعد تضمن سلامة الأنساب، إذ يجب الاحتياط الشديد في حفظ هذه البويضة، ومن يقوم بهذه العمليات حتى لا تختلط بغيرها من البويضات الملقحة لأن التهاون في حفظها، والخطأ فيها يؤدي إلى آثار في غاية الخطورة على الإنسان والأرحام والأعراض. ويجب أن تكون هناك رقابة شديدة أيضاً على من يقوم بها. ويجب كذلك، أن تتم هذه العمليات على أيدي أطباء ثقات عدول. وفي هذه الحالة لا يتنافى هذا الأمر مع مقاصد الشريعة ولا مع أحكامها، وهو من الأمور المباحة على هذا الوجه"<sup>4</sup>.

وهو ما ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية بالقول: "...أن تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره من إنسان أو مطلق حيوان جائز شرعاً، فإذا نتب ثبت النسب، فغن كان من رجل آخر غير زوجها، فهو محرم شرعاً، ويكون في معنى الزنا ونتائجه"<sup>5</sup>.

يمكن القول كخلاصة لما فصلناه بأن عملية الإنجاب الاصطناعي يمكن اللجوء إليها، متى توافرت شروطها وضوابطها التي أقرها القائلون بإباحتها شرعاً، كوجود العلاقة الزوجية الشرعية، وحالة الضرورة، والتأكد

<sup>1</sup> -القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته الثامنة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، ط2، 1977-2004، ص.161 وما بعدها.

<sup>2</sup> -عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص.121؛ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.204-205.

<sup>3</sup> -هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج27، 2011، ع03، ص293.

<sup>4</sup> -موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo)، القرار رقم: (5) الصادر عن مجلس الإفتاء الأردني، حول حكم الشريعة في التلقيح الصناعي بتاريخ: 1404 / 10 / 25 هـ الموافق: 1984 / 7 / 24 م، تاريخ الاطلاع، 2021/03/18.

<sup>5</sup> -الفتاوى الإسلامية ...، مج9، المرجع السابق، ص.3213.

من عدم إمكانية اختلاط اللقيحات بحيوانات منوية ليست للزوجين، مع ضمان عدم وقوع آثار سلبية على المولود والحامل معاً<sup>1</sup>.

### ج- القيود الشرعية للإنجاب الاصطناعي

لكي تبقى عملية الإنجاب الاصطناعي مباحة، هناك جملة من القيود الشرعية، يجب احترامها وعدم تجاوزها، نوجزها فيما يلي:

I- التحرز من اطلاع الشخص الأجنبي على عورة المعالج، لذلك كان من الأجدر أن يتم التلقيح بحضور الزوج<sup>2</sup>، وكشف العورة يعتبر في الأصل محرماً عند فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>. كما اهتم بها كذلك الفقهاء المعاصرين، وحاولوا ضبطها مع المستجدات الطبية، فقالوا بجواز مداواة الرجل للمرأة وللمرأة أن تداوي الرجل، وذلك عند الضرورة والحاجة.

II- أن تكون الخلايا التناسلية والرحم المستقبل للقيحة تعود للزوجين، إذ بوجود طرف أجنبي لأي منها، يترتب عليه الحكم بالحرمة.

II- وجود ضرورة تبرر لجوء الزوجين إلى الإنجاب الاصطناعي، فالقائلون بالإباحة اعتبروا بأن الحاجة إلى الولد يمكن تنزيلها منزلة الضرورة، ما لم تكن طريقة التلقيح تنطوي على محظورات أخرى، سواء كان ذلك برغبة من الزوج أو الزوجة<sup>4</sup>. وهو ما ذهب إليه مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الثامنة لعام 1405هـ في قراره الثاني، مع أن الرافضين لهذه التقنية، يرون بأن عمل الإنجاب بهذه الطريقة، لا يمكن اعتباره ضرورة تخول لصاحبها شرعية الانكشاف والتعري<sup>5</sup>، ويكون تركه أولى من فعله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-مُجَّد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص.37.

<sup>2</sup>-شامي أحمد، المرجع السابق، ص.111.

<sup>3</sup>-زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج3، ص.213-215، فتوى مُجَّد بن إبراهيم آل الشيخ رقم 2700 بتاريخ 21 رمضان 1385هـ؛ أبو مُجَّد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج2، ص.559-560؛ خالد بن عبد الرحمن الجريسي، المرجع السابق، ص.1134؛ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مج03، المرجع السابق، ص.2035؛ مُجَّد علي البار، مداواة الرجل للمرأة ومداواة الكافر للمسلم، المرجع السابق، ص.07 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص.128 و 136؛ عبد الفتاح محمود إدريس، المرجع السابق، ص18 وما بعدها.

<sup>4</sup>-زيدان أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.51-52.

<sup>5</sup>-بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج01، ص.275.

<sup>6</sup>-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، المرجع السابق، ص.192.

IV- توفر الأمانة في الجهة المشرفة على عملية الإنجاب الاصطناعي، مع تحلي الطبيب بالفقه والعلم الشرعي لتمييز الحلال من الحرام<sup>1</sup>، فإذا اتصف الطبيب الموكل إليه عملية التلقيح بهذه الصفات، تحقق الاطمئنان من عدم اختلاط الأنساب، عند نقل المني والبويضات، وعدم إدخال مني أجنبي عن العلاقة الزوجية. وهناك من طالب بضرورة إسناد هذه التقنية إلى هيئة طبية موثوقة علمياً وشرعياً ذات طابع حكومي، تجنباً لظاهرة التنافس على الربح والاستثمار في أجساد المرضى، كما تقوم بتجميد البويضات وفقاً لقانون يتضمن نصوصاً رادعة لمن تسول له نفسه التلاعب بالحيوانات المنوية والبويضات<sup>2</sup>.

وكتجريح لما سردناه من أقوال حول مدى مشروعية عملية الإنجاب الاصطناعي، نجد أن القائلين بعدم الجواز، غير متساهلين مع التعامل في الخلايا التناسلية، كونها هي أصل التكوين البشري. كما أن مثل هذه العملية، تمس بخريطة الأنساب، ومن الصعب إيجاد محيط يضمن سلامة المساس بها، لاسيما في ظل انتشار النزعة المادية، لدى غالبية المختصين في هذا المجال.

وفي الجانب الآخر، بالتمعن في أقوال المحيزين للإنجاب الاصطناعي، نجد أن الإباحة تابعة لاعتبار العقم كغيره من الأمراض الداعية للعلاج، وأنها مقرونة بقيود جد صارمة، مثل قيد توفر الضرورة القصوى، إذ يستحيل إطلاق حكم الجواز بصفة عامة، ما لم يتم النظر إلى ملابسات وظروف الراغبين والهيئة المراد تقديم الطلب إليها حسب كل حالة، وهذا ما نلمسه في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، الذي أقر بمشروعية هذه التقنية، لكنه في الأخير قدم نصيحة للحريصين على دينهم، أن لا يلجؤوا إلى ممارسته، إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمتهنى الاحتياط والحذر، من اختلاط النطف والقائح.

والمتيقن عندنا، من حيث جواز الإنجاب الاصطناعي أو عدمه، القول بالنظر في كل حالة على حدة، فالحكم بمشروعيته، يكون بعد معرفة أطراف تلك العملية، الرجل والمرأة والطبيب، فإذا وقع الجهل بأحدهم انتفت إباحة هذا العمل. كما نضيف إليه شرطاً آخر، يكمن في عدم اتصاف أحد الزوجين بالشك وسوء الظن، الذي من شأنه أن يحدث طعناً في نسب المولود عند وجوده بهذه التقنية. ورأينا هذا يتماشى مع القائلين

<sup>1</sup>-لبنى جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.96.

<sup>2</sup>-مُجَّد خالد منصور، المرجع السابق، ص.99.

بإعمال قاعدة "درء المفسد مقدم على تحقيق المصالح"<sup>1</sup>، مع إمكان الاستعانة في التحقيق بالبصمة الوراثية لإزالة أي شك في الحيامن المراد استعمالها<sup>2</sup>.

كانت تلك هي أحكام عملية الإنجاب الاصطناعي والقيود الشرعية التي أوجبها فقهاء الشريعة الإسلامية عند اللجوء إليها، والتي أجملناها في هذا الفرع، وستتناول موقف القانون الجزائري لهذه التقنية العلمية في البند الآتي.

### ثانيا: موقف القانون الجزائري من الإنجاب الاصطناعي

مادام أن الإنجاب الاصطناعي قد نال الحظ الوافر من آراء وفتاوى رجال الفقه الإسلامي، كونه من الاكتشافات الطبية الحديثة، وبالرغم من التأخر الملحوظ على المشرع الجزائري في رسم الإطار القانوني لهذه العملية، إلا أنه حاول وضع مدونة خاصة بها تبرز حدودها، ومعالمها، وتزيج كل لبس من شأنه خلق إشكالات قانونية وقضائية، وإن كان المشرع لم ينم عن رسم حدود هذه التقنية عندما أقرها، بل أحدث شروطا للراغبين في الإنجاب بواسطتها بالمادة 45 مكرر ق.أ<sup>3</sup>، وحتى من حيث ترتيبه لهذه المادة، حيث وضعها مع المواد المتعلقة بالنسب، وكان أجدرا به ترتيبها مباشرة بعد المادة 41 ليطمئنها ويفسرها، إذ المادة 41 هي القاعدة والمادة 45 مكرر هي الاستثناء<sup>4</sup>، ولكن موقفه ذلك سيتضح أكثر من خلال ما كرسه ضمن نصوص قانون الأسرة (أ)، ثم ضمن قانون الصحة (ب).

### أ- نزع المشرع وفق نصوص قانون الأسرة

بالرجوع إلى قانون الأسرة المنظم بموجب القانون رقم 84-11، نجد أن المشرع لم يتعرض لعملية الإنجاب الاصطناعي، لكونها لم تكن معروفة في أوساط المجتمع الجزائري، بسبب الذهنية السائدة والعادات والتقاليد المحافظة، أو ارتفاع نسبة الخصوبة أو قلة المختصين في هذه التقنية، لذلك كان الإنجاب الطبيعي هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب، عن طريق الزواج الشرعي المنصوص عليه في المادة 04 من نفس القانون. لكن بالرغم من وجود النقص القانوني، إلا أنه لا يمكن القول بعدم مشروعية هذه العملية بصفة مطلقة، مادام أنها جائزة لدى

<sup>1</sup>-فتوى رقم 136 بتاريخ 2000/11/08، أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم التلقيح الاصطناعي، موقع الإنترنت [www.ferkous.com](http://www.ferkous.com)، المرجع السابق، تاريخ الإطلاع 2021/03/18.

<sup>2</sup>-سحارة السعيد، المرجع السابق، ص.130.

<sup>3</sup>- تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.89.

<sup>4</sup>-تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.90.

بعض فقهاء الشريعة الإسلامية والمجامع الفقهية التي أقرت بها، وبوجود نص المادة 222 من ق.أ.<sup>1</sup>، التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية.

وكون أن النسب من أهم المسائل المرتبطة بالزواج، فإن المشرع قد عالجها في المادتين 40 و 41 من ق.أ، مادامت قد توافرت شروطه القانونية، المتمثلة في وجود الزواج الشرعي، وإمكانية الاتصال بين الزوجين، وعدم نفيه من طرف الأب بالطريقة المشروعة. غير أن نسب الولد الناتج عن الإنجاب الاصطناعي عند البعض<sup>2</sup>، بات بالإمكان إثباته، متى تقرر أن الزوجة قد حملت من مني الزوج بغض النظر عن الطريقة التي أدت إلى ذلك. في حين كان يرى البعض الآخر<sup>3</sup>، بأن المشرع لا يعترف بثبوت النسب إلا بالولد الناتج عن اتصال جنسي بين الزوجين.

وفي سنة 2005، تدارك المشرع ذلك النقص التشريعي، إثر تعديله لقانون الأسرة، بمقتضى الأمر رقم 02-05، لكنه لم يخصص سوى مادة واحدة فقط، بالرغم من أهمية الموضوع، وما يترتب عليه من مسائل، وهي المادة 45 مكرر التي نصت على ما يلي: « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

-أن يكون الزواج شرعياً.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة » .

وبتفحصنا لهذا النص، نلاحظ أن المشرع لم يقدم تعريفاً للتلقيح الاصطناعي ولم يذكر صورته، بل أكد على ضرورة مراعاة الشروط التي أوردها، والغاية من ذلك هو تجنب المخاطر والمحاذير التي قد تنجم عن استعمال هذه التقنية، لاسيما في مجال النسب، وما يمكن التساؤل عنه هو من يحق له اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي؟

فالعبرة التي وردت في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي " جاءت بصيغة الخطاب العام، كونها لم تحدد من الزوجين الذين يحق لهما الاستعانة بعملية التلقيح الاصطناعي؟

<sup>1</sup>-تنص المادة 222 ق.أ على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

<sup>2</sup>-مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، ع24/09/2016، السنة الثامنة، جامعة الجلفة، ص.65.

<sup>3</sup>-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.97.

هل كل زوجين؟ أم أن الأمر يقتصر فقط على الأزواج الذين تأكد لديهم عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب مرض في الزوج أو الزوجة؟<sup>1</sup>، وبالتالي عملاً بما أوجبه فقهاء الشريعة الإسلامية عند اشتراطهم للحاجة الملحة في الحصول على الولد. وعليه فتلك الشروط التي عددها المشرع هي مستقاة من قرار المجمع الفقهي الإسلامي بخصوص حكم التلقيح الاصطناعي.

من جهة أخرى، فإن المشرع لم يعط تلك التقنية الحماية القانونية اللازمة، بالرغم من ما قد ينجم عنها من مشاكل على الفرد والمجتمع على حد سواء، مثل عدم اشتراطه لشكل معين يفرغ فيه رضا الزوجين الراغبين في الإنجاب، وكذا الشروط الواجب توافرها في الهيئة المشرفة على تلك العملية، بل ما هو أهم من ذلك، العقوبات الردعية المترتبة، كجزاء على تخلف أحد الشروط المذكورة في المادة 45 مكرر ق.أ. كل ذلك سنفصل فيه عند الحديث عن شروط الاستفادة من عملية الإنجاب الاصطناعي لاحقاً.

### ب- نهج المشرع وفق قانون الصحة

بالرغم من أن قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 قد مسته عدة تعديلات<sup>2</sup>، إن أن المشرع لم يتطرق إلى عملية الإنجاب الاصطناعي. غير أنه تخلته بعض النصوص حول بعض الأعمال الطبية ذات الصلة بالإنجاب، كعمليات انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها وهذا بموجب المادة 161 من نفس القانون. بالإضافة إلى العديد من الأحكام في بعض النصوص الأخرى، كتلك المتعلقة بوجوب توفر رضا المريض في العمل الطبي، وأيضاً تلك النصوص المتعلقة بمسؤولية الطبيب عند بالتزام ضمان سلامة المريض، حسب المادة 239 من ذات القانون، والمادة 168 من القانون رقم 90-17 التي تنص على وجوب احترام الأصول العلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسة الطبية، وأوجبت الفقرة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب التزاماً على الطبيب وجراح الأسنان يتضمن ضرورة احترام حياة الفرد وشخصه البشري، إلى غير ذلك من الالتزامات والواجبات المفروضة على الأطباء في نصوص قوانين الصحة.

<sup>1</sup>-بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.194.

<sup>2</sup>-القانون رقم 88-15 المؤرخ في 16 رمضان 1408 الموافق 1988/05/03، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 04/05/1988، ع18، ص.751؛ القانون رقم 90-17 المرجع السابق، ص.1123؛ القانون رقم 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 2006/07/15، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 19/07/2006، ع47، ص.15؛ القانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق 2008/07/20، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 03/08/2008، ع44، ص.03.

في سنة 2018 برز تغير نوعي للمشروع في هذا الجانب، بعد إصداره للقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، حيث أعطى اهتماما خاصا لمجال البيو-أخلاقيات في الفصل الرابع من نفس القانون، إذ عنون القسم الثالث منه بأحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، من خلال المواد 370 إلى 376، رسم حدودها ومعالمها، لتفادي خلق إشكالات قانونية وقضائية. وذلك من حيث حصر الأشخاص الذين بإمكانهم الاستفادة من هذه المساعدة، وكذا خصوصية الحماية القانونية المكرسة في هذا الشأن، ذلك هو الذي سنعالجه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### الحماية القانونية للإنجاب الاصطناعي

يتضمن هذا المطلب سردا للشروط القانونية التي تضمنتها المادة 45 مكرر ق.أ، المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، وكذا ما استحدثته من شروط بالمواد 370 إلى 376 من قانون الصحة، حيث سنحاول إبراز مدى فاعلية تلك الشروط وأثرها القانوني، سواء ما تعلق بالشروط الخاصة بالعلاقة الزوجية، أو تلك المتعلقة بالجانب الإجرائي، الشيء الذي يمكننا من القول بوجود خصوصية للحماية القانونية المكرسة في هذا الشأن. كل ذلك ضمن الفروع الثلاثة التالية: الضوابط القانونية الخاصة بالعلاقة الزوجية (الفرع الأول)، الضوابط القانونية الإجرائية (الفرع الثاني)، حدود المسؤولية المترتبة عن المساعدة الطبية على الإنجاب (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### الضوابط القانونية الخاصة بالعلاقة الزوجية

إذا كان الإنجاب بواسطة المساعدة الطبية في مفهومها المستحدث، كأصل عام، رغبة معترفا بها قانونا وشرعا، إلا أنه كان محتما وضع قيود على تلك الرغبة بالنظر إلى ما تتضمنه من مخاطر، والمشروع بدوره أكد على ذلك بمصطلح -حصريا-، فحصر هذه النمط من المساعدة على المتزوجين فقط، ولم يكتف عند ذلك الحد، بل اشترط قيودا تتعلق بحالة الزوجين الراغبين في الإنجاب، ذلك ما سنفصله في ما يلي:

#### أولا: طبيعة عقد الزواج

فالمشروع قصر تلك المساعدة على أن يكون طرفا عقد الزواج متميزين في الجنس البيولوجي، أي رجل وامرأة (أ)، مرتبطين قانونا (ب)، وأن يكونا موافقين على إجراء تلك العملية (ج).

## أ- تمايز الجنس البيولوجي للزوجين

مثلما هو واقع أن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بأي علاقة بين رجل وامرأة، إلا إذا كانت تقوم على عقد زواج شرعي، فهو يستمد روحه من أحكام الشريعة الإسلامية. وعليه، فلا يمكن لغير الأزواج تقديم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب. كما أنه يتطلب الأمر تمايز الجنس البيولوجي للزوجين، أي رجل وامرأة، حسب نص المادة 371 من قانون الصحة، على عكس ما هو عليه الأمر في المجتمعات الغربية، التي جرفت الإباحية والمفهوم الموسع للحرية، نتج عنه تشجيعا للزواج الحر<sup>1</sup>.

بمعنى أن الأسرة في نظر المشرع والقضاء الجزائريين<sup>2</sup>، لا تتأسس إلا بين رجل وامرأة، فهو لا يعتد بالزواج المثلي<sup>3</sup>، فقد تثور المطالبة بهذا النوع من الإنجاب لدى النساء اللاتي تعانين من حالة السحاق، أو لدى المتغيرين جنسيا. مع عدم تمكين المرأة غير المتزوجة كذلك من الاستفادة من وسيلة المساعدة على الإنجاب، بحجة حقها في الإنجاب دون زواج شرعي<sup>4</sup>.

## ب- الرسمية لعقد الزواج

أردف المشرع الصفة القانونية للعلاقة التي تربط بين الرجل والمرأة الراغبين في الإنجاب بطريق المساعدة الطبية، فاشتطت المادة 371 من قانون الصحة العقد الرسمي أو ما يسمى بالعقد المدني. وفي هذا استبعادا للزوجين المرتبطان بعقد عرفي، فلا يسمح لهما القانون باللجوء إلى هذه الوسيلة، لكون أن المراكز المخصصة لهذا الغرض، لا يمكنها قبول طلبهما لانعدام وثيقة عقد الزواج، مما يجعلهما ملزمين بتثبيت زواجهما أمام القضاء تطبيقا للفقرة الأولى من نص المادة 22 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"<sup>5</sup>.

ويمكن تثبيت العقد العرفي ولو انعدمت الرخصة الإدارية بالزواج الممنوحة من بعض الجهات الوصية، لموظفيها وأسلاكها، فهي لا تعد عنصرا أساسيا ولا تعد ركنا من الأركان المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة، وهو أمر منطقي، حيث قضت المحكمة العليا، أن الإدعاء ببطالان العقد لمخالفة أحكام المادة

<sup>1</sup>-الصالح بوغرة، أثر الاكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.276.

<sup>2</sup>-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص.269.

<sup>3</sup>-مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية-دراسة موضوعية لآثار وسلبيات الزواج المثلي-، طبعة 01، مؤسسة البلاغ، بيروت، 2010، ص.12-13.

<sup>4</sup>-مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، عدد 04، ص.84.

<sup>5</sup>-تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.91.

21 من قانون الأسرة، بسبب غياب تلك الرخصة، هو إدعاء غير وجيه يتعين معه رفض الطعن<sup>1</sup>. غير أن هذا يمكن عده إجباراً للزوجين على تحرير عقدهما، وبالتالي التدخل في سلطان إرادتهما، وهذا مخالف للمبدأ الذي قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>2</sup>. من جهة أخرى، كيف يمكن للزواج العرفي أن يحدث آثاره، بالنسبة لإثبات جريمة الزنا، حسب ما قضى به الاجتهاد القضائي<sup>3</sup>، في حين أنه لا يمكن الاعتداد به عند تقديم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب؟. وهو الأمر الذي نرى فيه إنقاصاً من القيمة القانونية للزواج العرفي، فمادام بمقتضاه يمكن إثبات العلاقة الزوجية اللازمة لتكليف الفعل على أنه جريمة زنا، فمن باب أولى قبوله عند طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، مع الأخذ بكافة الوسائل القانونية لإثباته، كذلك، فلو فرضنا أن عملية المساعدة الطبية على الإنجاب ستكفل بالنجاح، فالزوجين يكونان ملزمين بتثبيت زواجهما حفاظاً على مصلحة الطفل، وهو الأمر نفسه حالة ازدياده بطريقة طبيعية، فيكون المشرع قد أوجد طريقاً آخر لتضييق دائرة الزواج العرفي.

ولكي يكون الزواج شرعياً وقانونياً، لا بد من استيفاء العقد لكافة الشروط المنصوص عليها قانوناً، وتوافر الأركان المقررة شرعاً وذلك للحيلولة دون الحكم بطلانه<sup>4</sup>، فإذا تقرر بطلانه، انعدم السند القانوني لإجراء المساعدة الطبية. هذا ما نستنتجه بالتنسيق بين نصي المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة، فيكون المشرع أقر الصورة الكاملة في عقد الزواج من الناحية الشرعية والقانونية، لأن في وجود علاقة الزوجية تتحقق ضمانات قوية لتمكين الطفل من العيش في حياة يسودها الاستقرار والاستمرار، مليئة بالتوجيه والرعاية<sup>5</sup>.

ومما لا شك فيه أن عدم قيام العلاقة الزوجية، أو انتهائها بوقوع الطلاق، أو جميع أنواع التفريق، يقطع الحل في الاستمتاع بين الزوجين، وهو المعمول به وفق نص المادة 47 ق.أ، ينتج عن ذلك عدم جواز المساعدة الطبية على الإنجاب. ويثور إشكال إثبات النسب من جهة الأب، إذ الغالب يكاد يتفق على ثبوته من جهة الأم، أي الزوجة صاحبة البويضة والرحم، لكن يستحسن التمييز بين فرضيات عدة يمكن تصورها هنا<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 357345، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007، ص. 461.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 806309، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2014، ص. 297.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، قرار بتاريخ 2005/06/01، ملف رقم 297745، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص. 577؛

المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، قرار بتاريخ 2011/07/28، ملف رقم 538865، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2012، ص. 325.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989 عدد 04، ص. 79.

<sup>5</sup> - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص. 38.

<sup>6</sup> - حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية -، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة 2، 2010، ع 02، ص. 135؛ سحارة السعيد، المرجع السابق، ص. 339.

- اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أثناء العدة من طلاق رجعي، بعلم ورضا الزوجين، فلا إشكال يقع، واعتبار ذلك رجوعاً ضمناً عن الطلاق، فيثبت النسب إذا تم التلقيح بماء الزوجين وفي حدود الضوابط الشرعية والقانونية.

- لو كان الطلاق رجعياً، ولم يكن للزوج نية إعادة زوجته، ولجأت الزوجة إلى التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بنطفة زوجها المحتفظ بها، دون علم زوجها ولا رضاه، فهنا لا يمكن إثبات النسب البتة من الزوج المطلق. - إذا كان الطلاق بائناً، فالتلقيح الواقع بعده لا يعتد به ولا يثبت النسب بمقتضاه ولو تم ذلك بعلم ورضا المطلقين، لانتهاء العلاقة الزوجية لحظة الإخصاب.

### ج- الموافقة على النقل أو التخصيب الاصطناعي

فالأصل قانوناً أن كل عمل طبي ينطوي على خطر جدي يخضع لموافقة المريض حسب نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup>، ما يجعل هذا القيد ليس بالجديد، كما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، غير أن المشرع أكدته ضمن نص المادة 371 من قانون الصحة، لما له من الأهمية البالغة. كما أنه لا يقتصر على المساس بجسد الزوج المصاب بالعقم، بل يمتد إلى جسد الزوج الآخر ويستهدف مصلحة كل منهما، استلزم القول بوجود توافق موافقة الزوجين معاً.

والموافقة المطلوبة لا يكفي توافرها للاستفادة من المساعدة الطبية فحسب، بل لابد من تأكد صحتها، إذ يجب أن يتمتع كلا الزوجين بقواهما العقلية ولم يحجر عليهما بسبب عوارض الأهلية المشار إليها في المادتين 42 و 43 من القانون المدني.

وما تجدر الإشارة إليه، أن الموافقة على النقل أو التخصيب الاصطناعي في بعض الحالات تكون باطلة بقوة القانون، فوفقاً لنص المادة 374 من قانون الصحة، فإنه يمنع التبرع أو البيع للحيوانات المنوية أو البويضات أو الأجنة الزائدة، لأم بديلة أو حتى للزوجة الضرة أو لأي امرأة أخرى ولو كانت من الأقربين، كالأم أو الأخت أو البنت، وفي هذا تأكيد لشرط أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، حسب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

وعلى كل حال فهذا الشرط قد يرى بأنه بديهياً، لأن الأبوة والأمومة أمر اختياري وليس جبرياً، وكذلك من مصلحة الطفل توافر مثل هذا الشرط، حتى لا يتعرض لدعوى إنكار النسب إذا ما ولد بغير موافقة الزوجين، إلى جانب أن التلقيح الاصطناعي لا يشذ عن قاعدة توافر الرضا في التدخلات الطبية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن القانون يمنع كل إجبار أو إكراه يقع بغرض تنفيذ الواجبات غير المالية، والإنجاب واحد

<sup>1</sup>- أنظر؛ المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

منها، سواء كان بالتلقيح الطبيعي أو الاصطناعي، لكون هذا الأخير لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة لمحو آثار العقم والحد منها<sup>1</sup>.

لكن نتساءل، لماذا حصر المشرع الموافقة على عمليتي النقل والتخصيب الاصطناعي دون باقي الممارسات المشار إليها في المادة 370 من قانون الصحة؟ ويمكن تفسير قصده حسب ما نراه، أن تلك العمليات تابعة لعمليتي النقل والتخصيب الاصطناعي، كونهما من الأعمال الطبية الأكثر تعقيدا واتساعا حسب أهل الاختصاص.

إضافة إلى تلك الشروط المرتبطة بعقد الزواج، توجد شروط أخرى تمس بحالة الزوجين الراغبين في الحصول على هذه المساعدة، هي التي سنذكرها في الفقرة الموالية.

### ثانيا: الحالة التي يكون عليها الزوجان

بالرغم من أن المشرع قصر أحقية طلب المساعدة الطبية على الإنجاب على فئة المتزوجين، إلا أنه ضيق من نطاق تلك الفئة، من خلال اشتراط أوصاف يجب توافرها في الزوجين، والمتمثلة في قيد الحياة وسن الإنجاب ووجود العقم المؤكد طبييا.

### أ- شرط حياة الزوجين

تم النص على هذا القيد بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بصفة صريحة بعبارة -أثناء حياتهما-، ليردنها بعبارة -على قيد الحياة- ضمن نص المادة 371 من قانون الصحة، مما يفهم أن المشرع يعتد بالرابطة الزوجية القائمة فعلا وحقيقة وليس حكما، وأن زمن إجراء العملية من القيود الأساسية لمشروعيتها بين الزوجين<sup>2</sup>، وحتى فترة العدة بعد الوفاة لا تعتبر امتدادا للعلاقة الزوجية، لأن هذه الأخيرة انتهت لحظة الوفاة وانعدم شرط الحياة. كما أن ذلك يتناسب وأحكام النسب والحمل التي نظمتها المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة.

هذا القيد كذلك يصد التحايل الذي قد تعتمد إليه الزوجة المتوفى عنها زوجها عند التركة وفق نص المادة 128 قانون الأسرة، فالمشرع احتاط لهذا الأمر وأكد حمايته لبقية الورثة. والهدف من ذلك كله هو توفير الاستقرار للأسر وتجنب حدوث مشاكل اجتماعية بين الورثة وغيرهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-مُجد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.39؛ محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص.528.

<sup>2</sup>-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.116.

<sup>3</sup>-تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.92؛ زلاني عبد الحميد، المرجع السابق، ص.63.

إن اتجاه المشرع في هذه المسألة يتماشى مع رأي أغلب آراء الفقه الإسلامي المعاصرين القائلين بحرمة الإنجاب بهذا النوع من المساعدة الطبية<sup>1</sup>، على خلاف القائلين بجوازها مع عدم استحسانها<sup>2</sup>. هذا وإننا سنفصل في هذا البند عند التطرق للإنجاب الاصطناعي بعد وفاة الزوج<sup>3</sup>.

### ب- شرط سن الإنجاب

حاول المشرع رسم نطاق زمني تمثل في السن الواجب توافرها في الزوجين، كأساس لطلب المساعدة على الإنجاب، فنص على ضرورة أن يكونا في سن تسمح لهما بالإنجاب. غير أنه لم يوفق في نظرنا إلى حد بعيد في إقراره لمثل هذا الشرط، بهذا يكون شأنه شأن الفقه الذي تناول تعريف العقم باعتماده على هذا المعيار<sup>4</sup>.

إن إضافة عبارة -في سن الإنجاب-، وإن كانت تصلح في جانب الزوجة، فإنها لا تستقيم في جانب الزوج، ما دام أن هذا الأخير معافى في جسده ليس به علة. لأن المتفق عليه أن الرجل يستطيع الإخصاب مهما طال عمره. هذا وإن بعض آراء الفقه الإسلامي لا تجزم بالعقم الدائم المطلق. بل تميل إلى ما يعرف بتأخر الإنجاب<sup>5</sup>.

وبالحديث عن سن الإنجاب، فإن السن الدنيا للموافقة على طلب المساعدة الطبية على الإنجاب في حالة الإذن القضائي بالزواج، هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانوناً، لأن أهلية القاصر في الزواج تمكنه من أن يعبر عن إرادته بشأن هذا النوع من الأعمال الطبية لما تتميز به من خصوصية<sup>6</sup>.

لكن تبقى احتمالية قدرة الرجل والمرأة على إحداث الحمل في أي سن يكونان عليها من الأمور الغيبية التي تعود لقدرة الخالق عز وجل، مصداقاً لقوله تعالى « قَالَتْ يَنْوِلُنِي ۗءَآلِدٌ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا ۗ إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ ﴿٧٦﴾ قَالُوا أُنْعَجِبِينَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ رَحِمْتُ اللَّهُ وَبَرَكَتُهُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ ۗ إِنَّهُ حَمِيدٌ مَجِيدٌ ۗ »<sup>7</sup>.

### ج- شرط العقم المؤكد طبيًا

لقد تعرضت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة إلى النقد من طرف الفقه القانوني<sup>8</sup>، بسبب القصور الذي الذي تضمنته، المتمثل في عدم الإشارة إلى شرط الحاجة الملحة للزوجين في اللجوء إلى عملية التلقيح

<sup>1</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.81.

<sup>2</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.82.

<sup>3</sup>-أنظر، ص.269 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>4</sup>-مُحَمَّدُ خَالِدٌ مَنْصُورٌ، المرجع السابق، ص.70.

<sup>5</sup>-لموفق الدين أبي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ قَدَامَةَ الْمُقَدَّسِي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص.59-60.

<sup>6</sup>-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.57.

<sup>7</sup>-سورة هود، الآيتين 72-73.

<sup>8</sup>-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه، ص.98؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.93.

الاصطناعي. الأمر دفع بالمشرع إلى تدارك ذلك ضمن نص المادة 371 من قانون الصحة، باشتراطه لشرط إثبات طالبي المساعدة الطبية على الإنجاب معاناتهما من عقم طبي مؤكد. ما يترتب عن ذلك عدم السماح للأزواج القادرين على الإنجاب بالطريق الطبيعي إلى الاستعانة بهذه الوسيلة.

هذا الشرط يستلزم تقديم تقرير طبي صادر عن طبيب أخصائي، يثبت عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي. وبعد انقضاء مدة معتبرة من بدء الحياة الزوجية أو بعد إقدام الزوجين على تجريب الوسائل الطبية التقليدية الأخرى<sup>1</sup>. كما ينتج عنه كذلك، منع لجوء بعض الأطباء إلى المتاجرة والربح<sup>2</sup>. وهذا الشرط أكده فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أجازوا عملية التلقيح الاصطناعي، لما فيه من كشف للعورات وعلى أساس أن الضرورات تقدر بقدرها.

وما يؤخذ على المشرع أنه، لم يضع تعريفا محددًا للعقم، فهو بذلك يعطي السلطة التقديرية للأطباء في توجيه الأزواج من عدمه إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، ما يجعلنا نحكم عليه إيجابا، بالنظر إلى تشعب مسببات العقم، أو سلبا بفتح المجال أمام الأطباء لتوسيع دائرة التعامل بمثل هذه التقنية بالتواطؤ مع الجهات المشرفة عليها، بتشخيص كل حالة على حدة والحكم عليها بأنها تشكل عقما.

من زاوية أخرى استحدث المشرع إجراءات شكلية لضمان مشروعية الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي، تتمثل في شكل الطلب المقدم، والهيئة المختصة في ذلك، هو ما سنعالجه في الفرع الآتي.

## الفرع الثاني

### الضوابط القانونية الإجرائية

تتأكد الحماية القانونية المكرسة أيضا، من خلال ما أوجبه المشرع في ما يتعلق بطبيعة طلب المساعدة الطبية على الإنجاب (أولا)، والجهة المشرفة عليها (ثانيا).

#### أولا: شرط ازدواجية طلب المساعدة الطبية على الإنجاب

أخرج المشرع عقد المساعدة الطبية على الإنجاب من نطاق قاعدة الرضائية في العقد الطبي، بحيث أوجب على الزوجين الراغبين في هذه المساعدة إفراغ موافقتهما في قالب مكتوب، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 371 من قانون الصحة. وفي ذلك تداركا لما تضمنته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، التي لم تشترط شكلا معينا للتعبير عن الرضا، بل اكتفت باشتراطه لصحة جواز عملية التلقيح الاصطناعي.

<sup>1</sup>-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.122.

<sup>2</sup>-العراي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، مج2، 2011، ع02، ص.10-11.

تظهر أهمية الكتابة هنا، لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر ومشاكل قانونية من جهة الزوجين، ومن جهة الطبيب القائم بالعملية، إذ أن إفراغ موافقة الزوجين في شكل مكتوب، لمن شأنه التأكيد على وعيهما التام حول ما يقدمان عليه وفيه حماية لهما وللطبيب. كما أنه يسهل من عمل الهياكل المعنية بالمساعدة في جرد إحصائيتها السنوية.

ووسع المشرع نطاق الحماية من خلال إقرار ازدواجية تقديم الطلب، بحيث حدد مدة قانونية تقدر بثلاثين يوما لتأكيد الطلب الأول، يتم حسابها من تاريخ استلامه من طرف الهيكل أو المؤسسة المعنية، وهو إجراء طالب به الفقه القانوني قبل صدور قانون الصحة الجديد<sup>1</sup>. غير أنه ولتوفير حماية أكثر كان من الأجدر التنويه إلى إعادة تحرير الطلب عند كل محاولة للتيقن من أن الزوجين لا يزالان متمسكين بإجراء عملية المساعدة دون خيبة أمل بعد عدة محاولات سابقة<sup>2</sup>.

وما يؤخذ على المشرع، عدم تحديده لشكل الطلب المقدم، هل يكون خطيا؟ أم بموجب نموذج خاص على مستوى الجهة القائمة بالمساعدة؟ وهل يشترط المصادقة عليه من طرف ضابط عمومي أم لا؟ وهل يمكن الأخذ بالطلب الإلكتروني والطلب عن طريق إشعار بالبريد؟ أم أن ذلك يحدد عن طريق التنظيم؟

### ثانيا: شرط اختصاص الهيكل الصحي لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب

استجابة من المشرع لما دعى إليه الفقه القانوني بشأن إسناد مهمة التلقيح الاصطناعي إلى هيئة علمية موثوقة، تقوم باتخاذ ما يلزم لمنع اختلاط النطف والبويضات أو استبدالها<sup>3</sup>، كونه نقصا تشريعا أحدثته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، حيث حددت المادة 372 من قانون الصحة النطاق المكاني لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب، المتمثل في المؤسسات أو المراكز أو المخابر المرخص لها قانونا، بحيث تمارس الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية من طرف ممارسين معتمدين. لكننا نتساءل حول استعمال المشرع لمصطلح -ممارسين- دون مصطلح -أطباء-، فهل يفهم أنه لا يشترط صفة الطبيب في القائم بهذه المساعدة الطبية؟

<sup>1</sup>-قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الإصطناعي، تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2005، عدد 03، ص.211؛ أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015، ص.157.

<sup>2</sup>-خادم هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006-2007، ص.24.

<sup>3</sup>-تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.95.

إن تحديد مثل هذا النطاق، يعد بالغ الأهمية، ذلك أن الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطها، يرتكز بالأساس على درجة حرص الشخص القائم عليها وتعظيمه لمسألة النسب، مع ضرورة اتصافه بالكفاءة العلمية ومستوى أخلاقي وديني يمنعه من التلاعب والعبث بالأنساب أو التفكير في المتاجرة بالنطف البشرية. كما اشترطت المادة 373 من نفس القانون، وجوب تقييد تلك المؤسسات والهيكل بقواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، مع تقيدها بإرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية.

كما اشترطت المادة 373 من نفس القانون، وجوب تقييد تلك المؤسسات والهيكل بقواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، مع تقيدها بإرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية. فإذا توافرت تلك الشروط القانونية في الزوجين، أمكنهما توجيه طلبهما إلى الهيئة المرخص لها، ووفقا للشكل المنصوص عليه قانونا. كل ذلك من شأنه أن يوفر حماية قانونية خاصة، لاسيما إذا علمنا أنه يمكن أن تتقرر مسؤولية طبية مدنية وجزائية، حسب ما أقره المشرع، هو ما سنقف عليه في الفرع الموالي.

### الفرع الثالث

#### حدود المسؤولية المترتبة على الإنجاب الاصطناعي

معلوم أن المساعدة الطبية على الإنجاب هي من عقود المعاوضة، تنطوي على احتمال عدم الوفاء بالتزامات، وغالبا ما يرجح عدم الوفاء في الهيئة الطبية القائمة بها، باعتبارها الطرف القوي في هذه العلاقة التعاقدية، مع التمتع بنوع من الاحترافية، لذلك ينبغي معرفة حدود المسؤولية المدنية الطبية (أولا). وبالدرجة الأولى تحقق المسؤولية الجزائية الطبية بمجرد مخالفة الشروط القانونية الجديدة (ثانيا).

#### أولا: المسؤولية الطبية المدنية

بالرغم من إعطاء خصوصية للمساعدة الطبية على الإنجاب، إلا أن المشرع أبقاها ضمن نطاق الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي<sup>1</sup>، بحيث يكون الزوجين مقدمين على إبرام عقد لا يعلمان مدى تحقيقه لرغبتهما في الإنجاب. وأساس ذلك يرجع إلى طبيعة التزام الطبيب في هذا المجال، المتمثل في التزامه ببذل عناية، من خلال العمل بكل ما في استطاعته لولادة طفل دون النظر إلى حالته الصحية، وإلا تغيرت طبيعة التزام الطبيب إلى تحقيق نتيجة. مما يضيف ذلك وصفا مغايرا لمهمته، من معالجة المصاب بالعقم إلى معالجة الطفل المولود<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2007، ص.14.

<sup>2</sup>-خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.140.

وعليه، فالقائم بهذه المساعدة الطبية، يكون قد وفى بالتزامه من أجل تحقيق الولد أو ولادته سليماً، متى بذل العناية اللازمة في تنفيذه، حسب نص المادة 172 من القانون المدني. غير أنه ونظراً لأهمية الأعمال المباشرة هنا، يقتضي الأمر قياس سلوكه على الشخص المحترف الممارس مثله<sup>1</sup>، لإعطاء حماية واسعة النطاق، وخلق روح التفاني وأخذ الحيطة والحذر، فإذا بذل ما أمكنه انتفت عنه المسؤولية بسبب الخطأ في صورة الفشل الطبي، ما لم يثبت أن ذلك راجع لتقصير ارتكبه<sup>2</sup>.

وهو المبدأ المعتمد قضاءً، حيث ورد في الرد على ما أثير من أوجه في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23، ما نصه: "من المقرر فقها وقضاءً أن الالتزام 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، الواقع على الطبيب، بذل الجهود الصادقة المتفكدة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيًا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب"<sup>3</sup>.

كما أن مسؤولية القائم بالتلقيح الاصطناعي قد تتأسس على صور عدة للخطأ الطبي<sup>4</sup>، ترتكب قبل بدء العملية أو أثناءها أو بعدها<sup>5</sup>، فقد يتسرع الطبيب في إخضاع الزوجين لإجراءات التلقيح قبل تشخيص حالتها كما ينبغي، فالتشخيص السطحي لا يعفيه من المسؤولية المترتبة على ما يحدث من أضرار وخيمة، إلا كان ذلك مرده لأعراض متداخلة ومعقدة، لا يستطيع تشخيصها طبيب في نفس مستواه<sup>6</sup>.

ومن زاوية أخرى، نص المشرع على الالتزام بالسلامة عند تنفيذ نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب في الفقرة الأولى من المادة 373 من قانون الصحة بقولها: "يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال المحددة عن طريق التنظيم".

<sup>1</sup>-رايس مجّد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.408.

<sup>2</sup>-سيدهم مختار، المرجع السابق، ص.25.

<sup>3</sup>-المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، م.م.ع، ع.02، 2008، ص.177.

<sup>4</sup>-ميادة الحسن، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام مجّد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.4439.

<sup>5</sup>-بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، مج09، 2010، ع.02، ص.26 وما بعدها.

<sup>6</sup>-سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص.23.

فقد يسأل الطبيب أيضا عن الخطأ في الأصول العلمية، سواء كانت أعمالا مادية لا تمت بصلة لمهنة الطب، أو أعمال فنية مهنية<sup>1</sup>، كتجريب أعمال طبية لم يتيقن من نتائجها، أو أنه يعتمد إلى وسائل تم الاستغناء عنها في هذا المجال، أو الوقوع في خلط الأنايب، ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، أو إلى تعريض الزوجين إلى ما يعرف بالخطر الطبي. وفي كل الأحوال يكون الشخص القائم بنشاط المساعدة الطبية على الإنجاب محل مساءلة عقدية أو تقصيرية، إذا توافرت شروط كل منها، حسب ما تقتضيه القواعد العامة.

### ثانيا: المسؤولية الطبية الجزائرية

تضمن قانون الصحة في الباب الثامن أحكاما جزائية تنقرر عند مخالفة ضوابط إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث جرمت المادة 433 منه فعل ممارسة نشاطات هذه المساعدة أو القيام بانتزاع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها<sup>2</sup>. وهو ما قضت به سابقا المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات.

وكذا ما تضمنته المادة 434 من قانون الصحة، بمعاينة كل من يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون، المتعلقة بالقيود الواجب توافرها والتي تطرقنا إليها سابقا، كتلك المتعلقة بطبيعة العلاقة الزوجية وحالتها وشكلية الموافقة. بل جاءت العقوبة بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج. كما أن المادة 435 تجرم المعاملات الواقعة على الخلايا التناسلية الواقعة تحت طائلة المنع بموجب المادة 374 من القانون ذاته. بهذا يكون المشرع قد تجاوز الانتقادات التي وجهت إليه في ظل أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وأقر حماية جزائية تبدو كافية في حدود ضيقة جدا.

والجدير بالملاحظة أن النقص التشريعي من الناحية الجزائية، لا يزال قائما بخصوص ضبط حدود المسؤولية الجزائية عن كل الأفعال المتصور ارتكابها بموجب هذه التقنية الطبية والماسة بالأسرة، حالة اختلاط ونقل الأمشاج من الغير، ومدى إعطائها تكييفها القانوني المناسب، وسلطة القاضي في إقرار العقوبة المناسبة، ومدى شمولية تحمل المسؤولية على كل الأطراف.

بالنسبة لتكييف واقعة اختلاط النطف، فمن الناحية الشرعية نجد أن تلقيح بويضة المرأة بمني رجل أجنبي، هو فعل شبيه بالزنا<sup>3</sup>، لانعدام ركن الوطاء المحرم<sup>4</sup> تستوجب عقوبة تعزيرية كافية للزجر، فهي ليست زنا

<sup>1</sup>- هاني بن عبد الله الجبير، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج 05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص. 4373.

<sup>2</sup>- الأشهب العنديل فؤاد، المرجع السابق، ص. 74.

<sup>3</sup>- الفتاوى الإسلامية ...، مج 9، المرجع السابق، ص. 3220؛ محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 86؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص. 269.

<sup>4</sup>- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، ج 08، المرجع السابق، ص. 422.

حقيقياً<sup>1</sup>، إذ أن من القواعد الأصولية، أن ما أدى إلى الحرام فهو حرام، فإن فعل الفاعل ما لا حد فيه فعقوبته التعزير<sup>2</sup>، فإذا تم ذلك بموافقة الزوج، فيكون مساوياً لنكاح الاستبضاع<sup>3</sup>. أما قانوناً، فمثل هذا التلقيح لا يعد زناً من الناحية الجنائية حيث ينقصه الاتصال الجنسي، وهو ركن أساسي في جريمة الزنا وإن جاز اعتباره هتك عرض<sup>4</sup>، والمعاقب عليها بالمادتين 336 و337 ق.ع.ر، وإن كان المشرع قد تخلّى عن مصطلح "هتك العرض" واستبدله بمصطلح "الاغتصاب" في القانون رقم 01-14 بتعديله للمادة 336<sup>5</sup>، لكن في نظر المشرع فركن الوطء مشروط لتحقق جريمة الزنا، إلا أنه مقيد بوجود علاقة زوجية لأحد طرفي الفعل، لكي تتم المتابعة على أساس المادة 339 ق.ع، لاسيما في ظل تناقضات قرارات القضاء الجزائري، بشأن توافر وثيقة العقد الرسمي من عدمها، ومدى الاعتداد بالعقد العرفي لإثبات جريمة الزنا<sup>6</sup>.

وأما بالنسبة لسلطة القاضي، فبغيا النص القانوني لتجريم مثل هذه الأفعال، يجعله في تبعية دائمة للمشرع، فإما أن يبحث عن إرادته وقصده من النصوص دون توسع، اعتماداً على ضابط التفسير القضائي، أو اعتبار التفسير في حد ذاته على أنه ثغرة قانونية بالنص الجزائري، تمكن من انتفاء المسؤولية الجزائية، بسبب عدم وجود أحكام جزائية، ما يؤدي ذلك إلى المساس بالأنساب، دون ترتيب المسؤولية، لانعدام أساسها المتمثل في مبدأ المشروعية<sup>7</sup>.

أما الإفلات من المسؤولية في جانب بعض الأطراف، فيكون نتاج تكييف الوقائع من طرف القاضي، ما يترتب عليه تحميل المسؤولية إما للزوجة المتلقية للخلايا التناسلية أو الطبيب كونه هو المتدخل في الفعل، في حين قد يفر الشخص المانح لتلك الخلايا من المساءلة، ما يؤدي ذلك إلى المساس بمبدأ المساواة في المساءلة الجنائية،

<sup>1</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، طفل الأنبوب والميراث-تعقيب على جواب فضيلة مفتي مصر، مجلة الأمة، إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، ربيع الآخر 1403هـ، ص.62.

<sup>2</sup>- عبد القادر عوده، التشريع الإسلامي الجنائي، ج02، مجلة المسلمون، ط02، صاحب الإمتياز سعيد رمضان، القاهرة، 1952، ع02، ص.51.

<sup>3</sup>- محمد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.517.

<sup>4</sup>- عبد الله البسام، المرجع السابق، ص.157.

<sup>5</sup>- القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04 ربيع الثاني 1435 الموافق 04 فبراير 2014 يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.07، المؤرخة في 16/02/2014، ص.04 وما بعدها.

<sup>6</sup>- المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 2005/06/01، ملف رقم.297745، م.ق، 2006، ع01، ص.577 وما بعدها.

- المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 2011/07/28، ملف رقم.538865، م.ق، 2012، ع02، ص.325 وما بعدها.

<sup>7</sup>- بوزيان عبد الباقي؛ تشوار حميدو زكية، حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، مج07، ع21، 2015/12/15، ص.358.

فجرمة الزنا بأركانها وشروطها القانونية، لا تستوعب مسألة اختلاط الخلايا التناسلية، فلا يمكن مساءلة المساهمين في ذلك، من مانح أو متلقي أو طبيب، ووصفه بأنه زان أو زانية<sup>1</sup>. وحتى جريمة هتك العرض في صورتها القهرية والبسيطة، لا توفى بالعرض في حل مشكل تحديد المسؤولية الجزائية، لانعدام القوة والتهديد، وندرة نقل الخلايا التناسلية من القاصر أو إليه<sup>2</sup>.

والنقص التشريعي لم يقتصر على تحديد المسؤوليات فحسب، بحيث أن المساعدة الطبية على الإنجاب، كغيرها من الأعمال الطبية التي لازالت تشهد تقدماً مستمراً، لكن بقدر ما تعد وسيلة لتنفيذ كربة العقم، بقدر ما تحفها مخاطر وإشكالات، نعالجها في المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### الإشكالات القانونية المثارة بالإنجاب الاصطناعي

إن الإنجاب الاصطناعي وإن كان بتلقيح ماء الزوجين قد أخذ أبعاداً خطيرة، أثارت نوعاً من القلق، بسبب ما فتح من سبل أمام تكنولوجياتها المقبولة في الدول التي لا تأبه لدينها ولا لعقيدها، لكن المعين الوحيد لهذا الوضع، هو التساهل في قبول بعض منها، كتلك التي يشوبها الغموض، وإمكانية التلبس على الناس في مدى مشروعيتها، نتج عنه جملة من الإشكالات القانونية.

لذلك نجد أن منها ما يثار في نطاق العلاقة الزوجية (الفرع الأول)، ومنها ما يثار خارج نطاق العلاقة الزوجية (الفرع الثاني)، وكل ذلك مرده إلى تقنية التحكم في مصير الخلايا التناسلية والأجنة الزائدة (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### ما يثار في نطاق العلاقة الزوجية

أول ما يمكن المساس به بالإنجاب الاصطناعي هو مصير العلاقة الزوجية، فهذه التقنية أدت إلى تصدع تماسك الأسر، بسبب عدم التوافق بين الأزواج في اللجوء إليها، سواء لأسباب شخصية أو علمية (أولاً)، إلى جانب التغافل عن مصلحة الطفل المتولد عنها، ومدى استيعاب القواعد الفقهية والقانونية لحمايتها (ثانياً).

<sup>1</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 277.

<sup>2</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص 279.

## أولاً: أثره على العلاقة الزوجية

المؤكد أن الرضا شرط شرعي وتشريعي لإجازة عملية الإنجاب الاصطناعي، إلا أنه قد لا يتحقق لدى الزوجين لأسباب ذاتية أو موضوعية، تكون كأساس لرفض اللجوء إلى هذه العملية، خصوصاً إذا علمنا أنه بات من السهل الوقوف على كيفية إجرائها، ونتائجها، ومدى خطورتها على صحة الشخص، في ظل الانتشار الواسع لتكنولوجيا الإعلام والاتصال.

إضافة إلى ما عرضناه عند تبيان أثر العقم على انحلال الرابطة الزوجية<sup>1</sup>، فإنه لا مناص في حالة وجود سبب من الأسباب التي سنذكرها، الأثر البين على استمرار الحياة الزوجية بينهما، والدفع بها إلى مصاف الانحلال، ومن أهمها ما يلي:

## أ- النزعة الذاتية

يرجع هذا السبب بالدرجة الأولى إلى شخصية الزوج أو الزوجة، فالطابع الديني والأخلاقي لشخصية أحد الزوجين يشكل العائق أمام تحقق رضاهما، كالرفض الصادر عن كراهية واشتمزاز حول كيفية إجراء العملية، أو عدم قبولها أخلاقياً. كما قد تكون الزوجة لمرات عديدة محل تصرف الطبيب<sup>2</sup>.

حيث أن رضا الزوجة عند البعض<sup>3</sup>، لا يثير أية مشكلة لكونه ذو شق واحد، وأما الزوج، فلا يتصور فيه عدم الرضا بالنسبة لمسألة أخذ النطفة، إذ لا يتم ذلك بدون رضاه، ولكن عدم الرضا في جانبه يتصور في طريقة استعمال نطفته، وما دام أن حصول الطبيب على نطفة الزوج لا يتم إلا بواسطة قيام الزوج في غالب الأحوال بفعل الاستمناء، وهو ما قد لا يرضى به الزوج انقيادا لأحكام الشريعة الإسلامية، لكون هذا الفعل يأخذ حكم التحريم شرعاً عند غالبية الفقهاء. أما الزوجة، فقد ترفض الإنجاب بهذه الطريقة تفادياً لكشف عورتها أمام الأجناب وخذش سترها وحيائها، وإن كان قد ظهر ما يعرف "بالتلقيح الذاتي أو التلقيح في البيت"، فيامكانها أو بمساعدة زوجها إجراء التلقيح دون تدخل الطبيب وعلى من يرغب في ذلك الإطلاع على مواقع الشبكة الإلكترونية، والمجتمع الجزائري يتسم بنوع من التحفظ الديني والأخلاقي بشأن الإنجاب الاصطناعي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر؛ ص. 101 من هذا البحث.

<sup>2</sup>- تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص. 66.

<sup>3</sup>- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 85-86.

<sup>4</sup>- تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه، ص. 67.

وإعمالاً لأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ. في مسألة رفض الزوج اللجوء إلى العلاج، يتوجب معه عدم علم الزوجة قبل العقد بشخصية زوجها التي يغلب عليها الطابع الديني والروحي، أما إذا كانت تعلم بذلك، فيعني أنها رضيت ما يتبعه سقوط حقها في طلب التلقيح<sup>1</sup>.

### ب- المحافظة على الأنساب

لكون أن عملية الإنجاب الاصطناعي أصبحت مجالاً خصباً لتحقيق الأرباح، وإن كان ذلك محرمًا قطعاً<sup>2</sup>، لا يمكن النفي مطلقاً بعدم اختلاط الخلايا التناسلية، بصفة عمدية أو عن طريق الخطأ، ما ينجر عنه المساس بمقصد النسب، لاسيما في ظل وجود وسائل تمكن الطبيب من الاحتفاظ في مختبره بمجموعة من البويضات الملقحة مجمدة، تحسباً لإعادة عملية التلقيح عند فشلها في المرة الأولى، وهو ما يدفع بالزوجين أو أحدهما إلى التشكيك في مصير تلك الأجنة المجمدة، وبالذات كم من عدد احتفظ به الطبيب؟ في حالة نجاح التلقيح، وبالتالي استعمالها لفائدة أزواج آخرين.

### ج- احتمال ولادة الجنين مشوها

ثبت طبيًا أن حدوث تشوهات للأجنة في هذه العملية أمر وارد بنسبة جد مرتفعة، على خلاف الإنجاب الطبيعي، أين تتشكل مخلوق مقاومة للحيوانات المنوية المصابة بمرض في صبغيتها، وهذا ما قد يغفل عنه في الإنجاب الاصطناعي<sup>3</sup>، إذ يتم أحياناً حقن حيوانات منوية شاذة تصل إلى البويضة فتلقحها، إلى جانب ما قد يطرأ عليها من تغيرات بسبب تغير بيئتها الطبيعية<sup>4</sup>.

### د- نسبية نجاح العملية

في أغلب الأحوال لا تكفل هذه العملية بالنجاح، بل لابد من إعادتها مرات عدة، ما يتسبب ذلك في خيبة أمل وانهايار نفسي لدى الزوجين، وبالتالي النفور منها بعد الرضا بها في التجربة الأولى، علماً أن مسؤولية الطبيب تنتفي في حالة ثبوت اتخاذه لجميع وسائل الحيلة والحذر، إذ أن طبيعة التزامه تتمثل في بذل العناية وليس تحقيق النتيجة<sup>5</sup>، حيث بلغت نسبة الولادة بهذا الأسلوب في أحسن المراكز العالمية المتخصصة، حوالي (10-15%) في المحاولة الواحدة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.67.

<sup>2</sup>-مُجَّد خالد منصور، المرجع السابق، ص.116.

<sup>3</sup>-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه، ص.70؛ مُجَّد خالد منصور، المرجع نفسه، ص.116.

<sup>4</sup>-مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.457.

<sup>5</sup>-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه، ص.69؛ بدر مُجَّد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011، ص.37.

<sup>6</sup>-ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة بنوك الحيامن المنوية بنوك البييضات والجنينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1381.

## و-احتمالية ولادة التوأم

تتحقق هذه النتيجة عندما يتم تلقيح بويضتين معاً<sup>1</sup>، وعملية الإنجاب الاصطناعي من الأسباب التي تؤدي إلى إنجاب التوأم، ما يشكل ذلك خطراً على الحامل، لاسيما إذا رافقها مشاكل صحية أو كالبداية، ما يجعل الحمل عسيراً عليها. ولكي يتجنب الطبيب فشل العملية يقوم بغرس أكثر من بويضة ملقحة داخل رحم الزوجة، ما ينتج عنها حدوث حمل توأم<sup>2</sup>، وبهذا يتضح أن حمل تعدد الأجنة، يعتبر أحد عيوب هذه التقنية وليس دليلاً على نجاحها<sup>3</sup>.

## هـ-حدوث مضاعفات صحية

قد تنجم تلك المضاعفات جراء عملية تنشيط الإباضة للزوجة، كزيادة حجم المبيضين، مع تراكم بعض السوائل في البطن والرئة، أو حدوث فشل كلوي حاد، قد تؤدي إلى الوفاة، هذه الحالة تتطلب عناية طبية استثنائية، تتمثل في المراقبة الآنية بصفة دقيقة لمنع حصول مثل هذا المضاعفات<sup>4</sup>.

## ي-نفقة الإنجاب الاصطناعي

معلوم أن مصاريف الإنجاب الاصطناعي لا يطبقها جميع الأفراد، فهي مرتفعة بالنسبة للغالبية، مع وجود مصاريف أخرى تختلف حسب نوعية الخدمة المقدمة ومدة العلاج<sup>5</sup>. كما أن ثمنها غير قابل للتعويض من طرف طرف مصالح للضمان الاجتماعي بخلاف ثمن الأدوية.

ومن الناحية القانونية يمكن أن يثور التساؤل حول مدى إمكانية إلزام الزوج بمثل هذه المصاريف؟، فوفقاً لآراء الفقه الإسلامي، نجد أن جمهور الفقهاء، الحنابلة<sup>6</sup>، والشافعية<sup>7</sup>، وبعض فقهاء الحنفية<sup>8</sup>، قالوا بعدم وجوب

<sup>1</sup>-مُجَّد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.475.

<sup>2</sup>-مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.464؛ مُجَّد خالد منصور، المرجع السابق، ص.115.

<sup>3</sup>-جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟ هل ممكن أن يسمح بتحديد نوع جنس الجنين؟ نظرة على القيم الأخلاقية لتحديد نوع جنس الجنين قبل الحمل لأسباب غير طبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.2351.

<sup>4</sup>- جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟...، المرجع نفسه، ص.2352.

<sup>5</sup>-حكيم بوغزارة، العقم يهدد الأسر ويتسبب في تدمير العلاقات الاجتماعية، 2017/03/15، موقع الإنترنت :

[www.ech-chaab.com](http://www.ech-chaab.com) ، تاريخ الإطلاع، 2021/03/25.

<sup>6</sup>-ملوف الدين أبي مُجَّد عبد الله بن أحمد بن مُجَّد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص.354.

<sup>7</sup>-أبي مُجَّد الحسين بن مسعود بن مُجَّد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج06، ص.336؛ الفتاوى الإسلامية...، مج01، المرجع السابق،

ص.294؛ كشاف القناع، المرجع السابق، ص.2816؛ مُجَّد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.511.

<sup>8</sup>-الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ج04، ص.488.

وجوب نفقة أجرة الطبيب والدواء على الزوج، بخلاف الظاهر عند بعض المالكية<sup>1</sup>، أن عليه أجرة علاجها ولو كانت مطلقة. ورأيهم يمكن أن يرجح على أنه كان مبنياً على أساس أن مداواة لم تكن حاجة أساسية، فهو اجتهاد على عرف وجد في عصرهم، لكن في الوقت الحاضر، فحاجة العلاج بمثابة الحاجة إلى المأكل، فلا يتصور أن يحتفظ الزوج بحق الاستمتاع بزوجته حالة الصحة، ثم يردها إلى أهلها حال المرض للعلاج<sup>2</sup>.

وفي نظر المشرع<sup>3</sup>، أن نفقة العلاج بصفة عامة تدخل ضمن نفقة الزوج على زوجته، وعليه، فهو يخالف ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة على العموم، حسب ما ذكر أعلاه. وهو ما استقر عليه القضاء في إقرارها، بمقتضى قرارات المحكمة العليا، كالقرار المؤرخ في 10/02/1986<sup>4</sup>، وآخر في 15/11/2006<sup>5</sup>، بما فيها مصاريف النفاس والعناية بصحتها وصحة طفلها ونظامها الغذائي<sup>6</sup>.

على أساس ذلك تكون نفقة عملية الإنجاب الاصطناعي واجبة على الزوج، إذا علم بعقم زوجته قبل الزواج، أما إذا لم يكن يعلم، فهنا لا تجب عليه، وتكون الزوجة هي متحملة الإنفاق من مالها الخاص، وإذا لم يكن لها مال استدان من زوجها، وتكون ملزمة برده حالة يسرها. غير أنه يندب أن يتحمل الزوج نفقات العلاج لما يحققه ذلك من حسن المعاشرة بالمعروف<sup>7</sup>، وعند البعض، فإن الأمر يتطلب التفرقة بين النفقة المكلفة المكلفة وغير المكلفة، فإن لم تكن مكلفة فتجب عليه تلك النفقة وخاصة إذا كان الزوج موسراً، وإذا كانت مكلفة، فمن غير المقبول تكليف المعسر بها، على خلاف الزوج الموسر<sup>8</sup>.

### ثانياً: أثره على مصلحة الطفل الناتج عنه

تعد مصلحة الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي من المسائل المتربعة على قمة هرم الإشكالات التي أفرزتها هذه التقنية، لاسيما في ظل النزاعات القائمة بين أطراف العملية. غير أن السبب الرئيسي الذي أضفى على هذه المسألة صفة التعقيد، يكمن أساساً في تغير السند الشرعي الذي تبني عليه قواعد النسب والمتمثل في

<sup>1</sup> -الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.489.

<sup>2</sup> -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، ج07، المرجع السابق، ص.794-795.

<sup>3</sup> -تنص المادة 78 ق.أ على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

<sup>4</sup> -المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 10/02/1986، ملف رقم 39394، م.م.ع، ع01، 1989، ص.111.

<sup>5</sup> -المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 15/11/2006، ملف رقم 372292، م.م.ع، ع01، 2007، ص.493.

<sup>6</sup> -المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 10/06/2009، ملف رقم 502268، م.م.ع، ع01، 2010، ص.219؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 13/01/2011، ملف رقم 594435، م.م.ع، ع02، 2011، ص.266.

<sup>7</sup> -أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.228-229.

<sup>8</sup> -فهد بن عبد الكريم السنيدي، نفقة علاج الزوجة-دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2013، ع16، ص.354.

الاتصال الجنسي بين الزوجين على الوجه الطبيعي، فالإنجاب الاصطناعي يمكن عده وسيلة مسيطرة للإنجاب الطبيعي، فيها يحدث الحمل والولادة من غير أن يمس الرجل المرأة.  
والملاحظ حالياً أن رابطة النسب تغيرت أطرافها، فبعدما كانت ذات طبيعة ثلاثية، تقتصر على الأب والأم والولد، اتسع نطاقها وأضيف لها طرف رابع، يتمثل في الغير، الذي بدوره أثر على أحكام النسب وقواعده<sup>1</sup>، لذلك يتأرجح نسب الطفل الناتج عن الإنجاب الاصطناعي بحسب كل حالة ومدى تدخل الغير من عدمه. وهذا الأثر يشمل الحقوق التي سيكتسبها المولود(أ)، في ظل مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية التي تحمي مصلحته(ب).

### أ- الحقوق المكتسبة للطفل

ما دام أن الإنجاب الاصطناعي هو طريق مغاير للإنجاب الطبيعي، لا محالة سينجم عنه مشاكل مستعصية، أهمها مصلحة الطفل في معرفة نسبه وهويته، إذ قد يتكون لديه شك في ذلك. ولكون النسب من الحقوق اللصيقة بشخصيته، فلا يكون له كيان إلا بوجود أسرة ينحدر منها، فالنسب هو القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل، أو هو إلحاق بأبيه شرعاً وقانوناً<sup>2</sup>.  
وإذا ثبت نسب الطفل الناتج عن الإنجاب الاصطناعي وولد حياً، ترتبت عنه حقوقه الشرعية، المالية منها، كالنفقة، والميراث، والوصية والوقف، والهبة، وغيرها، أو غير المالية، كالحق في الرعاية، والتربية في كنف الأبوة والأمومة<sup>3</sup>.

ويمكن أن يختار في ميراث الطفل بهذه التقنية، بالتحديد عند تدخل طرف ثالث في العملية، كالأستعانة برحم أجنبي، أو بماء غير الزوجين، إلى غيرها من الصور غير المشروعة، فتأخذ هذه الحالة حكم ولد الزنا، فقد قال الفقهاء القدامى، من المالكية<sup>4</sup>، الحنابلة<sup>5</sup>، الشافعية<sup>6</sup>، الحنفية<sup>7</sup>، والظاهرية<sup>8</sup> على أنه يرث من أمه ولا يرث

<sup>1</sup>-مُجَّد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص.199.

<sup>2</sup>-العراقي خيرة، المرجع السابق، ص.11.

<sup>3</sup>-بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.512.

<sup>4</sup>- " فلا يرث ولد الزنا والده، ولا يرثه هو، لأنه غير لاحق به"؛ مُجَّد بن أحمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، ص.651.

<sup>5</sup>- "والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرناه، كالحكم في ولد الملائنة"؛ لموفق الدين أبي مُجَّد عبد الله بن أحمد بن مُجَّد بن قدامة المقدسي، المغني، ج09، المرجع السابق، ص.122.

<sup>6</sup>- "اللعان يقطع التوارث بين الملائع والولد... وأما الولد مع الأم، فيتوارثان توارث الأولاد والأمهات... ولد الزنا كالمنفى باللعان"؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج06، ص.43-44.

<sup>7</sup>- "ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الأم فقط، لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث منه"؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ص.241.

<sup>8</sup>- "وولد الزنى يرث أمه، وترثه أمه، ولها عليه حق الأمومية: من البر، والنفقة، والتحرير، وسائر حكم الأمهات: ولا يرثه الذي تخلق من نطفته، ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة لا في بر، ولا في نفقة، ولا في تحرير، ولا في غير ذلك، وهو منه أجنبي، ولا نعلم في هذا خلافاً إلا في التحريم فقط"؛ الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى...، المرجع السابق، ص.1496.

يرث من الذي تخلق من نطفته، وحتى من المعاصرين<sup>1</sup>، وإن وجد رأي آخر لأبي حنيفة، إذ يرى أنه لا بأس إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له<sup>2</sup>، لكن الأخذ بهذا الرأي في الإنجاب الاصطناعي ينجر عنه نتائج وخيمة، ويفتح بابا للشر، واختلاط الأنساب، لذلك، فالراجح ما قال به جمهور الفقهاء.

### ب-مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية لحماية مصلحة نسب الطفل.

معلوم أن نسب الطفل تحكمه قواعد فقهية أبرزها، حديث المصطفى ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وسميت الزوجة فراشا للزوج، لأنه يعلوها عند الإتصال الجنسي، فيكون مستفرشا لها<sup>3</sup>، لذلك فكيف يمكن إعمال هذه القاعدة في التلقيح الاصطناعي؟

مادام أن من الشروط القانونية الواردة ضمن نص المادة 45 مكرر من ق أ، أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة، فالقول أن قاعدة الفراش يمكن إعمالها حكما، فيكون النسب ثابتا طبقا لهذا النص<sup>4</sup>. لذلك فالتطور الذي فرض نفسه في ظل هذا النوع من الإنجاب، أدى إلى المساس بالقواعد التي بنيت عليها أحكام النسب، لعل أهمها:

- إمكانية الإنجاب دون اتصال جنسي بين الزوجين، ما ترتب عنه حتمية الفصل بينهما بعدما كانا أمرين متلازمين.
- اتساع نطاق أطراف الإنجاب، إذ كان الأمر يقتصر على الزوجين دون غيرهما، ليتعدى ذلك إلى أطراف أخرى، من خلال استعمال الخلايا التناسلية الذكرية أو الأنثوية أو الرحم الأجنبية.
- التحكم في مدة الحمل، عن طريق تجميد البويضات الملقحة واستعمالها عند الحاجة، فيقع إشكال تاريخ بداية احتساب الحمل، هل من لحظة الإخصاب داخل الوعاء الطبي أو لحظة الزرع داخل الرحم؟

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، المرجع السابق، ج08، ص.431؛ عبد الرحمن قراة، فتوى رقم 294، الفتاوى الإسلامية...، المرجع السابق، مج02، ص.608؛ محمد عبده؛ فتوى رقم 518، الفتاوى الإسلامية...، المرجع السابق، مج03، ص.1071.

<sup>2</sup>-لوفوق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج09، المرجع نفسه، ص.123.

<sup>3</sup>-شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.198.

<sup>4</sup>-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.67.

إن القاعدة القانونية المتمثلة في "إمكانية الاتصال بين الزوجين"، هي الأخرى قد تتأثر في هذا النوع من الإنجاب. غير أنه لو بحثنا في كتب أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية لوقفنا على آراء تدل على وقائع مشابهة لعملية الإنجاب الاصطناعي.

بمعنى ثبوت النسب للطفل ولو لم يحدث الاتصال الجنسي الحقيقي بين الزوجين، كالحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup>. وقد قال بعض الفقهاء المعاصرين ذلك، كون أن طفل الأنابيب يقع وفق العادة الطبيعية لخلق الجنين، بوجود مني الزوج وبويضة الزوجة، يتم نقلها إلى رحمها بعد الإخصاب، لتأخذ دورتها العادية، فيكون نسب الطفل صحيحاً ويلحق بأبيه، وتثبت له الحقوق الخاصة بالطفل العادي في الميراث، ولو لم يحدث جماع كامل بين الزوجين<sup>4</sup>.

فثبوت النسب وإن كان ذلك حكم الدخول حقيقة، إلا أن سببه الظاهر هو النكاح، والدخول أمراً باطنياً، فيقام النكاح مقامه في إثبات النسب، عملاً بحديث المصطفى ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>5</sup>. غير أن ابن تيمية يرى بأن ثبوت النسب لا يفتقر إلى صحة النكاح في نفس الأمر، بل الولد للفراش<sup>6</sup>، إذ النسب في الظاهر لصاحب الفراش أقوى، ولأنه أمر ظاهر مباح، والفجور أمر باطن لا يعلم، ويجب ستره لا إظهاره<sup>7</sup>. ولكي يتحقق نسب الطفل، يقتضي الأمر مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من ق أ، أو تلك المستحدثة في قانون الصحة، لكن مع إعمال النصوص القانونية الأخرى المنظمة للنسب، كالمادة 41 من نفس القانون، يلاحظ عدم تماشيها مع المادة 45 مكرر، إذ قيدت المادة 41 ثبوت النسب "بإمكانية

<sup>1</sup>- "ولد هذا الفراش يلزم الزوج فحلاً كان أو خصياً، محبوباً أو عنيباً، عاقلاً كان أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً، غائباً أو حاضراً، إلا في ثلاث احوال: أحدها إذا كان صغيراً لا يتوهم من مثله الإحبال؛" أبي الحسن علي بن الحسين نجل السعدي، التنف في الفتاوى، تح. صلاح الدين الناهي، ج1، ط2، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، الأردن، بيروت، 1984، ص.310-312.

<sup>2</sup>- "إذا ادعى أنه كان يعزل عنها، لم ينتف عنه الولد بذلك... وإن اعترف بوطئها دون الفرج فقال أصحابنا: يلحقه نسب ولدها، لأن الماء قد يسبق إلى الفرج من حيث لا يعلم؛" لموفق الدين أبي نجل عبد الله بن أحمد بن نجل بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تح. نجل فارس، مسعد عبد الحميد السعدي، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.193.

<sup>3</sup>-: "وكالوطء استدخال المنى المحترم حال خروجه ولو باعتبار الواقع فيما يظهر، كما لو خرج بوطء زوجته ضاناً أماً أجنبية واستدخلته زوجة أخرى أو أجنبية اعتباراً بالواقع دون اعتقاده؛" سليمان نجل بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، ج4، المرجع السابق، ص.389.

<sup>4</sup>- قول لإبراهيم القطان قاضي القضاة في الأردن؛ نجل مبارك، طفل الأنبوب بين العلم والمجتمع، مجلة الفيصل، دار الفيصل الثقافية، الرياض، نوفمبر 1978، ع18، ص.79.

<sup>5</sup>- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج03، المرجع السابق، ص.607.

<sup>6</sup>- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحارثي، مجموعة الفتاوى، ط03، ج34، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، 2005، ص.13.

<sup>7</sup>- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحارثي، ج07، المرجع نفسه، ص.261.

الاتصال"، أي حدوث العلاقة الجنسية بين الزوجين، لكن ما هو معلوم أن الزوجة تكون حاملا في الإنجاب الاصطناعي بغير الاتصال الجنسي، ومسايرة لهذا التفسير، فإنه بمفهوم المخالفة قد لا يمكن إثبات النسب بهذه التقنية الحديثة للحمل، مع أن قانون الصحة قد أكد على هذه التقنية<sup>1</sup>، فالذي ينبغي هو إعادة صياغة المادة 41 بالنص "... وأمكن الاتصال الجنسي أو بطريق الإخصاب الاصطناعي".

بعد الذي فصلناه، فالقول أن الطفل بإمكانه اكتساب نسب أبيه صاحب المني، حال إدخالها بالطريق الطبيعي في رحم زوجته، أو بطريق العزل، أو الإنزال، أو الاستدخال، وقياسا على ذلك، فالإنجاب الاصطناعي يقوم بالأساس على إدخال مني الزوج إلى رحم زوجته. إذن فالطفل ينسب إلى الزوج صاحب المني، بغض النظر عن الطريقة التي تم بها الإدخال، ما دام يحدث ذلك في إطار الضوابط الشرعية والقانونية المقررة لهذه العملية، ولا معنى للفرش إلا ما يكون فيه حال الاتصال، وهو تلقيح الحيوان المنوي للبيضة<sup>2</sup>، وظاهر الاستدلال على القول بجواز الصور المشروعة في التلقيح الاصطناعي، يرجع إلى هذا المعنى، فالتلقيح وإن تم خارج الجسم وبغير الطريق المعتاد، فإنه تم في ظل عقد الزوجية<sup>3</sup>.

كانت تلك هي الإشكالات المثارة بالإنجاب الاصطناعي في نطاق العلاقة الزوجية، وسنعالج في الفرع الموالي ما يثار من إشكالات خارج نطاق العلاقة الزوجية، سواء بانقطاعها بسبب الوفاة المتيقن منها، أو الموت المشكوك فيه، كحالة الموت الدماغي للزوج.

## الفرع الثاني

### ما يثار خارج نطاق العلاقة الزوجية

من بين الإشكالات التي يمكن أن تثار خارج العلاقة الزوجية، إمكانية أن يولد للإنسان ولد وهو ميت في قبره، من خلال طلب الزوجة عملية التلقيح بعد وفاة زوجها، حيث تتم العملية بأخذ مني الزوج حال حياته، ويحتفظ به، لكي تغرس اللقيحة في رحمها بعد الوفاة، والأمر ذاته فقد يتم الاستعانة برحم امرأة أخرى تتطوع لحمل الجنين، فيكون هذا الرحم أجنبي عن العلاقة الزوجية. كل هذه الطرق تؤدي إلى المساس بالمصالح الفردية

<sup>1</sup>- تشوار جيلالي، النقايس التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، مج 39، ع 01، 2002، ص. 154؛ تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، م ع ق إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، ع 03، 2005، ص. 12.

<sup>2</sup>- محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص. 98.

<sup>3</sup>- فريدة زوزو، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي-التلقيح الاصطناعي نموذجاً-، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1، كلية العلوم الإسلامية، مج 08، ع 01، 2006، ص. 166.

للزوجين، والطفل المولود على حد سواء، ما يتطلب ضرورة معرفة مدى مشروعية مثل هذه الطرق للإنجاب، لذلك خصصنا البند الأول للإنجاب الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أما البند الثاني فنعالج فيه الإنجاب الاصطناعي باستعمال الرحم الأجنبي.

### أولاً: الإنجاب الاصطناعي بعد موت الزوج

وفاة الزوجة لا ينظر إليها، فهي لا تثير أي إشكال، على خلاف وفاة الزوج، وموته إما إن يكون متيقنا منه (أ) أو مشکوكا فيه، كحالة الموت الدماغية (ب).

#### أ- حالة الموت المتيقن منه

من الإشكالات التي قد يثيرها الإنجاب الاصطناعي، لجوء المرأة بعد وفاة زوجها إلى تلقيح خارجي بين بويضتها ومنيه، بعدما تمكن الطب من تجميدها وجعلها قابلة للإخصاب، أو أن يكون لهما جنين مجمد كذلك<sup>1</sup>، ليتم غرس اللقيحة أو الجنين في رحمها. ولقد ثار بشأن هذه المسألة خلاف فقهي بين قولين، أحدهما يرى بجوازها مع عدم استحسانها، وآخر يقر بحرمة العملية. غير أن المعيار المعتمد هو فترة العدة بعد الوفاة.

#### I- الإنجاب الاصطناعي أثناء العدة

معلوم أن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة (4) أشهر وعشرة (10) أيام بالنص القرآني الصريح، حيث قال قليل من الفقهاء بجواز لجوء الزوجة المتوفى عنها زوجها إلى عملية التلقيح الاصطناعي أثناء عدتها، نظرا لعدم وجود دليل على حرمة ذلك، إذ الأصل في الأشياء الإباحة، لكون أن آثار الزواج لازالت قائمة بعد الوفاة وأثناء العدة<sup>2</sup>، هذا وإن كان أنصار هذا القول يرون بجواز إجراء هذه الصورة، إلا أنهم يقولون بعدم استحسانها. ومنهم عبد العزيز الخياط إذ قال: «... وإن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا... وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 109.

<sup>2</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 103؛ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 59.

<sup>3</sup> - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 82.

ويسترشد في ذلك بما قرره الفقهاء، إذا حملت المرأة بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء، وامرأتان ورجل عند أبي حنيفة، فإن الولد يثبت نسبه، إذ الفراش قائم بقيام العدة والنسب ثابت قبل الولادة وثابت أن النطفة من الزوج<sup>1</sup>.

إلا أن ما جاء في بحث مصطفى الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي، أن هذه الصورة محتملة الوقوع ومن الواضح أن اللجوء إليها أمر غير جائز شرعا، لأن الزوجية تنتهي بالوفاة وحينئذ يكون التلقيح قد تم بنطفة من غير زوج وهي نطفة محرمة<sup>2</sup>.

والإنجاب في هذه المرحلة يفتقد إلى المسوغ الشرعي، المتمثل في الضرورة العلاجية، ومحاولة توطيد العلاقة بين الزوجين ومحو أثر ضرر العقم، إذ بالوفاة يزول هذا المسوغ ولا يبقى له معنى، فكيف ينتقل النسب لطفل نشأ بعد رحيله؟ كما أن فيه إضرارا بالورثة بحجبهم حجب نقصان أو حرمان.

والمستخلص من ذلك، أن العدة إنما فرضت للتحقق من براءة رحم الزوجة وإزالة كل شك حول إمكانية شغله، لذلك فلا يعقل العمل على خلافه، بتمكين الزوجة من الإنجاب الاصطناعي، فيتحقق عدم براءة الرحم بفعل إرادي بين، أضف إلى ذلك، أن مثل هذه الممارسات، ستؤدي على المدى البعيد إلى إسقاط واجب العدة على الزوجة وهو أمر تعبدي لا يمكن تجاهله لأي سبب كان.

وفي خضم نصوص القانون الجزائري، نجد أن المادة 47 ق.أ تنص على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، وبالوفاة يصير الزوج من الأجانب عن زوجته، ويلزمها العدة، ما يترتب عن ذلك عدم قانونية اللجوء إلى الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي في تلك الفترة.

كذلك قد يتعارض ذلك مع نص المادة 60 من نفس القانون، التي تنص على أنه: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، فإذا سمح للزوجة بإجراء التلقيح الاصطناعي خلال هذه الفترة، فالمولود سيولد خارج أقصى مدة الحمل القانونية، وبالتالي حصول إشكالية إلحاقه بنسب أبيه المتوفى، إعمالا بنص المادة 43 من نفس القانون كذلك، التي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". وبالتالي يكون نسبه لأمه هو الصواب لا لأبيه.

<sup>1</sup>-حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص.134.

<sup>2</sup>-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.81؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج01، ص.269.

**II- الإنجاب الاصطناعي بعد العدة**

لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في حرمة هذا النوع من الإنجاب، إذ لا يجوز للمرأة اللجوء إلى التلقيح بعد وفاة زوجها ولو بمنيه، فهو عمل محرم شرعا، كون أن الحياة الزوجية تنتهي عند لحظة الوفاة ولا يمكن النظر إلى أجل العدة. فتكون الزوجة أجنبية عن المتوفى، ولها حق التوالد من زوج آخر، بعد انتهاء عدتها، فإذا وقع الإنجاب في هذه الحال، فالولد ينسب لأمه والله أعلم.

ومن المستجدات المماثلة لهذه الصورة، مسألة الموت الدماغي للزوج، فما هو حكم قيام الزوجة بالإنجاب الاصطناعي في هذه الحالة؟

**ب- حالة الموت المشكوك فيه**

إذا حدث وأن أصيب الزوج بموت دماغي، وتمكنت الزوجة من توفير حيامنه واتصلت بالطبيب المختص لتمكينها من الإنجاب، ففي أي خانة يمكن تصنيف مثل هذا التصرف من ناحية الإباحة والمنع؟ وهل يحق نسب الطفل لأبيه؟

غير أنه لتأكيد ذلك أو نفيه، ينبغي علينا الوقوف على حقيقة الموت الدماغي في الفقه الإسلامي، ثم كيف تعامل المشرع مع هذه المسألة.

**I- المقصود الموت الدماغي**

فالموت هو خلاف الحياة<sup>1</sup>، وموت الدماغ مصطلح طبي مستحدث لم يتعرض له الفقهاء القدامى، لكن لا خلاف بينهم على أنه مفارقة الروح للبدن<sup>2</sup>. غير أنه أعطيت له تعريفات عدة من طرف الفقهاء والأطباء المعاصرين، أهمها:

- أن الموت الدماغي هو تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف تام عن جميع وظائفه، بما فيها وظائف جذع المخ<sup>3</sup>.

-توقف الدماغ عن العمل تماما وعدم قابليته للحياة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.1103.

<sup>2</sup>-مُجد علي البار، الموت الإكلينيكي والموت الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة العاشرة، ع12، ص.132؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج01، ص.222.

<sup>3</sup>- البندري بنت عبد الله الجليل، المرجع السابق، ص.167.

<sup>4</sup>-حمد مُجد الهاجري، موت الدماغ بين الفقهاء والأطباء، مجلة كلية الشريعة للدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2006، ع24، ص.291.

-موت الدماغ هو توقف جميع وظائف الدماغ(المخ، المخيخ وجذع الدماغ) توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، وهو قول المدرسة الأمريكية، أو هو توقف وظائف جذع الدماغ فقط توقفاً نهائياً لا رجعة فيه وهو قول المدرسة البريطانية<sup>1</sup>.

أما تعريفه القانوني، فهو عند البعض<sup>2</sup>، "حالة قانونية ناشئة عن مرض والذي يكون فيها المريض فاقدًا للوعي والإدراك والإحساس والإرادة بسبب موت جذع الدماغ، فهو لا يملك مقومات الحياة وتساعدته أجهزة الإنعاش الطبية على البقاء حياً".

ولقد ثارت هذه الإشكالية في الوقت الحاضر بعد استحداث أجهزة الإنعاش، إذ الأصل أن موت الدماغ وبالضبط منطقة الجذع فيه يؤدي إلى توقف التنفس والقلب، فيقع الموت المحقق، غير أنه مع وجود تلك الأجهزة بات بالإمكان الإبقاء على حياة بقية الأعضاء بالرغم من موت الدماغ<sup>3</sup>.

## II- حقيقة الموت الدماغي في الفقه الإسلامي

يعد الموت الدماغي من المستجدات الطبية، والتي عرفت جدلاً واسعاً ليس عند الأطباء فحسب، بل حتى عند فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، من ناحية مدى الحكم على الشخص بالموت أو الحياة، وعلى أي أساس يجزم بذلك، فهل بموت دماغه أم لا بد من توقف أعضاء ووظائف أخرى؟ لذلك انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال نوجزها فيما يلي:

القول الأول، فوفقه لا يعد موت الدماغ قرينة كافية للحكم على موت الشخص، بل لا بد من توقف التنفس والقلب عن النبض، ومن قال بذلك جمع من العلماء<sup>4</sup>، ودار الإفتاء المصرية<sup>5</sup>، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-حمد محمد الهاجري، المرجع السابق، ص.291-292.

<sup>2</sup>-عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغي في القانون العراقي، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والأمريكي، بحث مقدم بجامعة البصرة، كلية الحقوق، نوفمبر 2016، ص.14.

<sup>3</sup>-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.881.

<sup>4</sup>-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، المرجع السابق، ج13، ص.366؛ محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.352؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص.232-233؛ جاد الحق علي جاد الحق، أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية عن الأمراض النسائية، د.ط، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، مطبعة المدينة، القاهرة، د.س.ن، ص.159.

<sup>5</sup>-الفتاوى الإسلامية...، المرجع السابق، مج10، فتوى رقم 1323، ص.3712.

<sup>6</sup>-القرار رقم 17 لمجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالث المنعقدة بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية في الفترة 08-13 صفر 1407هـ الموافق 11-16 أكتوبر 1986م؛ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ-1441هـ الموافق 1985-2019م، ص.72-73.

القول الثاني، إذ يرى القائلون به، أن الشخص يعد ميتا بموت دماغه، وإن لم يتوقف تنفسه وقلبه عن النبض، فلموت الدماغ هو نهاية الحياة، وأخذ بهذا القول بعض الفقهاء<sup>1</sup>.

القول الثالث، يرى بأن من مات دماغه فقد استدبر الحياة، وأصبح صالحا لأن تسري عليه أحكام الموت، دون أن يحكم بموته، إلا بعد توقف أجهزة جسمه الرئيسية، وأخذ بهذا القول، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية في ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، وبعض العلماء المعاصرين. غير أن لكل فريق أدلته في ذلك من القرآن والقواعد الفقهية والمعقول، إلا أن المقام لا يسعنا لذكرها، ويمكن الرجوع إلى بعض البحوث المعدة في هذا الشأن<sup>2</sup>.

وبالنظر إلى الأقوال الثلاثة، نجد أن سبب الخلاف يكمن في مدى تحقق موت الشخص يقينا، إذا مات جذع دماغه دون توقف تنفسه، وقلبه، وبقائه تحت أجهزة الإنعاش، فالقائل بعدم اعتبار الموت الدماغى نهاية الحياة، قال بعدم تيقن الموت إلا بتوقف قلبه عن النبض وتوقف التنفس، ومن قال بتيقن موت جذع الدماغ، قال باعتبار الموت الدماغى هو نهاية الحياة. وإن كان الرأي الراجح منها، هو ما ذهب إليه القول الأول، أي لا بد من توقف التنفس والقلب عن النبض، للحكم بالوفاة.

### III- التكيف الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي من الزوج الميت دماغيا

بعد الاختلاف الذي أوردناه حول تكيف الموت الدماغى، هل يرقى إلى الموت الذي تكون نهاية حياة الإنسان أم لا؟ فلو فرضنا أن الزوجة رغبت في الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي وزوجها في حالة الموت الدماغى، فالمسألة حسب ما وقفنا عليه لا تخلو من فرضيتين هما<sup>3</sup>:

الفرضية الأولى، أن يتم مباشرة كل مراحل الإنجاب الاصطناعي، إذ التخصيب تم حال حياة الزوج العادية، دون أن يتم زرع اللقيحة في رحم زوجته، فحكم هذه الفرضية من حيث التحريم والإباحة يتأسس وفق مدى اعتبار الموت الدماغى موتا حقيقيا من عدمه، لذلك فبمقتضى القول بأن الموت الدماغى ليس موتا حقيقيا ولا تنتهي بموجبه الحياة، فالظاهر أن عملية الإنجاب الاصطناعي تكون مماثلة لما لو كان الزوج في حالته

<sup>1</sup>- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.169؛ محمد علي البار، الطبيب أدبه...، المرجع السابق، ص.201؛ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.42.

<sup>2</sup>- أنظر؛ زينب حامد سيد مرزوق، التلقيح الصناعي الداخلي من الزوج الميت دماغيا-دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ج.01، 1442هـ-2020، ع.35، ص.288؛ البندري بنت عبد الله الجليل، الأحكام الفقهية المترتبة على الوفاة الدماغية، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2018، ع.02، ص.177 إلى 184.

<sup>3</sup>- زينب حامد سيد مرزوق، المرجع نفسه، ص.318.

العادية، فهو لا يزال في عداد الأحياء وتسري عليه نفس الأحكام الشرعية، بشرط أن تتم هذه العملية بتوافر كل الضوابط الشرعية المقررة من طرف الفقهاء المجيزين لعملية الإنجاب الاصطناعي.

وفي المقابل، وفقا للقول القائل عن الموت الدماغي بأنه موت حقيقي تنتهي به الحياة، فهنا ينظر إلى بدء سريان عدة الزوجة من عدمه، وبالتالي تسري عليه الأحكام التي سردناها عند الحديث عن الوفاة الطبيعية المتيقن منها وفق الأقوال التي قيلت بشأنها، لكن الذي يترجح لنا هو عدم جواز هذه العملية، ما دام أن الشخص هو في عداد الأموات لانقطاع العلاقة الزوجية شرعا وقانونا.

أما الفرضية الثانية، فتتمثل في عدم مباشرة الزوجين لأي إجراء يتعلق بالإنجاب الاصطناعي، بما فيها منح الزوج لمنيه، ولكن الزوجة رغبت في الحمل، فهذه الحالة يكتسبها عدم الجواز لعدة أسباب، منها عدم إذن ورضا الزوج، كونه من القيود الشرعية الأساسية، مع انتفاء الضرورة الملحة، فلا تكفي رغبة الزوجة لتبرير مشروعية الإنجاب في هذه الحالة، لما يترتب على ذلك من إثارة للشبهات والشكوك حولها، إذ لا بد من إعمال قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد<sup>1</sup>، فالضابط الكلي الذي يوازن بين المصالح المتعارضة في محل واحد هو ترجيح أقوى المصلحتين بالنظر إلى مقاصد الشرع، لا من حيث أهواء النفوس<sup>2</sup>. كما أن موت الدماغ هو من أمارات الوفاة وليس كل الوفاة.

ولو أتينا إلى القانون الجزائري، لوجدناه ينص على بداية ونهاية الشخصية القانونية للإنسان، والتي تبدأ بولادته حيا وتنتهي بوفاته، والوفاة يتم إثباتها بشهادة طبية ولا يمنح الترخيص بالدفن إلا بعد الحصول عليها، وهو الذي قضت به المادة 78 من قانون الحالة المدنية، والمادة 204 من قانون الصحة<sup>3</sup>. كما أن قانون الأسرة نص على أحكام المفقود، إذ جاء نص في المادة 113 منه على أنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"، كما أن المفقود لا يورث ولا تقسم أمواله، إلا بعد صدور الحكم بموته حسب ما هو ثابت قانونا<sup>4</sup>، وقضاء<sup>5</sup>، ويكون ذلك بإصدار حكم قضائي يقضي بفقدان

<sup>1</sup>-أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، المرجع السابق، ج1، ص.60.

<sup>2</sup>-بلقاسم بن ذاك الزبيدي، الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي-دراسة تأصيلية تطبيقية، ط01، مركز تكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية، 2014، ص.309.

<sup>3</sup>-أنظر؛ المادة 78 من قانون الحالة المدنية والمادة 204 من قانون الصحة.

<sup>4</sup>-تنص المادة 115 ق.أ على أنه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم، وفي حالة رجوعه حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

<sup>5</sup>- المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ 2008/12/24، ملف رقم 435190، م.م.ع، ع02، 2009، ص.127.

الشخص، وبعد انتهاء آجال البحث، يتم إصدار حكم آخر يقضي بالوفاة، فلا يتصور الحكم بالفقدان والوفاة في آن واحد، لأن ذلك يعد من الإجراءات الباطلة<sup>1</sup>.

وكذلك في ظل النصوص المنظمة للعمل الطبي في مجال انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية من أشخاص متوفين، فالمادة 362 من قانون الصحة، اشترطت أن لا يتم ذلك إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة<sup>2</sup>، وتبعها المادة 363 بتضمنها شرط أن لا يكون الطبيب المثبت للوفاة من الفريق الذي سيقوم بعملية الزرع<sup>3</sup>.

وعليه، فالمشروع لم يضع تعريفا قانونيا للموت، ولا حتى معيارا صريحا يستند إليه لتحديده، لكن بالتنسيق مع مواد قانون الصحة، وبالضبط المادة 362 التي اشترطت أن تكون المعاينة "...وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة"، والمادة 449 من نفس القانون التي ألغت العمل بأحكام القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، باستثناء النصوص المتخذة لتطبيقه، فهي تبقى سارية المفعول، إلى غاية صدور نصوص تنظيمية خاصة به، إذن فإن النص التنظيمي المطبق بشأن الموت الدماغي هو القرار الوزاري رقم 34 المؤرخ في 2002/11/19 الذي يحدد المعايير العلمية التي تسمح بالتثبيت الطبي والقانوني للوفاة، من أجل نزع الأعضاء والأنسجة<sup>4</sup>.

وأهل الاختصاص يرون بأن للموت ثلاث مستويات، أولها الموت الإكلينيكي، حيث يتوقف القلب والرئتان عن العمل، وثانيها موت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأوكسجين إلى المخ، ثم المستوى الثالث، المسمى بالموت الخلوي، وهو موت الخلايا بصفة تدريجية تختلف من عضو لآخر<sup>5</sup>، لكن يبقى الموت من المسائل المتعلقة بالروح وهو أمر غيبي يرجع إلى قدرة الخالق عز وجل.

وفي معترك الإنجاب الاصطناعي للشخص المتوفى دماغيا، فإن المشروع لم يعالج هذه المسألة، غير أننا نجد يشترط أن يكون التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين في المادة 45 مكرر ق.أ، مؤكدا على ذلك بعبارة "على قيد الحياة" في المادة 371 من ق.ص.، المنظمة للمساعدة الطبية على الإنجاب، فالحياة هي ضد الموت<sup>6</sup>، وهي تقتضي سريانها في جميع أعضاء الجسم، والقول بموت الدماغ يؤدي إلى إحداث نقص في معناها،

<sup>1</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1995/02/02، ملف رقم 118621، م.م.ع، ع.02، 1995، ص.101.

<sup>2</sup>- أنظر؛ المادة 362 من قانون الصحة.

<sup>3</sup>- أنظر؛ الفقرة الثانية من المادة 363 من قانون الصحة.

<sup>4</sup>- الطبيب سرحان، نزع وزراعة الأعضاء، موقع الإنترنت: <http://univ.ency-education.com>، تاريخ الإطلاع: 2022/05/09.

<sup>5</sup>- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.158-159؛ محمد علي البار، الموت الإكلينيكي...، المرجع السابق، ص.157.

<sup>6</sup>- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.299.

معناها، بمعنى غياب الحياة في صورتها الكاملة، بل أبعد من ذلك، ففقهاء الشريعة الإسلامية وإلى جانبهم المشرع يشترطون تحقق الرضا بين الزوجين، وهو ما لا يمكن تحققه بموت الزوج دماغيا، إذ كيف له أن يعبر عنه؟ وقد أكد المشرع على هذا الشرط ضمن المادة 371 ق.ص. بعبارة "الموافقة على النقل والتخصيب"، ولكي تتحقق تلك الموافقة لابد من تمتع الزوجين بكامل قواهما العقلية دون الحجر عليهما لأي سبب من أسباب عوارض الأهلية المنصوص عليها في المادة 42 و43 ق.م.

وبهذا نختلف من قال بأن التلقيح الاصطناعي الخارجي حال وفاة الزوج دماغيا يدخل في التلقيح الاصطناعي بشكل عام، وذلك لعدم توفر الضوابط الشرعية والقانونية للقول بمشروعيتها والمتمثلة في تحقق الرضا وشرط الحياة<sup>1</sup>.

زيادة على ذلك، اشتراط المشرع للشكل الكتابي لتقديم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، مع تأكيده بعد مدة شهر، وهو ما لا يمكن توافره، حال موت دماغ الزوج، بل إن الزوجة تكون قد انفردت بطلبها، لذلك ينبغي لها أن لا تتعجل، وبإمكانها الانتظار إلى غاية شفاء زوجها وعودته للحياة، بدليل ما قرره الفقهاء<sup>2</sup>، والأطباء في بعض الوقائع، تحقق حياة الإنسان بعد موت دماغه<sup>3</sup>. غير أنه في ظل الفرضية التي أوردناها سابقا، بحيث ما إذا تمت كافة إجراءات طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، بما فيها تأكيد الطلب، ثم وقع الموت الدماغى للزوج، فيمكن عد ذلك مثل باقي الأمراض، أو كحالة مرض الموت، بعد جماع الزوج لزوجته، فحملت من ذلك. إذن فالشروط القانونية قد توافرت ويمكن للمركز المختص إتمام باقي مراحل الإنجاب الاصطناعي، غير أنه من الناحية الشرعية قد تنتفي بعض الضوابط، كعدم كشف العورة دون وجود محرم وهو الزوج، إلا إذا كان القائم على العملية من النساء، فالأصل أنه لا ينبغي التردد في إلحاق نسب طفل الأنبوب، إذا لقحت بويضة الزوجة بمبي زوجها وفي منتهى الأمانة والاحتياط المطلق<sup>4</sup>.

وحتى لو سلمنا بالرأي القائل بأن الزوج الذي مات دماغه لا يزال حيا، فعملا بأحكام المادة 361 ق.ص.، فإنه يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، بحجة أن

<sup>1</sup>-سهيل الأحمد، مدى مشروعية الإخصاب وحصول أطفال الأنابيب من الزوج حال موته الدماغى في الفقه الإسلامى، مجلة المفكر للدراسات القانونية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، مج03، سبتمبر 2020، ع04، ص.25.

<sup>2</sup>-أنظر؛ الإمام ابن أبي الدنيا، من عاش بعد الموت، تع. أبو زيدان الحنيفي محمد عبد الله عبد الرحمن، دار الأثر، مصر، 2020، ص.03 وما بعدها؛ عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، المرجع السابق، ج13، ص.367.

<sup>3</sup>-بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج01، ص.233.

<sup>4</sup>-محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص.37.

الزوج الذي مات دماغه يمكن عده عديم الأهلية، فتبطل تصرفاته، فهو غير قادر على الفهم أو تقدير ما ينجم عن الإنجاب بهذه التقنية من مخاطر، وهو المبدأ المعتمد قضاءً، القاضي بأن مرض الموت الذي يبطل التصرف، هو المرض الأخير، إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه<sup>1</sup>.

وإذا قلنا بأن هذا الزوج يتمتع بأهلية ناقصة، مثل الصبي أو المعتوه أو السفهه، فإن تصرفاته تكون قائمة تحت شرط موافقة وليه الشرعي، حالة كون التصرف يدور بين النفع والضرر له، فحمل الزوجة قد ينطوي على ضرره له، وإن كان فيه نفع للزوجة، فلا يسري عليه أحكام ذلك التصرف، لذلك يحتاج إلى إذن من بقية الورثة حالة ترتب النفع المحض له<sup>2</sup>. ولو فرضنا جدوى إذن الولي أو الورثة في هذه الحالة، فإنه من زاوية أخرى، نجد أن حق الإنجاب من الحقوق القاصرة على الزوجين دون غيرهما، إذ قضت المادة 36 ق.أ، أن من الحقوق المشتركة بينهما التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات وهذا يستحيل تحقيقه.

والمتمعن في النصوص القانونية المنظمة لانتزاع الخلايا، يجدها تشترط في كل الأحوال موافقة الولي، دون النظر إلى أهلية المريض، فهي قاعدة تقوم على عدم التفرقة بين المريض المميز وغير المميز في الأعمال الطبية<sup>3</sup>.

### ثانياً: الإنجاب الاصطناعي باستعمال الرحم الأجنبي

أمام ازدهار تقنية الإنجاب الاصطناعي، وما نتج عنها من تمكين الأزواج من تجاوز عقبة عدم الإنجاب بصفة طبيعية، تولدت عن هذه التقنية تصرفات اتخذت من علة العقم ذريعة لتبريرها، من أبرزها الاستعانة بالرحم الأجنبي، وإن كان الدافع لاستعماله في الظاهر ذو طبيعة علاجية، إلا أنه تترتب عليه مشاكل وخيمة، كالمساس بخريطة الأنساب، وزعزعة مكانة الأمومة، يسري ذلك في حق الطفل الناتج عن هذه التقنية، بل يمتد إلى أجيال لاحقة. هذا الأمر كان محل دراسات عديدة شرعية، طبية وقانونية، سواء ما تعلق بمفهومه (أ) أو طبيعة العقد الناشئ بموجبه (ب)، أو ما يترتب عليه من إشكالات قانونية (ج)، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

#### أ- المقصود الإنجاب بالرحم الأجنبي

لقد أطلقت على هذا النوع من الإنجاب مصطلحات عديدة، حسب وجهات نظر القائلين بها، فالذين يرون بإباحة هذه التقنية يطلقون عليها الأم البديلة ورحمها بالرحم البديل، أو الأم الحاضنة، أو المضيفة، ورحمها

<sup>1</sup>-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33917، م.م.ع، ع03، 1989، ص.51.

<sup>2</sup>-سحارة السعيد، الإخصاب الاصطناعي الخارجي من الزوج المتوفي دماغياً-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، مارس 2018، ع16، ص.347.

<sup>3</sup>-يوسف فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015، ص.168.

بالرحم الظفر. أما القائلون بالمنع، فيسمونها بالأم المستأجرة، ورحمها بالرحم المستأجر، أو الأم المستعارة، أو الأم بالوكالة، أو الأم بالإنابة، أو شتل الجنين، أو الحمل لحساب الغير.

لكن كتعقيب لذلك، فهذه المصطلحات من جهة تعد في حد ذاتها تعدي على قدسية الأمومة، فهو فعل يشكل جريمة تستوجب العقاب لا المدح ولا التساهل ولا الإباحة، ومن جهة ثانية، وحتى الذين يرون بالمنع قد جانبوا الصواب، إذ كيف يسمونها بالأم، فلو كانت كذلك ما لحقها التجريم والعقاب<sup>1</sup>. وهو ما وقع فيه المشرع الجزائري بتوظيفه لمصطلح الأم البديلة في المادة 45 مكرر ق.أ والمادة 373 ق.ص.، لكن قد نبرر استعماله لذلك المصطلح، بغرض إثبات الأمومة للمرأة صاحبة الرحم تماشياً والرأي القائل بذلك حال الإقدام عليها، وهو الحكم ذاته في الولد الناتج عن الزنا.

وعليه نرى بصواب استعمال مصطلح الإنجاب بالرحم الأجنبي، بخلاف ما قال به البعض<sup>2</sup> أن تسمى بالمرأة المستأجرة إذا كان ما تقوم به بعوض، وبالمبرعة إذا كانت بلا عوض<sup>3</sup>، لأن هذين المصطلحين، لم يحدد محل الاتفاق في الإيجار أو التبرع، إذ أن محل الاتفاق بين الأطراف هو رحم المرأة الأجنبية، فالرحم هو منبت الولد ووعاؤه في البطن، فيكون الإنجاب بالرحم الأجنبي المستأجر، عبارة عن عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض<sup>3</sup>، فهو مشتق من الأجر، أي العوض<sup>4</sup>، أو الإنجاب بالرحم الأجنبي المستعار، بمعنى تملك منفعة بغير عوض<sup>5</sup>. وحتى بالنسبة لرحم الضرة، فهو رحم أجنبي عن الزوجة الثانية العقيم، وهنا نخالف من قال بأن المصطلح الأكثر والأدق هو "الحمل لحساب الغير"<sup>6</sup>، إذ في هذه الحالة، أي الحمل لحساب الضرة، فإن الزوج لا يكون من الغير بالنسبة للحامل.

<sup>1</sup>-كرمة عبود جبر، إستتجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، مج9، 2010، ع03، ص.242.

<sup>2</sup>-كرمة عبود جبر، المرجع نفسه، ص.242.

<sup>3</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج01، ص.252.

<sup>4</sup>-لوفوق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج08، ص.06.

<sup>5</sup>-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج01، ص.253.

<sup>6</sup>-مُجد الطيب سكيريفة، تشوار جيلالي، الحمل لحساب الغير بين القانون والشرعية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مج13، ع03، ص.259، 2021.

أما اصطلاحاً، فقد عرف هذا النوع من الإنجاب على أنه: "تلقيح ماء رجل (النطفة) بماء امرأة (البويضة) تلقيحاً خارجياً في وعاء اختبار، ثم زرع هذه البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها حتى ولادة الجنين أو مقابل أجر معين<sup>1</sup> .

وهذا التعريف يحرص المقابل في الأجر، في حين قد يكون المقابل خدمة أو منفعة.

وعرفه آخر على أنه: "استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقيحة مكونة من بويضة امرأة ونطفة زوجها، فتحمله وتضعه مقابل مبلغ من المال، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود، ويكون ولدا قانونياً لهما<sup>2</sup> .

كما أن هذا التعريف يقصر هذا النوع من الإنجاب على استئجار الأرحام ويهمل فيما لو تم على سبيل الإعارة أو التبرع، كما أن المقابل قد يكون مبلغاً مالياً أو تقديم خدمة أو منفعة.

أما تعريفه قانوناً، فالمشرع لم يضع له تعريفاً محدداً، وإنما نص على عدم جواز اللجوء إلى استعمال الأم البديلة، في المادة 45 مكرر ق.أ والمادة 373 ق.ص. ، لكن قد أعطيت له تعريفات من بعض شراح القانون، منها:

- "هو اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بأن تسمح بزرع بويضة مخصبة تعود لرجل وامرأة (زوجان غالباً)، لعب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحمل الجنين والعناية به، وتسليم المولود إلى الطرف الثاني، مقابل التزام ذلك الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل المصاريف الأخرى، بالإضافة إلى تسلم المولود عند الوضع"<sup>3</sup> .

- "إقدام الزوجين على إبرام عقد مع امرأة تلتزم بموجبه تسخير رحمها لحمل جنينها بمقابل أو بدون مقابل، لتقوم بتسليمهما الطفل عند ولادته، أي أن الحمل والوضع كان لحساب الزوجين وليس لصالحها"<sup>4</sup> .

وبالنسبة لصور الإنجاب بالرحم الأجنبي، فتوجد هناك صورتين، إما أن يكون الرحم لامرأة لا علاقة لها بالزوج، أو أن يكون الرحم لزوجة ثانية للزوج، أي ضرة الزوجة صاحبة البويضة.

<sup>1</sup>-هند الخولي، المرجع السابق، ص.278.

<sup>2</sup>-كريمة عبود جبر، المرجع نفسه، ص.241.

<sup>3</sup>-سحارة السعيد، حاحة عبد العالي، الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والمقارن، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم، 2019، ع18، ص.222.

<sup>4</sup>-خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.109.

## I-الرحم لامرأة أجنبية عن الزوج

ففقهاء الشريعة الإسلامية قالوا بتحريم هذه الصورة، درءاً لاختلاط الأنساب وإفساداً لمعنى الأمومة، فلا يمكن التعرف على الأم الحقيقية للجنين، وهو أمر منهي عنه شرعاً<sup>1</sup>، والطفل الناشئ عن ذلك، كولد الزنا الفعلي تماماً، إذ ينسب لأمه فقط<sup>2</sup>.

وقد شد بعضهم وأجاز هذه الصورة، أن تكون صاحبة الرحم متزوجة وأن تتم عملية شتل الجنين برضاه وأن تستبرئ حالة التلقيح، أي تعتد عن زوجها للعلم ببراءة رحمها ووجوب النفقة والرعاية الصحية للحاضنة، مع ترتيب كل أحكام الرضاعة، دون أن يكون لزوج الحاملة أي علاقة بالجنين. لكن المتأمل في هذا القول يلحظ وكأن المرأة صاحبة الرحم هي في عدة طلاق أو وفاة، كما أنه لا يجيد عن كونه شبيهاً بفاحشة الزنا في حقيقته، مادام أن هناك اتصال مني رجل غريب بامرأة ذات زوج<sup>3</sup>.

## II-الرحم لزوجة ثانية للزوج صاحب المنى

هذه الصورة أجازها المجمع الفقهي الإسلامي بداية<sup>4</sup>، لكنه تراجع عن ذلك<sup>5</sup>، خشية أن تحمل الزوجة الثانية(الضرة)، قبل انسداد رحمها وبعد معاشرته زوجها لها، فيختلط الأمر ولا يمكن معرفة نسب الولد من جهة الأم أو أن تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشر<sup>6</sup>، وعليه فالقول هو حرمة هذه الصورة من التلقيح وإن كان نسب الولد ثابت بلا شك من جانب الأب<sup>7</sup>.

## ب-طبيعة تصرف الإنجاب بالرحم الأجنبي

وجد اختلاف بين الشراح حول مدى اعتبار الإنجاب بالرحم الأجنبي عقداً، فمنهم من قال بأنه مجرد تفاهم بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم، فلا يرتب التزامات في ذمهم، حول الحمل ومصير المولود بعد ولادته،

<sup>1</sup>-لقوله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه سمع رسول الله ﷺ يقول حين نزلت آية المتلاعنين: "أما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها الله جنته، وأما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"؛ أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان، الحافظ ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 2002، ص.304.

<sup>2</sup>-الفتاوى الإسلامية ...، مج9، المرجع السابق، ص.3225.

<sup>3</sup>-عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، موقع الإنترنت <http://ibn-mahmoud.com/books> ، تاريخ الإطلاع 2021/09/30.

<sup>4</sup>-القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، ط02، 1977-2004، ص.152.

<sup>5</sup>-القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته الثامنة، المرجع نفسه، ص.161 وما بعدها.

<sup>6</sup>-عيسى أمعيرة، المرجع السابق، ص.121؛ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.204-205؛ محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص.39.

<sup>7</sup>-هند الخولي، المرجع السابق، ص.293.

فلا تلزم امرأة صاحبة الرحم قانوناً برد المولود ولا جبر الضرر بتعويض مالي، ما يبرر غاية هذا الاتجاه الرامية إلى إعطاء الحرية التامة للمرأة الحامل في رد المولود من عدمه<sup>1</sup>. ومنهم من رأى بإضفاء صفة العقد على ذلك التصرف، لتوافر أركانه، مع تنظيم بنوده المتعلقة بالنفقات والمصاريف وتسليم المولود. غير أنهم اختلفوا حول التكييف القانوني لهذا العقد، هل هو عقد بيع، أو مقاوله، أو إيجار، أو عمل، أو عقد غير مسمى لعدم تنظيمه من المشرعين<sup>2</sup>؟

والظاهر أن الإنجاب بالرحم الأجنبي يجعل من المرأة صاحبة الرحم تبذل صحتها الإنجابية لمصلحة الغير، عن طريق الاتفاق، ما يضيفي عليه صفة العقد بمفهومه القانوني<sup>3</sup>، ويشترط لقيام العقد توافر أركانه، فالرضا حسب المادة 59 ق.م. هو تطابق الإيجاب والقبول للطرفين<sup>4</sup>، فيتمثل في رغبة الزوجين صاحبي الخليتين التناسليتين في الحصول على الولد بالرحم الأجنبي، وقبول المرأة صاحبة الرحم في الحمل وتسليم المولود عند ولادته بمقابل أو بدونه، لذلك فلا يثور أي إشكال بشأنه.

غير أن ما يزعزع صحة هذا النوع من العقود، طبيعة محله وسببه غير المشروعين، فهما مخالفين لأحكام المادتين 93 و 97 ق.م.، ما يجعله عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا تترتب عليه أي آثار قانونية، إذا أن محل التصرف هو ليس فقط جسد المرأة الحاملة وإنما أيضاً الطفل الناتج عنه، وأن سببه يصب في الاتجاه نفسه، إذ الفرض من العقد نسبة الطفل إلى غير أمه الحقيقية<sup>6</sup>، والنسب الشرعي هو من النظام العام<sup>7</sup>، إضافة إلى أن المتاجرة في الأشياء تكون أمراً مباحاً، غير أن جسد المرأة بصفة عامة والأعضاء التناسلية لها بصفة خاصة، لا يمكن تكييفها من الناحية القانونية بالأشياء القابلة للتعامل<sup>8</sup>، وهذا يندرج ضمن فحوى نص المادة 682

<sup>1</sup>- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص. 174-175.

<sup>2</sup>- حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشرعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثانية، 2010، ع 01، ص. 85 وما بعدها.

<sup>3</sup>- تنص المادة 54 ق.م. على أنه "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

<sup>4</sup>- تنص المادة 59 ق.م. على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

<sup>5</sup>- تنص المادة 93 ق.م. على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

- وتنص المادة 97 ق.م. على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً".

<sup>6</sup>- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص. 181.

<sup>7</sup>- بلحاج العربي أحمد، المرجع السابق، ص. 24؛ المؤلف نفسه، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 513.

<sup>8</sup>- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 113؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 96؛ سعدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مج 07، 2021، ع 03، ص. 1241.

ق.م.، التي تقضي بأن الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يميز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية<sup>1</sup>.

وعليه يمكن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه<sup>2</sup>، عملا بنص المادة 102 ق.م.<sup>3</sup>. كما أنه لا يمكن لأي شخص التنازل عن حقه قبل وجوده وإنشائه، وهو ما يلمس في هذا النوع من الإنجاب، فتعهد المرأة الحامل بتسليمها الطفل بعد أن تلده إلى الزوجين صاحبها البذرتين، يعد تنازلا عن حقها في الأمومة والحضانة<sup>4</sup>.

وبعيدا عن كل ما ذكر من النصوص القانونية، نجد أن المشرع قد منع صراحة الإنجاب باستعمال الرحم الأجنبي ضمن الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر ق.أ.، والمادة 374 ق.ص. في فقرتها الثالثة إذا كان التعامل بين الزوجات الضرات، والفقرة الرابعة إذا كانت صاحبة الرحم امرأة أجنبية (أما بديلة)، ولعل هذا المنع يستند إلى أسس قانونية، لكونه يمس بالطريق الشرعي للعلاقة الزوجية وتكوين الأسرة، وأخرى اجتماعية ونفسية، تكمن في قطع العلاقة بين المرأة الحاملة والطفل عند تسليمها للزوجين صاحبَي البذرتين، وكذا استغلال النساء من الطبقات الفقيرة، فهو بالأساس يخلق أزمة في الهوية<sup>5</sup>.

وفي الشق الجزائي، فقد تصدى المشرع لمثل هذه المعاملات بالتجريم، بصفة ضمنية، بإعمال نصوص قانون العقوبات، إذ يحظر على أي شخص التنازل عن طفل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، واستعمال الرحم الأجنبي في الإنجاب، يشكل في صورته سبيلا تؤدي لنفس النتيجة<sup>6</sup>.

أو بصفة صريحة عند استحداثه لنصوص خاصة ضمن قانون الصحة، إذ يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون، بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج<sup>7</sup>. لكون هذه تتضمن الشروط الواجب توافرها للاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب،

<sup>1</sup>- أنظر؛ المادة 682 ق.م.

<sup>2</sup>- المجلس الأعلى، غ.م، قرار بتاريخ 16/02/1983، ملف رقم 30072، م.م.ع، ع02، 1989، ص.37.

<sup>3</sup>- أنظر؛ المادة 102 ق.م.

<sup>4</sup>- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.96؛ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.124.

<sup>5</sup>- بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، مج02، 2017، ع02، ص.201.

<sup>6</sup>- أنظر؛ المادتين 320 و321 ق.ع.ج.

<sup>7</sup>- أنظر؛ المادة 434 ق.ص.ج.

الإنجاب، بما فيها شرط وجود علاقة زوجية بين الرجل والمرأة صاحبي البذرتين التناسليتين، وبوجود الرحم الأجنبي ينتفي هذا الشرط.

ويعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في المادة أحكام الماد 374 من نفس القانون، المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج<sup>1</sup>.

وما يسعنا سوى القول، أنه لا يمكن بتاتا الاحتجاج بخصلة الإيثار الكامن وراء نظام الحمل لحساب الغير، فهي غاية غير مقبولة للقول بمشروعية مثل هذا الإنجاب، إذ الغاية لا تبرر الوسيلة، ما دامت مخالفة لاعتبارات النظام العام والآداب العامة<sup>2</sup>، ولا التستر بقاعدة التعاون والتكافل الاجتماعي، فهي وسيلة مؤدية وبدون ريب إلى عدم إقامة حدود الله<sup>3</sup>.

### ج- الآثار المترتبة على الإنجاب بالرحم الأجنبي

من الواضح أن الأب البيولوجي للمولود بهذه التقنية، هو صاحب النطفة، لكن إشكالية إضفاء صفة الأمومة، اتجاه الطفل الناتج عن هذه التقنية، هي التي تفرض نفسها، بمعنى لمن يحق وصفها بذلك؟ هل المرأة التي تكبدت عناء الحمل، أم تلك التي منحت بويضتها؟ ولقد قيلت بشأن هذه الإشكالية عدة أقوال نوجزها كالتالي:

الرأي الأول، ذهب إلى أن الأم هي صاحبة البويضة، لأن الصفات الوراثية للطفل تكتسب من ماء الرجل وبويضة المرأة، وما الرحم إلا وعاء، فتكون صاحبة الرحم في حكم الأم المرضعة، إذ يكتسب الطفل منها ما يكتسب الطفل الرضيع<sup>4</sup>.

والرأي الثاني، قال بأن الأم هي صاحبة الرحم الأجنبي<sup>5</sup>، فهي التي حملته وولده، بدليل قوله تعالى «... تعالى «... إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُنَّ»<sup>6</sup>، وقوله تعالى «وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ...»<sup>7</sup>، وغيرها وغيرها من الآيات الدالة على هذا المعنى.

<sup>1</sup>- أنظر؛ المادة 435 ق.ص.ج.

<sup>2</sup>- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.181.

<sup>3</sup>- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.120.

<sup>4</sup>- عبد الله بن أحمد الرميح، تأجير الرحم حكمه وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع24، ص.507-508؛ محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص.38.

<sup>5</sup>- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.139.

<sup>6</sup>- سورة المجادلة، جزء من الآية 02.

<sup>7</sup>- سورة النحل، جزء من الآية 78.

والرأي الثالث، فحسبه لا يمكن لكلتا المرأتين أن تكتسب صفة الأمومة، لانعدام أهم قواعد النسب، إذ أن صفة الأمومة تقتضي أن يكون للمولود بأمه صلتان، صلة تكوين ووراثية وأصلها البويضة، وصلة حمل وولادة وحضانة، وأصلها الرحم، فإذا انقطعت الصلتان، فلا مجال للقول بالأمومة<sup>1</sup>.

والرأي الرابع، فوفقه أن صفة الأمومة تلحق بالمرأتين معا<sup>2</sup>، عملا بما قاله أبو حنيفة "... وإن كانا امرأتين، يلحق بهما حكما، مع العلم بأنه لم يخرج إلا من إحداهما، ولكن الحق بهما في الحكم، كما لو كان المدعي مالا، فأجرى الإنسان مجرى الأموال والحقوق، وقال أبو يوسف ومُحَمَّد لا يلحق بهما، كما قال الجمهور، للقطع بأنه يستحيل أن يولد منهما، بخلاف الرجلين، فإنه يمكن تخليقه من مائهما، كما يخلق من ماء الرجل والمرأة"<sup>3</sup>، للحديث المروي عن عمر بن الخطاب<sup>4</sup>، لكن حسب هذا الرأي، فالتشريك في النسب يقع في صورة ما إذا كانت المرأتين زوجتين للرجل صاحب النطفة، لا غير، أما أن تكون صاحبة الرحم أجنبية عن الزوج، فيمكن القول بالتشريك، لكن كإجراء تعزيري يقضي به ولي الأمر، حفظا للمصلحة<sup>5</sup>.

لكن ما ترجح لدينا، القول بإثبات الأمومة للمرأة التي حملت وولدت، إذ مصلحة الطفل تكمن في إبقائه معها، وهو قول الفقهاء القدامى، أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة بخلاف الرجال<sup>6</sup>، فإن كانت صاحبة الرحم أجنبية عن الزوج، فقياسا على ولد الزنا، الذي يكون نسبه لأمه<sup>7</sup>، وهذا من المبادئ التي أقرها القضاء، أن الزنا لا يثبت النسب، ولا ينسب لأبيه<sup>8</sup>. كما أن المشرع بتوظيفه لمصطلح "الأم البديلة"، يكون قد أخذ بالرأي نفسه، فأثبت الأمومة للمرأة التي تحمل وتضع، مع منع اللجوء إليها. كما احتاط لذلك، بمنعه لكل

<sup>1</sup>- بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج 01، ص. 247-248.

<sup>2</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص. 604.

<sup>3</sup>- شمس الدين مُحَمَّد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح. نايف بن أحمد الحمد، ط 01، مج 02، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، 1428هـ، ص. 590-591؛ شمس الدين السرخسي، ج 17، المرجع السابق، ص. 70-71.

<sup>4</sup>- روى سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف: "قد اشتركا فيه جميعا، فجعله عمر بينهما"؛ مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل...، المرجع السابق، ح. ر. 1578، باب اللقيط، ج 06، ص. 25.

<sup>5</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع نفسه، ص. 611.

<sup>6</sup>- مصطفى السيوطي الحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، د. ط، المكتب الإسلامي، دمشق، د. س. ن، ص. 767؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج 08، ص. 492؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 09، ص. 310.

<sup>7</sup>- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، حكم انتساب ولد الزنا إلى الزاني بعد زواجه بالزانية، موقع الإنترنت: <https://binbaz.org.sa>، تاريخ الإطلاع 2021/08/23، عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، المرجع السابق، ص. 2151.

<sup>8</sup>- المجلس الأعلى، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 35087، م. م. ع، 01، 1990، ص. 86.

أشكال التداول بالحيوانات المنوية والبويضات حتى بين الزوجات الضرات، وكذا الأجنة الزائدة بنص المادة 374 ق.ص.، وهذا يصب في اتجاه ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م، حيث جاء في التوصية الثالثة من القرار رقم 55 " يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع"<sup>1</sup>.

أما نسبه لأبيه، فمعلوم بوجود اتفاق على نسب الطفل لصاحب النطفة، عندما يكون زوجا للمرأتين معا، صاحبة البويضة وصاحبة الرحم، وإن وجد هناك توقف في الإجازة الشرعية المطلقة لهذه الصورة<sup>2</sup>، على خلاف فرضية المرأة الأجنبية عن العلاقة الزوجية، أين يمكن عد الرجل صاحب النطفة أبا بيولوجيا للطفل، لا غير. وإن وجد قول في الفقه المالكي يرى بإمكانية إلحاق الولد الذي تخلق من مني بغير جماع للزوج، كأن يكون الحمل ناتج عن دخول المنى في فرج المرأة كحمام أو نحوه، بشرط أن تكون ذات زوج وأمكن إلحاقه به، ومضى ستة أشهر من يوم تزوجها فأكثر، فإن لم تكن ذات زوج أو كانت، ولكن استحال إلحاقه به، لم يلحقه<sup>3</sup>.

والإنجاب الاصطناعي سواء حدث داخل نطاق العلاقة الزوجية أو خارجه، فمرده بالأساس إلى تمكن الأطباء من الاحتفاظ بالخلايا التناسلية الذكرية أو الأنثوية في ظروف تبقئها على هيئتها، كما لو أنها خرجت في الحين من أصحابها، إلا أن هذه التقنية لاقت بحوثا شرعية وقانونية للحكم على مدى مشروعيتها، وضبط كيفية اللجوء إليها، وهو ما سنعالجه في الفرع الموالي.

### الفرع الثالث

#### مصير الأجنة الزائدة في الإنجاب الاصطناعي

يلجأ الأطباء في أغلب المراكز المتخصصة في الإنجاب الاصطناعي إلى الأجنة الاحتياطية، كونها العامل الرئيسي لتجاوز عقبة فشل الإنجاب بهذه الأسلوب، لكن في المقابل قد تطرأ تصرفات أخرى منافية للشرع والقانون، تلحق بهذه الأجنة، كالتبرع أو البيع، أو حتى البحث العلمي، فيبقى لزاما رسم الإطار القانوني للتصدي لمثل هذه التجاوزات، كونها تخل بالجانب الأخلاقي والاجتماعي، فضلا عن الجانب الإنساني، هذا ما

<sup>1</sup>-القرار رقم 55 بشأن البيوضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م، المرجع السابق، ص.177.

<sup>2</sup>-القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته الثامنة، المرجع السابق، ص.161 وما بعدها.

<sup>3</sup>- الموسوعة الكويتية، ج35، المرجع السابق ص205؛ مُجد عرفة الدسوقي، ج1، المرجع السابق، ص130.

يدفعنا لمحاولة الوقوف على ذلك، بالتطرق للطبيعة القانونية للجنين(أولاً)، ثم مدى مشروعية الاحتفاظ بتلك الأجنة(ثانياً)، وأخيراً كيفية التخلص منها(ثالثاً).

### أولاً: الطبيعة القانونية للأجنة الزائدة

الجنين مشتق من كلمة جنن، والجنين وصف له ما دام في بطن أمه، والجمع أجنة، وسمي بذلك لاستتاره، فإذا ولد فهو منفوس<sup>1</sup>، والجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، لذلك فالمعنى الاصطلاحي، لا يخرج عن المعنى اللغوي<sup>2</sup>.

والخلاف الواقع فقها يكمن بالأساس في تحديد بداية الحياة الإنسانية للجنين، مع الاتفاق على حرمة التعدي عليه متى كان مستترا في بطن أمه، لذلك وجدت آراء حول هذه المسألة، تتأرجح بين إنسانية ومادية البويضات الملقحة، على النحو التالي:

فأرى يقول بإنسانية البويضات الملقحة الزائدة، فهي تأخذ صفة الجنين في العرف العلمي والشرعي، فتأكد الحرمة والكرامة، فلا يتعدى عليها بالإعدام أو النقل إلى رحم أخرى، ولا تكون محلاً للتجارب العلمية، لأنها تشكل بداية كارثة إنسانية<sup>3</sup>. ويستدل في ذلك بقول الإمام الغزالي « وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتحتل بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جنائية، فإن صارت مضغعة وعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حيا<sup>4</sup> ».

فقياساً على ذلك، أن النطفة الملقحة تكتسي نفس الحرمة المقررة داخل الرحم، أي أن التلقيح كان خارج الرحم أو داخله، فطبيعة الوعاء لا تؤثر على هذه الحرمة.

وأرى يقول بمادية البويضات الملقحة، فهي خارج الرحم لا تعدو أن تكون شيئاً، يمكن الاستحواذ عليه، ولا يكتسبها طابع الإنسانية، إذ أن الحرمة لتلك البويضات تتبع مكان تواجدها، وهو الرحم، ولا يتحقق لها ذلك، إلا بعد اندماجها بجدار الرحم وسميت حملاً، ولو كانت جنيناً ما تم إجراء التجارب العلمية عليها، وتدميرها، وصناعة العقاقير من الخلايا البشرية، فلا تكون مستحقة للحماية، ولا يمكن توقيع عقوبات جرمية

<sup>1</sup>- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.43.

<sup>2</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج16، المرجع السابق، ص.117.

<sup>3</sup>- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.181.

<sup>4</sup>- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص.491.

الإجهاض، لانعدام الحمل وهو الجنين<sup>1</sup>، فهذا يصب في قول أحد الفقهاء القدامى أن " العلقه في حكم النطفة في أنه لم يستقر لها حرمة ولم يتعلق بها شيء من الأحكام"<sup>2</sup>، وما يترتب على هذا القول عدة آثار تتمثل في الاستخدامات المحتملة لها، نذكر منها<sup>3</sup>:

-الاستخدام الطبي لتشخيص الخصوصيات البيولوجية للعلل التي تصيب الجنين، يسمح من خلالها للزوجين اتخاذ الاحتياطات اللازمة للحمل القائم أو مشروع الحمل المستقبلي.

-الاستخدام المعرفي، لتطوير حقل البيولوجيا والوراثة الإنسانية.

-الاستخدام لأغراض علاجية، تصل إلى حد زرع بعض الأنسجة إذا أخذت في وقتها.

-إمكانية إجراء التجارب العلمية، وإن كان جانب من هذا الاتجاه التخفيف من حدة رأيه، باشتراط رضا صاحبي النطفة والبويضة لإجراء البحث والتجارب على خلاياهما، مع إضافة شرط عدم المساس بسلامة البويضة المخصبة محل البحث.

ورأي ثالث<sup>4</sup>، يقول بضرورة مبدأ التمييز بين الأمشاج المكتسبة لصفة الجنين، وبين تلك التي تعد من منتجات الجسم، ومناطق ذلك لحظة بدء عملية الإنضاج والتكوين، أي قبل هذه المرحلة تظل الحيوانات المنوية والبويضات مكتسبة لهذا الوصف ولو بعد اندماجها وحدث عملية التخصيب، ما دامت لم تصل إلى مرحلة التكوين والإنضاج، ما يجعلها قابعة لكل الضوابط الشرعية والقانونية المتعلقة بعمليات النقل، ورضا الزوجين، وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة. لكن بمجرد إنضاج اللقيحة الأدمية، وبغض النظر عن مكان تواجدها، فإن نطاق تلك الحماية ينتهي، ل يتم استبداله بحماية مناسبة للمرحلة التي هي عليها، أي تلك المتعلقة بالأجنة البشرية المنصوص عليها في قانون العقوبات، وغيرها من النصوص الخاصة.

أما المشرع، بالمادة 374 ق.ص.، يبدو لنا أنه ينفي صفة المادية للبويضات الملقحة، من خلال منعه لأن تكون محلا لأي تصرف قانوني، كالتبرع، أو البيع، أو أي شكل آخر من المعاملة، وحتى في مجال البحث العلمي، سواء كان في أول مراحلها أو عند تخصيبها، بدليل توظيفه لمصطلح "الأجنة الزائدة" في الفقرة الرابعة من نفس المادة، ووقفا عند المصطلح المستعمل، فهو في الظاهر يميل إلى اعتبارها جنينا، بالرغم من عدم استقرارها في الرحم، فلا يتقيد بمكان تواجدها.

<sup>1</sup>-حسن حامد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، كلية الحقوق، مج 2013، ع06، ص.14.

<sup>2</sup>-أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ج01، ص.387.

<sup>3</sup>-عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.2176.

<sup>4</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.293.

على النقيض من ذلك، قد نجد ذلك تعارضا مع القواعد العامة، التي تنص على بداية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي، المنصوص عليها في القانون المدني وما استقر عليه القضاء، حسب ما فصلناه سابقا، فجعل تحققها على شرط واقف، يتمثل في ولادة الجنين حيا.

#### ثانيا: مدى مشروعية الاحتفاظ بالأجنة الزائدة

مكنت التطورات الطبية من حفظ الأجنة، ليتم اللجوء إليها عند الحاجة في عملية التلقيح الاصطناعي، مع توفير ظروف فيزيائية وكيميائية معينة تمكن من بقائها لمدة قد تصل إلى ربع قرن، إذ يكون حفظها في ثلاثيات ببرودة أقل من 196 درجة مئوية، في مادة النيتروجين السائل داخل علبة مصنوعة من رصاص خاص لوقايتها من الأشعة حفاظا على سلامتها<sup>1</sup>.

لكن الحاصل هو الخلاف حول مشروعية الاحتفاظ بهذه الأجنة، لما يترتب عن ذلك من مشاكل، إلى جانب المدة الكافية للاحتفاظ بها، فمنهم من منع هذا العمل على إطلاقه (أ)، ومنهم من أجازته مع التقييد (ب).

#### أ- عدم جواز الاحتفاظ بالأجنة الزائدة

ذهب جمع من الفقهاء إلى حرمة تجميد الأجنة الزائدة في البنوك المخصصة لذلك، خشية التعامل بها بالبيع أو التبرع، أو استعمالها في التجارب الطبية، ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، إذ أن النطفة هي بداية خلق الإنسان، فالقول بجرمة هذا الإجراء هو الأولى بالمراعاة، ولو ترتب على ذلك الألم الذي يصيب الزوجة من محاولة الإنجاب مرة أخرى<sup>2</sup>.

وحتى مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي لم يبح ذلك، في القرار رقم 55 المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م، حيث جاء في التوصية الأولى ما نصه: "في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الرحمن مجد أمين طالب، البنوك الطبية واقعتها وأحكامها، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج2، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1311؛ حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج2، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1506.

<sup>2</sup>- نوح علي سليمان، حكم تجميد الأجنة، فتوى رقم 675، دار الإفتاء الأردنية، موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo)، تاريخ الإطلاع 2021/08/26.

<sup>3</sup>- القرار رقم 55 بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص.177.

## ب- جواز الاحتفاظ بالأجنة الزائدة

بعض الفقهاء أجازوا عملية الاحتفاظ بالأجنة الزائدة، لكنهم اشترطوا ضوابط أهمها، أن تشرف على الأجنة جهة طبية تتسم بالثقة علميا ودينيا، مع سن قانون ينظم تلك العملية، وأن يكون مصدرها تلك الأجنة زوجين مرتبطين بزواج شرعي، وأن تتوفر الضرورة القصوى، دون الإطالة في مدة التجميد، خشية وقوع طلاق أو وفاة الزوج أثناء فترة الحفظ<sup>1</sup>.

## ثالثا: موقف المشرع من الاحتفاظ بالأجنة الزائدة

في ظل غياب نصوص خاصة لتنظيم عملية حفظ الأجنة الزائدة وكيفية التخلص منها، أصدرت وزارة الصحة التعليمية الوزارية رقم 300 المؤرخة في 2000/05/12، تضمنت شرط رضا الزوجين في ذلك، تمكنهما من اللجوء إليها عند فشل المحاولات الأولى، خلال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، ليتم التخلص منها بعد انقضائها، وتحرير محضر لإثبات ذلك، أو عند الوفاة أو الطلاق<sup>2</sup>.

وبقي الوضع على حاله بالرغم من وجود نص المادة 45 مكرر ق.أ.، التي لم تشر إلى مثل هذه التقنيات. بيد أن المشرع تجاوز هذا الإغفال بصدور قانون الصحة، حيث نصت المادة 376 منه على أنه: "تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم"، ويلاحظ من ذلك: -إقرار مبدأ حفظ وتجميد الأمشاج، مسائرا في ذلك القائلين بالجواز.

-استعماله لمصطلح -الأمشاج- بدل من مصطلح -الأجنة-، المشار إليه في المادة 375 من نفس القانون.

-استعماله لمصطلح -حفظ- بدل من مصطلح -تجميد-، الشائع الاستعمال عند الفقهاء والقانونيين.

كمحاولة لتفسير ذلك، بالنظر إلى أن المصطلحات القانونية لها الأهمية البالغة في رسم الأطر القانونية، فإن كلمة الأمشاج يقصد بها عند المفسرين، أخلاط ماء الرجل وماء المرأة والدم والعلقة، إذ روي عن ابن عباس رضي الله عنه، أنه قال: "الأمشاج: الحمرة في البياض، والبياض في الحمرة"، وهذا قول يفضله كثير من أهل اللغة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- عيسى بن سليمان بن فهد العيسى، حكم إتلاف البيوضات الملقحة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 36، 2016، ص. 395؛ مرجحا إسماعيل، المرجع السابق، ص. 508 وما بعدها.

<sup>2</sup>- قاسم العبد عبد القادر، المرجع السابق، ص. 210.

<sup>3</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج. 21، ص. 447.

ولقد اتفق الفقهاء على أن النطفة الأمشاج "البويضة الملقحة"، لا يطلق عليها مسمى الجنين<sup>1</sup>، تماشياً وحديث النبي ﷺ الذي قال فيه: "إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكاً، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى؟"، فيقضي ربك ما شاء ويكتب الملك..."<sup>2</sup>، لكن قد تسمى النطف الأمشاج أجنة، في العرف العلمي<sup>3</sup>، ولو أطلق عليها اسم الجنين لكان ذلك على سبيل المجاز، أو باعتبار ما سيكون مستقبلاً بإذن الله عز وجل<sup>4</sup>. كل ذلك قد يبرر استعمال المشرع لكلا المصطلحين "الأجنة والأمشاج"، في المادتين 374 و376 ق.ص..

أما بالنسبة لتوظيفه كلمة "حفظ" بدلا من كلمة "تحميد"، وعلى حسب ما وقفنا عليه، فإن كلا الكلمتين تحققان نفس المعنى، بدليل أن هناك من عرف اللقاح المجمدة بأنها: "اللقاح الزائدة في عملية التلقيح خارج الجسد التي تبرد ثم تحفظ في بنك اللقاح"<sup>5</sup>. فقول "تحفظ"، بمعنى توضع في درجة برودة خاصة مع سوائل تتطلبها تبقياها حية دون أن تنمو، وعند الحاجة إليها ترفع عنها حالة التبريد تدريجياً، لتصل إلى درجة الحرارة الطبيعية، يؤدي ذلك إلى عودة التفاعلات الكيميائية فيها من جديد<sup>6</sup>.

وفي ذات السياق، فإن تلاف الأجنة مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها، فوجد المشرع مكتفياً بنفس المادة 376 ق.ص. بنصها: "تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم"، في حين أن التصرف قد عرف تجاذبا في الآراء، نظرا لما ينطوي عليه من استغلال غير مشروع. ولقد تبنى مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم 55، طريقة التخلص من تلك الأجنة، حيث جاء في التوصية الثانية منه، ما نصها "إذا حصل فائض في البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- ليلي بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1434.

<sup>2</sup>- سبق تخريجه؛ ص.202 من هذه البحث.

<sup>3</sup>- ليلي بنت سراج صدقة أبو العلا، المرجع نفسه، ص.1434.

<sup>4</sup>- أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعياً، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.2119.

<sup>5</sup>- أماني جاد أحمد جاد الكريم، الأحكام الفقهية المتعلقة بالبويضات الملقحة المجمدة دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، مصر، مج31، ع02، ص.1177.

<sup>6</sup>- أماني جاد أحمد جاد الكريم، المرجع نفسه، ص.1179.

<sup>7</sup>- القرار رقم 55 بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص.177.

بخلاف من ذلك، هناك من يرى بعدم إتلافها، بل لابد من احترامها، لأن الحياة الإنسانية تبدأ منذ التلقيح، فيحرم التعدي عليها، فهي بمثابة حي صالح لأن يكون آدمياً، كما أن الأحكام المتعلقة بالحمل تقع منذ بداية الحمل، دون أن يشترط لتطبيقها أن يكون الحمل في مرحلة معينة<sup>1</sup>.

غير أن ما يؤخذ عليه المشرع، تخصيصه مادة قانونية واحدة، بالرغم من أهمية وخطورة استعمال هذه التقنية، إذ بمقتضاها يتطلب الأمر عادة إنشاء بنك معد خصيصاً لذلك، فهل يعقل أن يفوض وضع الإطار القانوني اللازم لها لنصوص التنظيم؟

أمام هذا الفراغ القانوني، فإننا نرى بضرورة وضع مدونة خاصة، تتضمن الإطار القانوني لإنشاء تلك المراكز المتخصصة في حفظ الأجنة والأمشاج والكيفية التي يتم إتلافها بها، درء للعبث بالخلايا البشرية وتوجيه استغلالها على الوجه المشروع، بعيداً عن تلك الممارسات غير القانونية، التي من شأنها إهانة الكيان البشري والمحافظة على إنسانيته، والمساس بخريطة نسبه. لأن القول بمادية البويضات الملقحة، يجعلها قابلة للتعامل فيها كباقي الأشياء، ما يؤدي إلى تجاهل القيمة الحقيقية لتلك الكائنات الحية البشرية، مع إهدار مبدأ احترامها في صورتها الحية أو الميتة، وبصرف النظر عن كونها مادة مخبرية. كما يجدر التنويه إلى أن هناك فرقا شاسعا بين الحياة والروح، لا يعلمه إلا الله عز وجل.

بذلك نكون قد أنهينا المبحث الأول من هذا الفصل الموسوم بتقنية الإنجاب الاصطناعي، لنلج إلى المبحث الثاني بعنوان تقنية نزع وزرع الأعضاء التناسلية، فهي وسيلة يلجأ إليها الأطباء لتخطي عقبة العقم، كما أنها تتماز بنوع من الدقة والخطورة، لكونها تمس الأجهزة التناسلية وما تحمله من صفات وراثية.

## المبحث الثاني

### تقنية نزع وزرع الأعضاء التناسلية

غني عن البيان أن ما وصل إليه الفكر الإنساني، من توظيف التطور العلمي في تطوير الطرق العلاجية، فليس بالزمن البعيد، حيث كان ينظر إلى بعض الجراحات على أنها مستحيلة التنفيذ، أضحت اليوم في عداد الأعمال الطبية العادية، إذ يمكن مباشرتها دون عناء يبذله الطبيب، ومن غير معاناة للمريض، وما تم استحدثه منها، جراحة تأهيل وتعويض الأعضاء التناسلية<sup>2</sup>، فقد يلجأ الطبيب إلى هذا النوع من المساعدة الطبية، عندما

<sup>1</sup> -مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص. 545 وما بعدها.

<sup>2</sup> -خلافي ربيعة، تأثير الاكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً "دراسة فقهية قانونية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، معهد العلوم القانونية والإدارية، مج3، ع05، جوان 2018، ص. 266.

يكون سبب العقم راجع إلى عدم أهلية بعض الأعضاء التناسلية، أو عدم صلاحيتها مطلقاً، مما يدفع بالطبيب إلى تحديد طبيعية تدخله الجراحي، فيكون إما تدخلاً تاهلياً أو تدخلاً تعويضياً.

فالتدخل الجراحي التاهيلي للأعضاء التناسلية، قد يتجلى مثلاً، عند وجود دوالي الخصية، وهي عبارة عن وريد متورم<sup>1</sup>، فيكون هو المسؤول عن نسبة معتبرة من العقم. غير أنه لا يمنع الخصية مطلقاً من إنتاج الحيوانات المنوية، لكنه يؤثر على عددها وسرعتها وحيويتها من خلال الرفع من حدة درجة حرارة الخصية لتجاوز بذلك الحد المناسب لها. فإذا تبين عدم جاهزية الحيوانات المنوية من ناحية العدد والشكل والسرعة والنشاط فيتقرر إجراء العملية وإزالة الدوالي، كونها هي السبب في إعاقه تخصيب البويضة<sup>2</sup>. وعند المرأة، كالرحم المضاعف، الذي يكون حجمه ضعف الحجم الطبيعي، والرحم الثنائي القرن والوحيد القرن وثنائي الحجرة والرحم المسطح، كلها أشكال لا يقوم معها الحمل<sup>3</sup>، لذلك يبقى هذا النوع من الأعمال الجراحية المندرجة ضمن الأعمال الطبية المرخص بها، كونها لا تحيد عن هدف العلاج وإزالة الألم، من دون تسجيل أية محاذير شرعية أو قانونية، وهذا ليس داخل في دراستنا.

أما التدخل الجراحي التعويضي، فيهدف إلى زرع الأعضاء والغدد التناسلية في حالة فقدانها أو عدم صلاحيتها مطلقاً، كزرع الخصيتين عند الرجل أو المبيضين والرحم والقنوت الناقلة عند المرأة، فقد ثبت أن مثل هذه الأعضاء تنطوي على إشكالات عديدة، ومفاسد أخلاقية واجتماعية<sup>4</sup>، أبرزها إمكانية المساس بمقصد حفظ النسل، المعلوم بالضرورة، حرص الشريعة الإسلامية على صونه، في ظل التفريق الحاصل بين الفقهاء والأطباء لتلك الأعضاء، على أساس مدى حملها للصفات الوراثية من عدمه.

إلا أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي فرق بين زرع الأعضاء التناسلية، الناقلة للصفات الوراثية، فحرمها لسد باب خلط الأنساب، وبين زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي غير الناقلة للصفات الوراثية، وما عدا العورات المغلظة، فأجازها بشرط توفر الضرورة المشروعة، وإن كان يصعب تطبيق أحكام الضرورة في هذه الحالة<sup>5</sup>. أما المشرع، فلم يتعرض لهذه المسألة بصفة صريحة في قانون الصحة رقم 18-11، ضمن القسم الأول من الفصل الرابع، تحت عنوان أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، الأمر الذي يحتم معه الرجوع إلى باقي نصوص التشريع الجزائري، وهذا الذي سنركز عليه في بحثنا.

<sup>1</sup>-بودحوش نصر الدين، المرجع السابق، ص.32.

<sup>2</sup>-خالد جبر، المرجع السابق، ص.47.

<sup>3</sup>-خالد جبر، المرجع نفسه، ص.38.

<sup>4</sup>-خلافي ربيعة، المرجع السابق، ص.267.

<sup>5</sup>-محمود عبد الرحيم مهرا، المرجع السابق، ص.472.

وانطلاقاً من كون زراعة الأعضاء التناسلية داخلية في مجال زراعة الأعضاء الأخرى، فقد تقتضي دراستنا التطرق إلى ما يتعلق بهذه العملية من أسس وضوابط قانونية بصفة عامة، لتتوصل ما يمكن اعتماده وإسقاطه على عملية زراعة الأعضاء التناسلية، وذلك بالوقوف على ماهية زراعة الأعضاء التناسلية، مع إبراز الأساس القانوني (المطلب الأول)، ثم الضوابط القانونية لعمليات زرع الأعضاء والحكم الشرعي (المطلب الثاني)، وأخيراً أثر زراعة الأعضاء التناسلية على النسب والمسؤولية الطبية الناتجة عن هذه الجراحة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### ماهية عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية وأساسها القانوني

كرم الله عز وجل بني آدم وفضله على كثير من الخلق مصداقاً لقوله: « وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَبْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً » ، وهذا التكريم مختص به حال حياته ومماته، فجسمه مصون من الاعتداء عليه والإضرار به، وجثته كذلك. كما أن من مقتضيات المحافظة عليه معالجته إذا اعتل جزء منه، وعمليات زراعة الأعضاء من الأعمال التي تحمل في طياتها تناقضاً من حيث كونها من سبل العلاج وحفظ الجسم البشري، إلا أن الأفعال الممارسة من خلالها تشبه أفعال التعدي المجرمة، لذلك يكون من المقبول تبرير ذلك، من خلال محاولة إعطاء تعريف مناسب لها (الفرع الأول)، ثم الأساس القانوني الذي تبنى عليه (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية ودوافعها

يمكن أن يتضح لنا تعريف هذه العملية بتبيان مدلول بعض مصطلحات هذه الجراحة (أولاً)، ثم تعريفها (ثانياً)، وأخيراً الدوافع الملجئة إليها (ثالثاً).

#### أولاً: مدلول بعض مصطلحات هذه الجراحة

أ- الأعضاء: العضو: بالضم والكسر، كل لحم وافر بعظمه<sup>1</sup>، أو كل جزء من جسم الإنسان يتميز عن غيره من الأجزاء وتكون له وظيفة محددة، كالقلب واللسان، وغيرهما<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.1312.

<sup>2</sup> -أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.711.

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: "يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة و خلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه"<sup>1</sup>.

يتضح لنا أن العضو يقصد به، كل جزء من جسم الإنسان، له نشاط ينفرد به، يميزه عن غيره، يسهم في البنية الحيوية للجسم.

**ب-الغدد:** الغدة والعُدَّة: بضمها، كل عقدة في الجسد أطاف بها شحم، وكل قطعة صلبة بين العصب، جمع: غد، والغدُّ<sup>2</sup>، أو هي التي في اللحم<sup>3</sup>

الأعضاء التناسلية، هي الأعضاء التي تنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف، وهي أيضا محل الجمع، وتختلف الأعضاء التناسلية عند الذكر عن أعضاء الأنثى، وأعضاء الذكر الخصيتين اللتان تسكنان كيس الصفن، خارج البطن وتولد النطف، ثم القنوات الناقلة للنطف، ثم القضيب، أما عند الأنثى، فتتألف من المبيضين المنتجين للبويضات، ثم بوقي الرحم اللذين ينقلان البويضات، ثم الرحم، ثم الفرج<sup>4</sup>.

وعرفت أيضا بأنها: "أجزاء الجسد الإنساني التي تسهم بصورة من الصور في عملية الإنجاب، وهي المبايض والرحم في المرأة والخصيتان والقضيب في الذكر، ويلحق بذلك من الرجل وبويضات المرأة"<sup>5</sup>.

وللغدد التناسلية وظيفتان، إحداها إفراز النطف والبويضات، وثانيهما إفراز الهرمونات الذكرية والأنثوية، وتكون أشد تعقيد في الأنثى، فتكون سببا في حدوث دم الحيض، أما عند الذكر، فبها تظهر علامات البلوغ المعروفة والرغبة الجنسية<sup>6</sup>. أما الأعضاء، فهي ما سوى الغدد التناسلية، كالقضيب عند الذكر أو الرحم والأنبوبة والمهبل عند المرأة، فإنه ينطبق عليها مثل ما ينطبق على باقي أعضاء الجسم، كالقلب، والكلى، والكبد، وغيرها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-القرار رقم 26 مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق 06-11 فيفري 1988م؛ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup>-مجد الدين مُجد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.304.

<sup>3</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.838.

<sup>4</sup>-أحمد مُجد كنعان، المرجع السابق، ص.87.

<sup>5</sup>-مُجد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.174.

<sup>6</sup>-مُجد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ط01، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1994، ص.245.

<sup>7</sup>-صديقة علي العوضي؛ كمال مُجد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1665.

- يلاحظ على هذين التعريفين، أنهما لا يفرقان بين الغدد والأعضاء، فحسبهما أن مصطلح الأعضاء يكون شاملاً لكليهما، وهذا الذي نميل إليه ونبرر توظيفنا لهذا المصطلح.
- ج-النقل: نقله، حوله فانقل<sup>1</sup>، تحويل الشيء من موضع إلى موضع، نقله، ينقله، نقلاً<sup>2</sup>.
- د-الزرع: طرح البذر في الأرض، وهو أيضاً: الإنبات<sup>3</sup>.
- هـ-الغرس: غرست الشجرة غرساً، من باب ضرب، فالشجر مغروس، ويطلق عليه أيضاً غرس وغراس<sup>4</sup>.
- و-الزراع: النون والزاء والعين أصل صحيح يدل على قلع شيء. ونزعت الشيء من مكانه نزعاً<sup>5</sup>.

ما نشير إليه هو أن المشرع استعمل مصطلح "زرع وزرع الأعضاء" ضمن نصوص قانون الصحة، فهو مصطلح شائع الاستعمال، لكن بالتدقيق فيه من الناحية اللغوية، فيمكن القول أنها تسمية صحيحة في أحد شقيها، "فالزراع" هو قلع الشيء من مكانه، وهو مناسب مع هذه الجراحة، بمعنى: قلع العضو وزحزحته من مكانه، أما الشق الثاني، المتمثل في كلمة "زرع"، فهو لا يستقيم مع هذه الجراحة، لأن الزرع كما سبق بيانه، هو الطرح والإلقاء، ففيه نوع من العشوائية، ويدل على كثرة الشيء المزروع، وعدم نضجه وصلاحيته، لذلك يميل البعض إلى تفضيل استعمال كلمة "غرس"، ونحن نؤيده، لأنها أدق وأصح لاستعمالها في مجال جراحة الأعضاء<sup>6</sup>. وقد وردت أحاديث عن النبي ﷺ تدل على وجود فرق بين الغرس والزرع، منها ما رواه أبو عوانة عن قتادة عن أنس، قال: قال رسول الله ﷺ: "ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة"<sup>7</sup>.

### ثانياً: تعريف عملية زرع وزرع الأعضاء التناسلية

عملية زرع وزرع الأعضاء يطلق عليها عدة مصطلحات، كغرس الأعضاء، نقل الأعضاء، انتفاع الإنسان بأعضاء الإنسان، التبرع بالأعضاء وترقيع الأعضاء<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.1064.

<sup>2</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج14، المرجع السابق، ص.197.

<sup>3</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.489.

<sup>4</sup>-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.169.

<sup>5</sup>-أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج05، ص.415.

<sup>6</sup>-محمد أيمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكلاً الاجتماعية وقضاياها الفقهية،

كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع04، ص.62.

<sup>7</sup>-أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج05، ح.ر.13736، ص.663.

<sup>8</sup>-صديق مروج، بوشيش صالح، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1، كلية العلوم الإسلامية، مج20، جوان 2020، ع25، ص.202.

فزراعة الأعضاء أو غرس الأعضاء هناك من عرفها أنها: "نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف"<sup>1</sup>،

وعرف آخر بأنه: "غرس الأعضاء يقصد به نقل عضو سليم من جسم متبرع (معطي، مانح) سواء كان إنساناً أو حيواناً أو أي كائن حي، وإثباته في الجسم المستقبل (الآخذ، المتلقي) ليقوم مقام العضو المريض في أداء وظائفه"<sup>2</sup>.

من التعريف العام لعملية زراعة الأعضاء، يمكن أن نسوق تعريفاً مناسباً لجراحة الأعضاء التناسلية، فيقصد بها: نزع عضو سليم له دور في عملية الإنجاب من جسم إنسان، وغرسه في جسم إنسان آخر، تعرض لفقد أو تعطل عضوه المماثل للعضو المنزوع، ليقوم مقامه ويؤدي وظيفته، دفعا للألم العضوي أو النفسي. وهذه العملية هي من الأعمال الطبية، التي تتطلب وجود أسباب تدفع للإنسان إلى طلبها، وغالبا ما تكون بدافع الرغبة في الإنجاب، إلى جانب حب الجمال والتجمل وتحقيق الاستمتاع.

### ثالثا: دوافع إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية

معلوم أن المريض إذا لجأ إلى الطبيب، يكون مدفوعا بعلّة، كذلك الأمر بالنسبة إلى عمليات زرع الأعضاء التناسلية هي الأخرى تحيطها بع الدوافع تختلف من حلة إلى أخرى، قد تتأكد في جانب الرجل أو المرأة على حد سواء، أهمها ما يلي:

أ-الرغبة في الإنجاب: هو سبب يتقرر بوجود العقم الناتج عن عدم صلاحية إحدى الغدد أو الأعضاء التناسلية للزوج أو الزوجة، بعد قيام الطبيب المختص بالتشخيص، ولعل بقاء الزوجين دون إنجاب يصعب من حياتهما الزوجية، ما يستدعي طلبهما عملية زرع العضو التالف.

ب-دافع الاستمتاع: هو أمر فطري، مصدره الشهوة المزروعة في كلا الزوجين، ولا تزول تلك الشهوة إلى باستمتاع الزوجين بعضهما لبعض، لكن بشرط تمتع كلاهما بقدرة جنسية تتحقق بسلامة أجهزتهما التناسلية، فوجود أي نقص فيها له أثر مباشر على درجة حصول الاستمتاع، بالإنقاص أو الإعدام، فتقوم الحاجة إلى الإستطباب ومحاولة استخلافه بوساطة عملية الزرع.

ج-المحافظة على الجمال: من إبداع الله عز وجل في خلقه، أن جعل للأعضاء التناسلية للذكر والأنثى وظيفتين، إحدهما تتجلى في إفراز الخلايا التناسلية لتحقيق الإنجاب، وأخرى تكمن في إفراز بعض الهرمونات

<sup>1</sup>-مُجد علي البار، الموقف الفقهي...، المرجع السابق، ص.89.

<sup>2</sup>-مُجد أيمن صافي، المرجع السابق، ص.62.

التي تتحكم في صفات الذكورة والأنوثة، فمثلا هرمون الأنوثة له تأثير واضح في الجمال الأنثوي، كنعومة الجلد ورقة الصوت وتوزيع الشحوم على الجسم<sup>1</sup>.

إن بفقدان كلا الجنسين للأعضاء المسؤولة عن الصفات الجمالية يربط ضررا نفسيا، قد يكون معتبرا شرعا، يؤثر على نفسية المصاب، منهما كما يمكن أن يشكل عائقا للاستمتاع التام للزوجين، لكن المعتبر عند الفقهاء يكون بناء على العرف في أوساط الناس، مع الأخذ بنصيحة الأطباء، خاصة في المجال النفسي بما لا يخالف النصوص والقواعد الشرعية<sup>2</sup>.

وما من تدخل طبي إلا وله أساسه القانوني الذي يبرره، وعملية زراعة الأعضاء نالت نصيبها من إثراء الفقه لضبطه، وهو ما سنوضحه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### الأساس القانوني لعملية زراعة الأعضاء

إن لتحديد الأساس القانوني الأهمية البالغة في إباحة أي تصرف من عدمه، والغالب في مثل هذه الحالات السبق الدائم لرجال الفقه في الخوض فيها قبل تدخل المشرع، وقد شهدت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية آراء متعددة لمحاولة تكريس نظرية ملائمة، تسمح بالحكم عليها بالإباحة، وتمكين المرضى من الاستفادة بهذا التطور الطبي. ولكون هذه التقنية تقوم على استئصال عضو من أعضاء جسم شخص سليم، فإنه يحتم إعمال النصوص الجزائية لتكليفها، إذ بغياب شرط المصلحة العلاجية أو انتفاء رضا الأطراف، لمن شأنه أن يحدث التشابه بجرمة الجرح، يختلف تكليفها بحسب جسامته النتيجة المترتبة عليها، من جرح بسيط إلى إحداث عاهة مستديمة أو الإفضاء إلى الموت.

لذلك يكون لتحديد الأساس القانوني الذي يبنى عليه مثل هذا التدخل الأثر البين في تغيير التكليف القانوني من كنف التجريم إلى كنف الإباحة والمشروعية، فظهرت نظريات، تمثلت نظرية السبب (أولا)، ونظرية الضرورة (ثانيا)، ونظرية المصلحة الاجتماعية (ثالثا)، ونظرية رضا المتبرع (رابعا)، يمكن إيجازها فيما يلي:

<sup>1</sup>- محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1665؛ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص12.

<sup>2</sup>- صالح بن محمد الفوزان، العمليات التجميلية، المرجع السابق، ص.2391.

أولاً: نظرية السبب<sup>1</sup>

وفقاً لهذه النظرية، يمكن تأسيس الأعمال الطبية الواقعة على جسم الإنسان والحكم عليها بالمشروعية، بناء على الهدف المراد الوصول إليه، إذ أن عمليات نزع وزرع الأعضاء، كأصل عام ترمي إلى تخفيف آلام المريض أو إنقاذ حياته، أو ترميم سلامته الجسدية، فتكون مشروعيتها متوقفة على مدى تحقيق ذلك الغرض. إذ التصرف في نطاق هذه النظرية، يعد مشروعاً فيما إذا كان الهدف من المساس بالجسد هو تحقيق مصلحة علاجية للمريض، كما يجب أن يفهم على أنه تحقيق مصلحة واجبة الإحترام للغير أيضاً، بحيث تكون الأضرار التي تلحق بالمتبرع أقل درجة من المزايا المتحصل عليها للمريض، فأساس ذلك هو الموازنة بين المصالح المحققة لأطراف العملية<sup>2</sup>.

لكن هذه النظرية لم تسلم من النقد، بسبب عدم إيجادها معياراً دقيقاً للقول بمشروعية السبب، إذ أن مبدأ الموازنة بين المصالح لا يكفي لذلك، بل لابد من توافر ضرورة علاجية تستدعي العملية<sup>3</sup>.

## ثانياً: نظرية الضرورة

إن هذه النظرية عامة وشاملة، تمتد إلى جميع فروع القانون، بما فيها قانون العقوبات، إذ يمكن أن تكون سبباً للإعفاء من العقوبة، كحالة الدفاع الشرعي عن النفس<sup>4</sup>، وإن كان هناك جدلاً قائماً بين فقهاء القانون الجنائي حول طبيعتها، من حيث عدها مانعاً من موانع العقاب أو أنها سبباً لإباحة العمل<sup>5</sup>. وبعيداً عن ذلك، فإن أنصار هذه النظرية في ظل عمليات نزع وزرع الأعضاء، يرون بأن مشروعية العملية لا تتحقق إلا إذا وجد خطر محقق فيه نوعاً من الجسامة، مع عدم وجود سبيل آخر لتفادي ذلك الخطر، إلا بإجراء عملية نقل الأعضاء، مع ترتيب نوع من المسؤولية بالتحقق من سلامة جسد كلا الطرفين، المتبرع والمستقبل، بذلك فهو إعمال لمبدأ الموازنة بين الخطر المحدق بالمريض والضرر الذي قد يلحق بالمتبرع<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص. 269.

<sup>2</sup>- محمود ثابت محمد علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، القاهرة، مج 03، 2018، ع 44، ص. 205-206.

<sup>3</sup>- محمود ثابت محمد علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص. 206.

<sup>4</sup>- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة...، المرجع السابق، ص. 310.

<sup>5</sup>- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 63.

<sup>6</sup>- مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، مج 41، 2014، ع 02، ص. 1425.

ويعد مجال نزع وزراعة الأعضاء نموذجاً مثالياً لتطبيق حالة الضرورة بكافة أركانها، إذ أن عمل الطبيب في هذا المجال يعد من قبيل أعمال الإغاثة، ما يجعله مناسباً لاستعاب النظرية الفقهية المعروفة بنظرية الإنقاذ<sup>1</sup>. كذلك هذه النظرية تعرضت للنقد، لعدم توافر حاجة الضرورة في جانب الطبيب القائم بالعملية، ما يجعله فاقداً لأي مسوغ لاستئصال العضو وزرعه في المريض، بل إن الضرورة تكون قائمة في جانب المريض وحده. كما اتسع قصور هذه النظرية باستحداث البنوك الحافظة للأعضاء البشرية المستأصلة لحين الحاجة<sup>2</sup>. هذا النقد قابل بالرد، لكونه لا يستوي مع المفهوم الحقيقي للضرورة، لأنها نموذجاً للصراع بين المصالح المتناقضة، عندما يوجد خطر يهدد الشخص نفسه أو غيره، ما يضطره إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره، فيحدث الصراع بين مصلحتين إحداهما أحق بالرعاية من الأخرى<sup>3</sup>، والحال ذاتها بالنسبة للطبيب في عمليات نزع وزرع الأعضاء، فهو يمثل الطرف الثالث الذي يقدر التوازن بين الخطر والضرر الواقع على الطرفين، ما يفند قصر حالة الضرورة على المانح والمتلقي فقط<sup>4</sup>. وأيضاً، قد لا تتجسد حالة الضرورة في هذا النوع من العمليات، كحالة إمكانية تركيب أجهزة اصطناعية<sup>5</sup>، كأجهزة تصفية الكلى، أين يمكن للمريض البقاء على حاله، ما ينفي الضرورة الإلزامية لزرع كلى طبيعية في جسده.

### ثالثاً: نظرية المصلحة الاجتماعية

فالمصلحة يقصد بها ما يتحقق به من نفع، أو يندفع به ضرر<sup>6</sup>، وحسب أنصار هذه النظرية، فإن حق الفرد في سلامة جسده، وتمكنه من القيام بوظائفه الفيزيولوجية بصفة طبيعية، دون تعطيل، ما هي في الحقيقة إلا من أهم المصالح الاجتماعية، إذ المجتمع ككيان مستقل تهمه سلامة جسد الفرد، ليتمكن من إحداث فاعليته

<sup>1</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.65.

<sup>2</sup>-مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1425.

<sup>3</sup>-أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق، سبتمبر 2010، ص.192.

<sup>4</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص.69-70.

<sup>5</sup>-إقروفة زبيدة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008، ع02، ص.374.

<sup>6</sup>-عبد السميع أحمد إمام، منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب، ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الإصدار السابع والثلاثون، 2012، ص.100.

داخله. وعليه فالعمل الطبي يصب في هذا الاتجاه، كونه يحقق المحافظة على السلامة الجسدية للأفراد، ما يوجب على الطبيب ممارسة مهنته وفق المبادئ والأطر القانونية، بما فيها احترام إرادة الإنسان<sup>1</sup>.

من بين الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية، فكرة التضامن الاجتماعي، فالوظيفة الاجتماعية للشخص تلقي على عاتقه جملة من الواجبات، ما لم يشكل ذلك تعديا على سلامته الجسدية، فلا يكون تنازل الفرد على أحد أعضائه تصرفا مشروعاً، إلا بعد ترجيح ما يرجع عليه من مزايا، بالمقارنة مع الأضرار التي قد تلحق به، تماشياً ومنطق المصلحة الاجتماعية، إذ التبرع بإحدى الكليتين بقدر ما يمس المانح من ضرر، إلا أنه يزيد في النفع الاجتماعي، بإنقاذ حياة المتلقي<sup>2</sup>.

غير أن أنصار هذا الأساس وتفادياً منهم للنقد، اشترطوا اقتران المصلحة الاجتماعية برضا الشخص المتبرع، ما نتج عن ذلك إيجاد هذه الاتجاه لركيزتين أساسيتين، ينبنى عليهما مضمون هذه النظرية، والمتمثلين في الرضا الصادر عن المانح والمنفعة الاجتماعية التي تحققها عملية نزع وزرع العضو<sup>3</sup>.

هذه النظرية مثل سابقتها، لم تسلم من النقد، كونها تؤدي إلى إهدار الحقوق الفردية، خاصة في الأنظمة المستبدية، إذ بمفهومها هذا ينتج عنه استغلال الطبقة الغنية العالية الشأن لأفراد الفئات الفقيرة، فيتم انتزاع أعضاء أجسامهم، انطلاقاً من فكرة التكافل والنفع الاجتماعي. وبالرغم من أهمية هذا المبدأ، فلا يمكن تبرير مشروعية نزع وزرع الأعضاء بمقتضاه، لأنطواء هذه العمليات على خطورة تختلف من حالة لأخرى، مع المساس بالسلامة الجسدية للفرد، وجل القوانين تجرم ذلك، لما فيها من اعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة بالرعاية<sup>4</sup>.

وكتقدير لنظريتي الضرورة والمنفعة الاجتماعية، نجد أن كلا النظريتين تقومون على أساس الموازنة بين المصالح المترتبة على عمليات نزع وزرع الأعضاء. غير أن المتمعن يجد أن هناك فرقا يكمن في نطاق إحداث ذلك التوازن، فنظرية الضرورة ينحصر نطاقها في مصالح الأطراف، بينما نظرية المنفعة الاجتماعية، فيكون نطاقها على المستوى الاجتماعي دون الفردي.

والرأي القائل باقتران الرضا، لا يصلح للتطبيق، ذلك أن مثل هذا الشرط قد يستحيل تطبيقه لاسيما في حالة الخطر المحدق بالجسم، الذي ينفي تدخل إرادة الشخص، فلا سبيل لدفعه إلا بإجراء تلك العملية، فلا

<sup>1</sup>-مهند ناصر الزعي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1425.

<sup>2</sup>-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.198-199.

<sup>3</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 73.

<sup>4</sup>-مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.277.

يكون لرضا المجني عليه أي أثر في هذا الصدد، بل هو مجرد شرط غريب لا يرقى لعهده ركنا من أركان الضرورة المحددة قانوناً<sup>1</sup>.

خلاصة، فإذا وجدت الضرورة أمكن تبرير العملية وإباحتها لأنها تنطوي على مصلحة الفرد والمجتمع، بشرط رضا المريض والمتبرع، دون ترتيب أي ضرر على جسم المتبرع، للحفاظ على سلامة جسد الفرد ومصلحة المجتمع، كلاهما ضرورة ملحة تؤدي إلى الحكم بتداخل كل من آراء نظريتي الضرورة والمنفعة الاجتماعية<sup>2</sup>.

#### رابعاً: نظرية رضا المتبرع

فحوى هذه النظرية، أن رضا الشخص المتبرع بالعضو هو الأساس الذي يضمن صفة إباحة نزع العضو من جسده، لكن في ظل هذا الاتجاه، وجدت ثلاث آراء<sup>3</sup>، كل منها حاول إعطاء معيار كافي لجعل رضا المجني عليه سبباً من أسباب إباحة هذه العملية، وهي:

أ- **التنازل عن الحق:** فرضا المتبرع يعد تنازلاً منه عن سلامته الجسدية، مع احتفاظه بالعدول عن رضاه، إذ الموافقة لا تكون بصفة مطلقة. غير أن هذا الرأي لا يستقيم مع فكرة النظام العام، إذ الجسم البشري أو أي جزء منه لا يمكن أن يكون محلاً للتعامل، كالأشياء الأخرى.

ب- **التوقف عن استعمال الحق:** فالرضا يفقد المتبرع حقه في مواجهة من يلحق الضرر بجسده، لكن هذا القول لا يعقل كذلك، لتنافيه وحق الدفاع المكرس قانوناً.

ج- **استخدام رخصة قانونية لصاحب الحق:** فالتعبير عن الرضا المريض بعد منح رخصة قانونية للغير يخوله المساس بالسلامة الجسدية. لكن هذا القول لا يستوي، فالفرد ليس له حق ملكية على جسمه يمكنه من الترخيص للغير بالاعتداء عليه.

والمستخلص من ذلك، أن رضا المريض أو المتبرع من المسائل القانونية الهامة التي حظيت بعناية كبيرة من المشرع، بل يعد من الضوابط القانونية لممارسة مثل هذه العمليات، هو ما سنعالجه في أوانه، عند التطرق للضوابط القانونية لنزع وزراعة الأعضاء.

<sup>1</sup>- أحمد عمراني، المرجع السابق، ص. 202.

<sup>2</sup>- نبيلة أفوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية (أعمال الطبيب)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005، ص. 39؛ مهدي ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص. 1425.

<sup>3</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص. 278 وما بعدها.

## المطلب الثاني

## الضوابط القانونية لزراعة الأعضاء التناسلية وحكمها الشرعي

إن لمكانة مبدأ معصومية الجسد الأثر البين في تدخل المشرع لمحاولة إقرار الشروط القانونية الكافية لحمايته، ومنع كل اعتداء يقع عليه، كتجريم أفعال الضرب والجرح المفضي للوفاة، أو لإحداث عاهة مستديمة، إلى جانب ذلك ما يفرض من قواعد وإجراءات تنظم التدخلات الطبية وتوجيهها للغرض السليم، المتمثل في معالجة المرضى، بعيدا عن ما يشوبها من تصرفات غير مشروعة، كتلك المعروفة في مجال نزع وزراعة الأعضاء البشرية، حيث أعطتها صورة مشابحة لأسواق بيع الأشياء المادية، من بيع وسرقة وإتجار، الأمر الذي حتم احترام ما فرض من شروط قانونية لممارستها (الفرع الأول)، مع استبعاد زراعة الأعضاء التي حكم بعدم جوازها عند فقاء الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الضوابط القانونية لنزع وزراعة الأعضاء

نظم المشرع الضوابط القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء سابقا في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، في الفصل الثالث من الباب الرابع، بعنوان انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، في المواد من 161 إلى 168، مع الإشارة إلى أنه قبل صدور هذا القانون، كان الأطباء يستندون إلى فتاوى الشيخ الفقيه أحمد حماني، الأولى: بتاريخ 16/04/1980 والثانية: بتاريخ 14/02/1985، المجيزة لمثل هذه العمليات بين الأحياء أو من جثث الموتى<sup>1</sup>.

لكن الملاحظ في المادة 161 من نفس القانون، اعتبر التنازل عن العضو كالترفع به، بذلك يكون قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة والأعضاء من الأحياء، كما أنه لم يحدد الأعضاء التي تكون محلا للتنازل، بخلاف فتوى المجلس الأعلى الإسلامي، التي اقتضت على نزع وزرع الكلى في ذلك الوقت<sup>2</sup>. بعد تلك المرحلة استحدث المشرع نصوصا جديدة بإصدار قانون الصحة رقم 18-11، تناول تنظيم تلك العمليات في القسم الأول من الفصل الرابع في الباب السابع، بعنوان أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء

<sup>1</sup>- نذير حمادو، موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني-رحمه الله- من زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02(خاص)، ص.70.

<sup>2</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض... المرجع السابق، ص.291.

والأنسجة والخلايا البشرية، في المواد 355 إلى 369، فهذه المواد تضمنت في طياتها جملة من الضوابط يمكن تقسيمها إلى ضوابط طبية (أولا)، وإدارية (ثانيا)، وقانونية (ثالثا)، نوجزها في الآتي:

### أولا: الشروط الطبية

إن مثل هذه القيود يمكن أن تشكل الإطار المرسوم للأطباء لتوجيه هذه التقنيات الطبية، حتى لا تحيد عن الغرض الذي اكتشفت لأجله، قد ترقى لدرجة يمكن تكييفها على أنها أعمال إجرامية، وهذه الشروط هي:

### أ-الهدف العلاجي للعملية

بوجود هذا الشرط، من شأنه أن يرتب على الطبيب المعالج إلزاما يرمي إلى إتباع مختلف سبل العلاج المتاحة لتخليص المريض من آلامه، فإذا لم توجد تلك الوسائل أمكنه اللجوء إلى عمليات نزع وزرع الأعضاء، ما يجعلها تصرفا مشروعاً<sup>1</sup>.

ولقد نصت المادة 355 على أنه: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، فيفهم من ذلك، أن إباحة هذه العمليات يكون بهدف تحقيق العلاج فقط، دون أن توجه لأغراض أخرى كالاتجار بها<sup>2</sup>، المعاقب عليها بنص المادة 53 ق.ع.

ولضمان الالتزام بذلك، يرى البعض<sup>3</sup>، أنه لا مانع من إقرار المشرع لمزايا اجتماعية كالشهادات الشرفية والفخرية، أو إعانات مالية لدفع الطبيب المختص بتحسين مستواه العلاجي والتفاني فيه، دون أن يكون ذلك يطلب منه. غير أننا نرى في هذا الموضوع، أن ذلك قد يتعارض مع مبدأ مجانية هذه العمليات، الذي سنوضحه لاحقا.

إن المشرع لم يوضح ضمن نص المادة 355 ق.ص. ما يقصد بالأغراض العلاجية أو التشخيصية، فقد يمكن أن تثار إشكالية مدة صلاحية الأغراض العلاجية، هل هي آنية أم يمكن تأجيلها؟ ما يترتب عليه لزوم الاحتفاظ بالأعضاء المنزوعة، فهذا الإشكال قد أراحته 357 ق.ص.، في فقرتها الثاني بالقول: " لا يجوز جمع أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي"، إذ الحفظ يتطلب

<sup>1</sup>-حمادي عبد النور، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج2012، 01، ع02(خاص)، ص148؛ مهني ناصر الزعي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1426.

<sup>2</sup>-المجدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 09-01، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي 2016، ع15، ص.133.

<sup>3</sup>-حمادي عبد النور، المرجع نفسه، ص.150.

اقتترانه برضا المتبرع أو الممثل الشرعي، إذا كان المتبرع قاصرا، وهذا ما لم يتناوله المشرع في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى.

والغرض العلاجي، ينطوي على قواعد جلب المصالح ودرء المفاسد، فمصلحة إنقاذ الحي أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك حرمة الموتى، فالظاهر هو تقديم المصلحة على المفسدة التي تقابلها، بشرط أن تكون هذه المصلحة راجحة على المفسدة وأعظم منها<sup>1</sup>.

### ب-مراعاة الحالة الصحية لأطراف العملية

هذا الشرط يستوجب من العملية خلوها من أية أخطار صحية محتملة الوقوع على أطرافها، إذ الأصل أن لا تؤدي إلى الإضرار بالمتبرع ضررا خطيرا ومستديما، فعملا بمبدأ الموازنة، يكون من اللازم التوفيق بين المخاطر والمنافع، وهو ما يبني عليه التكييف القانوني للتدخل الطبي، في مواجهة المانح والمتلقي معا<sup>2</sup>.

نلمس ذلك في نص المادة 360 ق.ص.، التي تنص على أنه: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع للخطر"، في هذا السياق يكون ملتزما بإجراء كافة الفحوصات الطبية قبل البدء في العملية وخلال مدة زمنية كافية للتأكد من سلامة المتبرع من أي مرض، قد يعرض حياة وسلامة الشخص المتلقي، ومثل هذا الإجراء ورد النص عليه في الفقرة الثانية من المادة 359 من نفس القانون، فيقع على عاتق الهيكل الصحي القائم على عملية الزرع، بالتكفل بجميع الفحوصات الطبية اللازمة للمانح والمتلقي، مع المتابعة الطبية لهما<sup>3</sup>. كما نصت المادة 361 من نفس القانون على ذلك بما جاء في نصها على أنه: "يمنع نزع أعضاء وخلايا وأنسجة بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء وأنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي".

### ج-التوافق بين أنسجة المتبرع بالمتلقي

من الأساسيات الواجب توافرها لضمان نجاح عمليات زرع الأعضاء، إجراء التحقق من توافق أنسجة المتبرع مع المريض المتلقي، بحيث أن تكون فصيلة الدم مطابقة أو تكون مناسبة، وكذا تطابق الأنسجة<sup>4</sup>. بهذا الشرط يمكن تجنب الطبيب القائم بالعملية من الوقوع في إشكالية تتعلق بالعضو المراد زرعه، بحيث يمكن حدوث ظاهرة لفظه أو طرده من طرف جسم المريض، فيكون الطبيب مطالب بتنفيذ إلترام ببذل عناية وليس

<sup>1</sup>-أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.80.

<sup>2</sup>-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.221.

<sup>3</sup>-أنظر؛ الفقرة الثانية من المادة 359 ق.ص.ج.

<sup>4</sup>-محمد علي البار، الموقف الفقهي...، المرجع السابق، ص.156.

الالتزام بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>، وهذا الشرط منصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 359 ق.ص.، إذ جاء نصها: "يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية".

إن التطابق النسيجي الكامل هو أمر نادر للغاية، ما يجعل بعض المرضى لا يطبقون الانتظار إلى غاية توفر أعضاء بهذه الخاصية، ما يدفع الأطباء إلى استخدام نسيج غير متوافق، لكنه قريب إليه بقدر الإمكان مع نسيج المريض، وفي ظل تواجد العلاجات الكابتة للمناعة التي أصبحت أكثر فعالية في الآونة الأخيرة، نتج عنه تراجع خطر فشل زرع الأعضاء بسبب عدم التوافق النسيجي<sup>2</sup>. إذ يمكن التطور المتسارع في هذا المجال، الأطباء من تجاوز هذه الظاهرة، بعد اكتشافهم لعقار السيكلوسورين، يستخدم للمساعدة على بقاء العضو المزروع في جسم المريض، ويشبط الجهاز المناعي لجسمه، ما أدى إلى ارتفاع نسبة النجاح من 80% فما فوق في الكلى<sup>3</sup>.

#### د-الضرورة الموجبة لعملية نزع وزرع الأعضاء

اشترط المشرع توافر حالة الضرورة لإجراء عملية نزع وزرع الأعضاء، بالمادة 364 ق.ص. في فقرتها الأولى، التي نصت على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي، أو سلامته الجسدية، وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين". وتحقق حالة الضرورة يقتضي توافر شروط تناولها بعض الشراح<sup>4</sup>، منها ما يتعلق بالمريض المتلقي، ومنها ما يتعلق بفعل الاستقطاع من الإنسان الحي. غير أن تقدير حالة الضرورة عمل يقع على عاتق لجنة طبية مختصة في هذا المجال، تقوم بدراسة حالة المريض، وكل الفرضيات الممكنة مصادفتها، مع الالتزام بمبدأ الموازنة بين مصالح الأطراف، بناء على أسس معرفية، متصلة بالجانب النفسي والمعنوي، للمتبرع والمتلقي معا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج36، 1999، ع03، ص.16.

<sup>2</sup>-مارتن هيرتل، لحة عامة عن زراعة الأعضاء، أدلة MSD إصدار المستخدم مقدم المعلومات الطبية الأول الموثوق منذ عام 1899، موقع الإنترنت: [msdmanuls.com](http://msdmanuls.com) تاريخ الإطلاع: 2021/09/02.

<sup>3</sup>-رويستون إم روبرتس، السردينية اكتشافات علمية وليدة الصدفة، ترجمة مصطفى محمد فؤاد، مؤسسة هندايوي سي آي سي، المملكة المتحدة، 2017، ص.267؛ إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2011/11/14، ص.115-116؛ مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.310.

<sup>4</sup>-أنظر؛ مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع نفسه، ص.326.

<sup>5</sup>-حواش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البلديدة2، مج06، ع01، 2017، ص.148.

لكن المشرع قد أغفل تحديد الجهة المختصة التي تتمتع بصلاحيه تقدير حالة الضرورة ضمن نصوص قانون الصحة رقم 11-18، بعدما كان نص على ذلك مسبقا في القانون رقم 05-85 بالمادة 167 في فقرتها الثانية بالقول: "تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية".

### ثانيا: الشروط الإدارية

إلى جانب ما ذكرناه من شروط طبية، توجد شروط إدارية أوجدها المشرع لضمان مشروعية نزع وزراعة الأعضاء والأنسجة والخلايا، من شأنها إعطاء تلك العمليات تميزا، يخرجها من نطاق التجريم، وهي:

#### أ- الترخيص القانوني للمؤسسة الإستشفائية

تنص المادة 366 ق.ص.، في فقرتها الأولى على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء". وعليه فإنه يمنع مباشرة تلك العمليات في المؤسسات والمراكز التي لا تحوز على ترخيص من الوزير المكلف بالصحة، فيبقى هذا الأخير هو الشخص الوحيد الذي يملك صلاحية تحديد المؤسسات المشرفة على عمليات النزع والزرع، وهذا ما يكفل إجرائها طبقا للقيم الإنسانية، تجنباً لأية انحرافات طبية تنافي والصبغة الأخلاقية<sup>1</sup>.

وأضاف المشرع شرطا آخر لإمكانية حصول المؤسسة الإستشفائية على الترخيص الوزاري، يتمثل في وجوب توفرها على تنظيم تقني وتنسيق استشفائي، تحدد معاييرها عن طريق التنظيم، حسب المادة 366 ق.ص.<sup>2</sup>. غير أن ما نلاحظه من الناحية الشكلية، فيما يتعلق بترتيب هذه المادة، لكونه جاء متأخرا، إذ كان من المستحسن إدراجها مباشرة بعد نص المادة 356 من نفس القانون، التي نصت على إنشاء الوكالة الوطنية لزرعة الأعضاء.

هذا وإن المشرع لم يخول للوزير المكلف بالصحة سلطة الإنفراد في منح الترخيص القانوني، بل أخضعه لرأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وفي ذلك تداركا لما لم يكن منصوصا عليه في القانون رقم 05-85، الأمر الذي يؤدي إلى تعزيز مكانة عمليات نزع وزرع الأعضاء، وإحاطتها بحماية خاصة، يجعلها موجهة للأغراض العلاجية فقط.

<sup>1</sup>-حاوش هدى، المرجع السابق، ص.148.

<sup>2</sup>-أنظر؛ الفقرة الثانية من المادة 366 ق.ص.

إن قصر النطاق المكاني لعمليات نزع وزرع الأعضاء على المؤسسات الإستشفائية العمومية، يؤكد تمسك المشرع بالاتجاه السائد، الذي يرى بضرورة جعل ممارسة مثل هذه التدخلات الطبية خاضعة لرقابة الدولة<sup>1</sup>، خلافاً لرأي بعض الشراح<sup>2</sup>، الذي صنف مثل هذا الإجراء ضمن خانة المشاكل القانونية المثارة في مجال هذه العمليات.

بالذي ذكر، يرى الباحث أن مسلك المشرع كان صائباً إلى حد ما، لأن بتوسيع دائرة الترخيص إلى المؤسسات التابعة للقطاع الخاص، فيه نوعاً من المجازفة بخصوصية تلك العمليات، مع إضعاف رقابة الدولة في هذا المجال، فهي تتسم بنوع من الدقة العالية وما تنطوي عليه من أضرار، مع تعريضها لمختلف التصرفات غير المشروعة، بل بعبارة أدق، جعلها تربة خصبة لجرائم السرقة والمتاجرة بالأعضاء البشرية.

### ب-تحقق موافقة أطراف العملية(المتبرع والمتلقي)

من المسلم به أن رضا المريض يعد شرطاً أساسياً لمباشرة التدخلات الطبية بصفة عامة، لذلك عني هذا الشرط بنوع من التركيز والتدقيق في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء، إذ بغيايه تنعدم هذه العمليات ولا تستقيم لها قائمة، لذلك سنبسطه في البندين الآتيين:

### I-التعبير عن موافقة المتبرع

فالمتبرع هو الحلقة الرئيسية في عمليات نزع وزرع الأعضاء، فقصده ورضاه يقوم على أساس الإيثار ومساندة الآخرين، وليس له مصلحة لإجراء عملية النزع، فهو إنسان يتمتع بكامل قواه البدنية، متكامل البنية الجسدية، لذلك لا بد من أن يكون عمله التطوعي قائماً على موافقة صريحة تتم عن حسن نية وسعيه في مساعدة الشخص المريض، فالمشرع بإقراره لهذا الشرط، يكون قد حرر المتبرع من استغلال الطبيب، فهو ليس أداة في يده يستعملها كيف ووقت ما شاء، فالمتبرع لا يمكنه التنازل عن أعضائه وتعريض جسده للخطر أو الانتقاص من قدراته الوظيفية، لكونه لا يستطيع القيام بوظائف جسده، إلا إذا كانت سلامته مصونة<sup>3</sup>. ولكي تكتمل موافقة الشخص المتبرع، يشترط اتصافها بطبيعة خاصة، من خلال توافر الشروط التالية:

<sup>1</sup>-مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.328.

<sup>2</sup>-مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.38 و40.

<sup>3</sup>-بوزيتونة لينة؛ لحرش أيوب التومي، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 18-11، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، آفلو، مج4، جوان 2020، ع01، ص.52؛ أحمد عمري، المرجع السابق، ص.203.

## 1- أن تكون الموافقة حرة

فلا بد أن يكون الشخص كامل الأهلية، يتمتع بقدرات عقلية ونفسية سليمة، غير واقع تحت ضغط أو إكراه بدني أو نفسي، وأن يستمر رضاه إلى حين استئصال العضو، مع احتفاظه بحقه في العدول عن ذلك في أي مرحلة، دون تحميله أية مسؤولية عن ذلك<sup>1</sup>. وهو ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 360 ق.ص. بنصها على أنه: "يجب يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع، أما رئيس المحكمة المختص إقليمياً، الذي يتأكد مسبقاً من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشرك المنصوص عليها في هذا القانون". وكذلك الفقرة السادسة من نفس المادة بنصها على أنه: "يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطها في أي وقت وبدون أي إجراء".

## 2- أن تكون الموافقة مستنيرة

نصت الفقرة الرابعة من المادة 360 ق.ص. على أنه: "لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع". وتتجسد الموافقة المستنيرة بما يقع على الطبيب من التزام بتبصير المتبرع تبصيراً كاملاً غير ناقص ولا غامض، يشمل جميع المعلومات الكافية وفي حدود المستوى المعرفي للمتبرع، مع إحاطته بالآثار المترتبة جراء استئصال عضو من أعضائه، من مخاطر وتعقيدات، إلى جانب النصائح المساعدة لتجاوز ذلك والحد من تفاقمها.

ولا يقتصر التزام التبصير على الجانب الطبي، بل يتعداه إلى كافة المعطيات المتعلقة بحياته الأسرية والمهنية، وما يلحقها من تضاؤل في مردوديته في الإنتاج بعد العملية، في المستقبل القريب أو البعيد<sup>2</sup>، تسند هذه المهمة إلى لجنة طبية تضم مجموعة من الخبراء المختصين يتم تشكيلها بمقتضى نصوص التنظيم<sup>3</sup>. يضاف إلى ذلك ما أوردته الفقرة الأولى من نص المادة 361 ق.ص.، من منع إخضاع القاصر أو عديم الأهلية لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا، فلا يمكن الأخذ بموافقة القاصر أو ممثله الشرعي، لعدم إمكان جعله محلاً لعمليات نزع الأعضاء، وهو ما كرسته منظمة الصحة العالمية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد علي البار، الموقف الفقهي...، المرجع السابق، ص.151.

<sup>2</sup>- حاوش هدى، المرجع السابق، ص.144.

<sup>3</sup>- أنظر؛ الفقرتين 07 و08 من المادة 360 ق.ص.

<sup>4</sup>- منظمة الصحة العالمية، زراعة الأعضاء والنسج البشرية، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون البند 11-21 من جدول الأعمال المؤقت، ج23-24، 2010/03/25، ص.11.

## II-التعبير عن موافقة المتلقي

من منطلق الهدف العلاجي لنزع وزرع الأعضاء، يتحتم على الطبيب المعالج حصوله على رضا المريض المتلقي، إذ أن موافقته من الشروط الضرورية لأي تدخل طبي واقع على جسده، بحيث تتم بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي أبدى قبوله فيها رفقة الشاهدين<sup>1</sup>، وهو ما تضمنه المادة 364 ق.ص.<sup>2</sup>. غير أن المريض إذا طرأت عليه حالة تمنعه من التعبير عن إرادته، فإنه يسمح بالحصول على الموافقة الكتابية لقبول العملية من أحد أسرته البالغين، مع مراعاة الترتيب الوارد حسب الأولوية في المادة 362 من نفس القانون<sup>3</sup>.

وفي المقابل فإن الفقرة السادسة من المادة 363 ق.ص.، تخول للطبيب القائم المعالج سلطة مباشرة تدخله الطبي بزرع الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة، دون حصوله على الموافقة التي ذكرناها، عند تحقق الظروف الإستثنائية، تمنع من الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثل الشرعي للمتلقي المريض، غير القادر على التعبير عن إرادته، مع استحالة التأجيل الذي يؤدي إلى حدوث حالة الوفاة<sup>4</sup>.

من جهة ثانية، تناولت الفقرتين الثالثة والرابعة من نفس المادة حالة كون المتلقي قاصراً أو عديم الأهلية، فإن الموافقة تقدم من طرف الوالدين(الأب والأم)، وعند غيابهما تكون من الممثل الشرعي<sup>5</sup>، مثلما هو الشأن في حالة المريض فاقد الوعي<sup>6</sup>. كما يشترط لتحقيق الصورة الكاملة لموافقة المريض المتلقي، ما هو مشروط في موافقة المتبرع، أي أن تكون حرة خالية من أية ضغوطات عائلية، التي هي في غالب الأحيان تكون مصدر إكراه يقع على إرادة المريض، فلا يمكن التسامح بتاتا بوجودها، مثلما هو الحال في الجراحة العادية، إذ يمكن تصور وجود ضغوط مقبولة بشأنها، لكن الأمر بخلاف ذلك في نطاق عمليات نزع وزرع الأعضاء، نظراً لما يحيط بها من مخاطر عديدة، إذا لا يمكن إسنادها إلى غير إرادة المريض<sup>7</sup>.

وكشرط ثاني لتحقيق موافقة المريض المتلقي، يكمن في أن تكون موافقته مستنيرة ومتبصرة، مما يرتب على عاتق الطبيب كذلك، التزاماً بإعلامه بالعناصر الأساسية للعلاج، إذ تشمل حالته الصحية وتشخيصه للمرض، وكذا طبيعة العلاج ومخاطره، دون إغفال ذكره للبدائل العلاجية إن وجدت، وآثار رفض العلاج أو البقاء بدونه،

<sup>1</sup>-بوزيتونة لينة؛ لحرش أيوب التومي، المرجع السابق، ص.54.

<sup>2</sup>-أنظر؛ المادة 364 ق.ص.

<sup>3</sup>-أنظر؛ الفقرة الثالثة من المادة 362 ق.ص.

<sup>4</sup>-أنظر؛ الفقرة السادسة من المادة 364 ق.ص.

<sup>5</sup>-أنظر؛ الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 364 ق.ص.

<sup>6</sup>-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.240.

<sup>7</sup>-مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.361.

من جهة أخرى، فإن الطبيب يكون غير ملزم بإعطائه معلومات تقنية تفصيلية، ولكن على العموم فهو ملزم بجعل المريض مدركاً لخطورة حالته الصحية<sup>1</sup>، كل ذلك تضمنته الفقرة الخامسة من المادة 364 ق.ص.<sup>2</sup>

### III- مجانية نزع وزرع الأعضاء

تم النص على مبدأ مجانية عملية نزع وزرع الأعضاء في المادة 358 ق.ص.، على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية"، بهذا يكون المشرع قد حدد توقعه في ظل الجدل الفقهي حول فرضية بيع الأعضاء البشرية من عدمه<sup>3</sup>، وهذا المنع يتلاءم مع المبادئ المكرسة التي تحمي الكيان البشري، فلا يتصور إخضاع أي جزء منه للمعاملات المالية، لتمييزه عن باقي السلع والأشياء، وصرفه عن ما قد يسببه ذلك، من بروز ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، وقضايا الاستغلال للفئات الفقيرة، إلى جانب استئثار أصحاب المال للاستفادة من عمليات الزرع على حساب المرضى عديمي الدخل، وهذا يتنافى مع مبدأ المجانية والمساواة في العلاج.

والإنسان مكرم مصون عن الابتذال، فلا يكون محلاً للتبادل المبتذل، لأنه أعلى وأرفع، فذاك حال الناس في مجال السلع، لذلك لا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للعقد، حتى ولا عضو من أعضائه<sup>4</sup>، وهذه من المسائل المعلومة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد جاء في حاشية ابن عابدين ما نصه: "والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، بإيراد العقد عليه وابتذاله وإحاقه بالجمادات، إذلال له، أي وهو غير جائز وبعضه في حكمه وصرح في فتح القدير ببطلانه"<sup>5</sup>.

فالمشرع ولضمان شفافية أكثر، قد أخرج عمليات النزع والزرع من نطاق الأعمال الطبية القابلة للمكافأة أو التعويض، فنصت المادة 367 ق.ص. على عدم تقاضي هؤلاء الأطباء أي أجر مقابل مثل هذه العمليات<sup>6</sup>، وإن كان الأجر في الظاهر يكون نظير ما يبذلونه من جهد، لكن بمنعه فيه درء لما قد ينجم عنه من

<sup>1</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص. 356.

<sup>2</sup>- أنظر؛ الفقرة الخامسة من المادة 356 ق.ص.

<sup>3</sup>- أنظر؛ مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع نفسه، ص. 318 وما بعدها.

<sup>4</sup>- كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسان من جسمه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، ع 07، ص. 203.

<sup>5</sup>- محمد أمين الشهير بان عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح. علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 07، ط. خ، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص. 254.

<sup>6</sup>- أنظر؛ المادة 367 ق.ص.

من مساومات أو إخضاع المرضى لتلك العمليات وإن لم تكن ضرورية، وكلها أعمال لا تمت بصلة بالمهام النبيلة للأطباء.

### ثالثا: الشروط القانونية

تتمثل بالأساس في عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، من حيث العضو المراد اقتطاعه<sup>1</sup>، إذ لا يكفي لإتمام عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية على ذكرنا من شروط، فلا يتوهم واهم بأن الموافقة الحرة والمستنيرة لطرفي تلك العمليات هي الأساس القانوني لإجرائها، بل ثمة فكرة النظام العام والآداب العامة، التي من خلالها قد يمنع اللجوء إليها، فتنازل الفرد عن حقه بشأن تكامله الجسدي، لا يستتبعه بالضرورة وجود تنازل مماثل من طرف المجتمع، بل ذلك مقيد بمدى مساهمته بمصلحة المجتمع<sup>2</sup>.

في هذا المجال تتأكد حتمية مراعاة ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية، بوصفها في المرتبة الثانية لمصادر القانون، حسب المادة الثانية من القانون المدني<sup>3</sup>، ما يترتب عليه منع نزع وزراع الأعضاء التناسلية، تجنبا لاختلاط الأنساب، وإن كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة، لا في ظل القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ولا يعد صدور قانون الصحة رقم 18-11، ما يستفاد وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

بالرغم من ذلك، فإنه يمكن تفعيل نصوص قانون العقوبات، فيما يتعلق بجريمة الخضاء المعاقب عليها بالمادة 273 ق.ع، وإن كانت هذه المادة لم تشترط في الجاني صفة الطبيب، أي بالإمكان ارتكابها من طرف أي شخص، ومهما كانت صيغة فعل الاعتداء، بشرط أن يؤدي إلى قطع آلة الإنجاب، كالخصيتين أو المبيضين، ولو حدث ذلك برضا المجني، كما هو الحال في عمليات التغيير الجنسي أو التعقيم.

بالعودة إلى آراء الفقه الإسلامي، حسب ما سنفصله في موضعه، وبالأخص الرأي القائل بالحرمة المطلقة، فدعوة المشرع إلى ضرورة التنصيص على منع مثل هذه العمليات تفرض نفسها، تكريسا لمبدأ المشروعية، ووضع حد لكل لبس أو تأويل، قد يؤدي إلى المساس بمقصد النسل والنسب.

ففكرة النظام العام والآداب العامة في هذا المجال تكمن في تلك الحقوق التي تحميها القوانين، التي تهدف إلى حماية حق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية، إذ لا يسمح بمخالفتها، ما يعني أن موافقة المتبرع والمريض

<sup>1</sup>- مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في القانون المقارن وقانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، مج46، ع03، 15/09/2009، ص.353.

<sup>2</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض... المرجع السابق، ص.303.

<sup>3</sup>- أنظر؛ المادة 02 ق.م.

المتلقي، ولو بالشروط القانونية التي بينها، فإذا تحقق تصادم تلك الموافقة مع النظام العام والآداب العامة في المجتمع، فلا يترتب عليها أي أثر، وتتجرد من كل ما ترتب عليها<sup>1</sup>.

وزيادة على ذلك، أن إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء يكون هدفها علاجي محض، يتجسد في إنقاذ شخص من الموت المحقق، ولا سبيل لذلك إلا بتلك العملية، بخلاف ما إذا كان الهدف منها هو تحقيق شهوة علمية، أو رغبة في زيادة كفاءة للأعضاء، أو الكسب المادي، والاتجار بالأعضاء، فكلها أمور تعارض النظام العام<sup>2</sup>.

بالذي ذكر، فإن شرط عدم مخالفة النظام العام والآداب، يبقى في نظرنا، هو المعيار الذي يعول عليه للحكم على مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية من عدمه، في ظل الفراغ القانوني الذي أوجده المشرع، ما يدفع بأهل الاختصاص إلى ضرورة معرفة حدود ممارسة هذه الجراحة، التي يختلف حكمها الشرعي، باختلاف العضو المراد معالجته، وتباين آراء الفقهاء المعاصرين في تكييف هذه النازلة الطبية، تبعاً لما سنفصله في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه الإسلامي والمشرع من نزع وزرع الأعضاء التناسلية

لقد اختلف العلماء المعاصرين في حكم إجراء هذه العمليات، واختلافهم شامل لحال كون المتبرع حي أم ميت<sup>3</sup>، معتمدين على معيار مدى نقل تلك الأعضاء للصفات الوراثية (أولاً) من عدمه (ثانياً)، هو ما سنوضحه في الآتي:

#### أولاً: الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية

ورد بشأن هذا النوع من الأعضاء التناسلية، ثلاثة أقوال، الأول يرى بالتحريم، والثاني يرى بالجواز، والثالث يرى بالجواز المشروط.

<sup>1</sup>-محمود ثابت مُجد علي الشاذلي، المرجع السابق، ص.222.

<sup>2</sup>-محمود ثابت مُجد علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص.223.

<sup>3</sup>-مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.99.

فالقول الأول، ذهب إلى أنه لا يجوز نزع وزراعة الغدد والأعضاء التناسلية التي تعمل على نقل الصفات الوراثية من المتبرع إلى المتلقي، المتمثلة في الخصيتين والمبيضين، وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين<sup>1</sup>، كما نصت عليه قرارات المجامع والمجالس الفقهية<sup>2</sup>.

وأدلتهم في ذلك، قول الله عز وجل: «...وَلَا مَرَّهُمْ فليَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ...» ، فدللت الآية على أن نقل الأعضاء التناسلية يدخل في الذم الوارد في الآية<sup>3</sup>، والحديث الذي روته أسماء أنها قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: إن ابنتي عريس، وقد أصابتها الحصبة فتمرق شعرها، فأصل لها فيه؟، فقال رسول الله ﷺ: "لعن الله الواصلة والمستوصلة"<sup>4</sup>، ووجه الدلالة أن نقل الخصيتين والمبيضين شبيه بوصول الشعر المنهي عنه في الحديث، فيكون وصل لهما في جسمه<sup>5</sup>؛ والحديث الذي رواه إسماعيل عن قيس قال: "قال عبد الله: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس لنا شيء، فقلنا ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب، ثم قرأ علينا " يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طبيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين"، فالحديث دل على تحريم الخضاء، ونزع الخصيتين والمبيضين شبيه به، ما يؤدي إلى قطع النسل، وهو محرم<sup>6</sup>.

وأنه يحرم زرع الخصيتين والمبيض قياساً على تحريم تقنية الرحم الأجنبي في التلقيح الاصطناعي، فيكون الزرع أولى بالتحريم<sup>7</sup>، وأن نزع وزرع الخصية والمبيض من الوسائل المفضية إلى اختلاط الأنساب، ما يجعلها شبيهة

<sup>1</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.398؛ حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع06، ص.1648؛ طلعت أحمد القصبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1604؛ مُجَّد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.175؛ خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين ناقص الحلقة في الشريعة الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1616؛ علي جمعة مُجَّد، الحكم الشرعي في نقل الأعضاء، فتوى رقم 739، بتاريخ 2003/10/22، دار الإفتاء المصرية، موقع الإنترنت: dar.alifta.org، تاريخ الإطلاع: 2021/09/09؛ أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، فتوى رقم 1262 بتاريخ 2020/10/09، حكم زرع خصية تجميلية بمادة السيليكون النقي، موقع الإنترنت www.ferkous.com، تاريخ الإطلاع 2021/11/03.

<sup>2</sup>-القرار رقم 57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق من 14 إلى 20 مارس 1990م بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.180-181.

<sup>3</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.393؛ حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع نفسه، ص.1647؛ أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، فتوى رقم 1262، المرجع نفسه.

<sup>4</sup>-مُجَّد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المرجع السابق، مج02، ص.161.

<sup>5</sup>-حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع نفسه، ص.1649.

<sup>6</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.393؛ مُجَّد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.16.

<sup>7</sup>-مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.103.

شبهة موجبة للتحريم<sup>1</sup>، لكن نوقش هذا الاستدلال، بأن الأعضاء الجائر نقلها كالعين والكلية تصبح للمتلقى، فلا تنسب للمتبرع، فتأخذ حكم العضو الأصلي، بهذا لا يمكن القول بأن الأعضاء التناسلية تؤدي إلى اختلاط الأنساب، بسبب انقطاع العضو بأصله<sup>2</sup>. غير أن أهل الاختصاص قد أثبتوا أن الخصيتين والمبيضين يحملان الخلايا التناسلية للذكر والأنثى، فلا تنقطع صلة تلك الأعضاء بمصدرها<sup>3</sup>، بل إن المنع يأتي موافقا للحكمة الربانية في تحريم الزنا<sup>4</sup>.

أن الدوافع من وراء زراعة الأعضاء التناسلية تكون لتحصيل النسل، أو الاستمتاع، أو التجميل، وكلها دوافع تحسينية أو حاجية، لا يعول عليها لإباحة كشف العورة، وانتهاك حرمة الأموات والأحياء، لأنها ليس من قبيل الضرورات<sup>5</sup>. ورد على هذا الاستدلال، بأن الرغبة في الإنجاب والاستمتاع مسألة فطرية، إذ بفقدانها تسوء العلاقة الزوجية، فقد تصل إلى الانحلال<sup>6</sup>، كما أن حب التجميل هو من الحاجيات لا التحسينات، فالحاجي قد يوصل الإنسان إلى الضيق والحرج، ففقدان الأعضاء التناسلية يؤثر على الصفات الذكورية تصل إلى حد الاقتراب من جنس الإناث، والعكس ذاته لدى المرأة، فالمبيض هو المسؤول عن إفراز هرمون الأنوثة، الذي يكسبها الصفات الجمالية، فإذا انعدم كلاهما أثر على نفسية الرجل والمرأة على حد سواء<sup>7</sup>.

والقول الثاني، يرى بجواز نزع وزرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين، منهم: سيد سابق<sup>8</sup>، ومُحَمَّد سليمان الأشقر الذي يرى بأنه جواز محفوف بالشبهة، فيكون من باب الكراهة<sup>9</sup>.

ولهم أدلة في ذلك:

<sup>1</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص.1623؛ مرجحاً إسماعيل، المرجع السابق؛ ص.103؛ مُحَمَّد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.393.

<sup>2</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1627.

<sup>3</sup>-مرجحاً إسماعيل، المرجع نفسه، ص.104.

<sup>4</sup>-أبي عبد المعز مُحَمَّد علي فركوس، فتوى رقم 1262، المرجع السابق.

<sup>5</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع نفسه، ص.1623.

<sup>6</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1626.

<sup>7</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1626.

<sup>8</sup>-مرجحاً إسماعيل، المرجع نفسه، ص.101.

<sup>9</sup>-مُحَمَّد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1630.

-أن الخصية مجرد آلة منظمة للحيوانات المنوية، فتصبح للشخص المتلقي عند زرعها، فلا وجه للشبهة في عملية زرعها<sup>1</sup>. لكن نوقش استدلالهم، بأن وظيفة الخصية تتعدى عملية تنظيم الحيوانات المنوية، لأنها في الحقيقة هي المولدة لها<sup>2</sup>، فهي تحتوي على الخلايا الأولية المنتجة للنطف الناضجة فيما بعد البلوغ، وتعتمد في ذلك على تأثير الهرمونات، فيشبه ذلك نقل مصنع بما يحويه من معدات وآلات إلى شخص آخر، فيقتصر دور هذا المتلقي على تشغيل ذلك المصنع فقط، دون أن يكون له أي دور في نقل المورثات إلى أولاده<sup>3</sup>.

-بعد زرع الخصية في المريض المتلقي، تنسب إليه وتنقطع صلتها بالمتبرع، فتكون ملكا له، سواء انتقلت الصفات الوراثية أم لا<sup>4</sup>. ورد على ذلك، بأن ملكية الخصية تصبح للمتلقي لا يمكن تأسيسها إلا بالرجوع إلى ضوابط، كإذن الشرع، وهو غير موجود، ما ينفي القول بصحة ملكيتها للمتلقي، إذ التبرع مشكوك فيه، بسبب الخلاف حول صحته، فوجب الرجوع إلى اليقين، والأصل الموجب للحكم بكونها للشخص الأول<sup>5</sup>.

-عدم ثبوت تأثير الصفات الوراثية، ولا داعي للقلق من تطابقها، بحجة وجود نفس الصفات الوراثية في الأخوين التي انتقلت إليهما من أصل واحد، فقد يحدث أن ينجب أحدهما ذكرا والآخر أنثى، مع منع زواج ابنيهما، فدل ذلك على عدم تطابق الصفات الوراثية<sup>6</sup>. ونوقش ذلك، بأنه قياس لا يصح، فهو قياس مع الفارق، لأن تلك الصفات لم تنشأ عن عامل واحد، بل من عاملين كلاهما متعلق بأحد الأخوين، بخلاف الفرع، فإن اتحاد الصفات ناشئ عن عامل واحد وخصية واحدة<sup>7</sup>.

وأما القول الثالث، فيرى بجواز نقل إحدى الخصيتين أو أحد المبايض، وقال به بعض الفقهاء المعاصرين<sup>8</sup>، وأفتت به مشيخة الأزهر<sup>9</sup>، وأدلتهم في ذلك:

<sup>1</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.394؛ مرجبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.106.

<sup>2</sup>-مُجَّد أيمن صايفي، ص.65؛ أحمد مُجَّد كنعان، المرجع السابق، ص.87.

<sup>3</sup>-صديقة علي العوضي؛ كمال مُجَّد نجيب، المرجع السابق، ص.1665؛ مرجبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.106؛ مُجَّد أيمن صايفي، المرجع نفسه، ص.68.

<sup>4</sup>-مُجَّد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص.1627؛ مرجبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.106.

<sup>5</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.396-397.

<sup>6</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.394.

<sup>7</sup>-مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.397؛ مرجبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.107.

<sup>8</sup>-مرجبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.102.

<sup>9</sup>-محمود سعد محمود مُجَّد عبد العال، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بنين، جامعة أسوان، مصر، 2020، ع03، ص.3964؛ مُجَّد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.393؛ مرجبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.102.

-زرع إحدى الخصيتين لا يؤدي إلى قطع نسل المتبرع، بخلاف نقلهما معا<sup>1</sup>. غير أنه رد على ذلك، بأن الحرمة باقية، حتى في حال نقل إحدى الخصيتين أو أحد المبيضين<sup>2</sup>.

-العمل بقياس نقل أحد الأعضاء غير التناسلية، كالكلية أو الرئتين، لتوفر الحاجة للأعضاء التناسلية<sup>3</sup>، ونوقش كذلك، بأنه قياس مع الفارق، فالأصل لا شبهة فيه، عكس الفرع، إذ الشبهة موجودة فيه، فلم يصح الإلحاق<sup>4</sup>.

-يمكن زرع الخصية أو المبيض، بشرط التخلص من الحيوانات المنوية والبويضات، سواء بغسلهما أو انتظار فترة معتبرة يقدرها الخبراء، قبل التمكين من الاتصال الجنسي بين الزوجين، ولعل فترة الشفاء من الجراحة كافية لذلك<sup>5</sup>، فتكون مصدر إفرار هرموني فقط.

ويرى محمد سليمان الأشقر أنه يجوز مثل هذه العمليات، إذا أمكن تدمير الخلايا المنوية، واعتبر العضو المزروع ملكا للمتلقي، ولا صلة له بالأصل المتبرع، مستدلا في ذلك، بما يلي:

-أن العضو المزروع يصبح جزء من المتلقي، فهو يأتمر بأوامره، ويتألم إذا أصابه قطع أو جرح، ويتلذذ به.  
-تحقق رضا الشخص المانح إن كان حيا أو أولياؤه إن كان ميتا، وذلك بعد تنازل عن مال من حق في ذلك العضو.

-أن المانح قد يكون ميتا، والميت إن كان رجلا، لا يقع منه جماع أو إحيال أو استمتاع، والمرأة لا ينسب لها مثل ذلك.

-ما يترتب على العضو المزروع من أحكام شرعية لا تلزم المتبرع، بل تلزم المتلقي.

-أن الحيوانات المنوية أو البويضات التي يفرزها العضو المزروع، مصدرها جسد المتلقي حقيقة شرعية، وكل ولد ناتج عنها ينسب إليه نسبة صحيحة شرعية، ولا يصح وصفه بأنه حمل ناتج عن نكاح الاستبضاع، أو يشبه استخدام بذرة شخص ثالث.

لكنه تراجع عن موقفه، بحجة وجود احتمال أن تكون الخصية المنقولة تحتوي على مبي أثناء وجودها في جسم المتبرع، وأنه ينبغي التحقق من ذلك، والأمر ذاته بالنسبة للبويضات، وهو أمر صحيح نبه إليه الأطباء

<sup>1</sup>-محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.395؛ مرجحا إسماعيل، المرجع السابق، ص.107.

<sup>2</sup>-مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.107.

<sup>3</sup>-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.395.

<sup>4</sup>-مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.108.

<sup>5</sup>-محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص.1630.

وجب أخذه بالحسبان، لذلك تبقى مسألة اجتهادية، يترجح فيها القول بالجواز المحفوف بالشبهة، فيكون من باب الكراهة، فيقع عدم اللجوء إلى هذه العمليات، إلا بوجود مشقة واقعة على المتلقي بدون زرع العضو، أما إذا لم يكن في مشقة من أمره، أو أمكن دفعها بوسيلة أخرى، لا تنطوي على شبهة، فلا ينبغي له طلب زراعة مثل هذه الأعضاء<sup>1</sup>.

أما في نظر غالبية الباحثين في المجال القانوني، فهي عمليات لا تعد من الحلول المقترحة لعلاج العقم، لما يكتنفها من مخاطر تتعلق بنقل المورثات، بل حتى أن من أجرى عمليات الزرع، لم يتحقق لديه الإنجاب، بالرغم من الأداء المقبول للعضو المزروع، يرجع ذلك إلى أسباب أخرى، كالعامل النفسي، المتمثل أحيانا في خوف المرأة من الحمل والوضع، أو خوف الرجل من العقم المسبق، أو لأسباب نفسية أخرى<sup>2</sup>. وعليه يبقى التبرع بالأعضاء التناسلية غير جائز، حتى ولو كان لغرض علاجي، وبدون أية أضرار للمتبرع، بسبب حملها للشفرة الوراثية، حتى بعد نقلها، ما ينتج عنه اختلاط الأنساب، وهو أمر مخالف للنظام العام<sup>3</sup>.

وصفوة القول بعد الذي عرضناه من آراء كل فريق، يتأكد لنا صواب وجهة رأي القول الأول، أي عدم جواز نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، لحججهم الدامغة، وما يكتنف هذه العمليات من اختلاط الأنساب، الذي هو من مقاصد الشريعة الإسلامية، فقد أحاطته بكثير من الأحكام والقواعد الفقهية، لضمان بقائه دون تلوث، بل إن الأطباء قد أثبتوا صحة انتقال الشفرات الوراثية، فهي تختلف عن نظيراتها من عمليات زرع وزرع الأعضاء البشرية الأخرى، غير المنطوية على أية إشكالات طبية أو أخلاقية أو شرعية أو قانونية، عند من يرى بجوازها، بخلاف من يرى بالتوقف في الحكم على عمليات زرع الأعضاء مطلقا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 1630.

<sup>2</sup>- النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010-2011، ص. 34؛ بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص. 116.

<sup>3</sup>- مواسي العلجة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جنث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج 03، 03/12/2008، ع 02، ص. 329.

<sup>4</sup>- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، حكم نقل الأعضاء من جسد إلى آخر، فتوى منشورة على موقع الإنترنت: binbaz.org.sa تاريخ الإطلاع: 2012/09/21.

## ثانيا: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية

تباينت آراء الفقه الإسلامي، بشأن مسألة نزع وزرع الأعضاء التناسلية التي ثبت طبيا عدم نقلها للصفات الوراثية، على ثلاثة أقوال، منهم من يرى بالحرمة، ومنهم من يرى بالجواز، وآخر يرى بضرورة التفصيل لإطلاق الحكم، ذلك سنوضحه فيما يلي:

فالقول الأول، يرى بعدم جواز زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين، منهم: حمداتي شبيها ماء العينين<sup>1</sup>، محمد رأفت عثمان<sup>2</sup>، واستدل هؤلاء بما يلي:

- أن هذه النوع داخل في تغيير خلق الله عز وجل، فلما منح أنقص جزءا من جسمه، أما المتلقي فأضاف جزءا غريبا إلى جسمه<sup>3</sup>، بدليل قوله تعالى: «...وَلَا تُرْبِهِمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ...» .

- هذه العملية تؤدي إلى هلاك الشخص المتبرع، لأن محلها من الأعضاء الحساسة في الجسم، والنهي داخل في عموم قول الله عز وجل: «...وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ...»<sup>4</sup> .

- هذا الزرع شبيه بالوصل المنهي عنه في حديث الرسول ﷺ الذي ذكرناه سابقا.

- تتقرر الحرمة بالنظر إلى ما ينجم عن عملية الزرع من مشاكل بين الزوجين، بعد علم كل منهما، بما يحمله الطرف الآخر من أعضاء، هي في الحقيقة ليست له، فقد يكون العضو مليت، فيحدث التنافر بينهما<sup>5</sup>.

- قد يترتب العقم عن عملية زرع الأعضاء التناسلية، فيكون ذلك بصفة إرادية من المتلقي، وهذا محرم شرعا<sup>6</sup>.

- عدم وجود ضرورة لإجراء عملية الزرع، بل أكثر من ذلك، فهي ليس من باب الحاجيات ولا التحسينات<sup>7</sup>.

- إن عملية نقل الرحم تأخذ نفس حكم تأجير الأرحام في التلقيح الاصطناعي، وهو عدم الجواز، لعل التشابه في المحاذير المترتبة، كما لا يحق للرجل أن يضع ماءه في رحم امرأة لا تحل له<sup>8</sup>، لكن هذا الاستدلال رد عليه، لأن العضو المزروع تنقطع علاقته مع المانح ويصبح تابعا للمتلقي<sup>9</sup>، مع الأخذ بالاعتبار ما يتولد للمتلقي من

<sup>1</sup>- حمداتي شبيها ماء العينين، المرجع السابق، ص. 1648 وما بعدها.

<sup>2</sup>- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص. 14 وما بعدها.

<sup>3</sup>- حمداتي شبيها ماء العينين، المرجع نفسه، ص. 1648؛ مرجحا إسماعيل، المرجع السابق، ص. 110.

<sup>4</sup>- سبق تهميش الآية.

<sup>5</sup>- محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص. 28.

<sup>6</sup>- حمداتي شبيها ماء العينين، المرجع نفسه، ص. 1648؛ مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص. 111.

<sup>7</sup>- مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص. 111.

<sup>8</sup>- مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص. 111.

<sup>9</sup>- محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص. 1627.

نفور، فتتكون أمراض نفسية تؤثر على العلاقة الزوجية، فينبغي منع ذلك الفعل سدا للذرائع<sup>1</sup>، مع التسليم بأن تلك الأمراض قد تنميها البيئة الاجتماعية، فلو تم إقرار إباحة تلك العمليات في المجتمع، لزال تلك العوارض لزوال سببها<sup>2</sup>.

-أن الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية قد تكون وحيدة في جسم المتبرع، فلا يجوز التبرع بها، فهو إضرار بالنفس، كالرحم والقضيب، عملاً بالقاعدة الفقهية "الضرر لا يزال بالضرر"<sup>3</sup>.

-أن نقل العورات المغلظة ينطوي على امتهان ظاهر للمتلقي والمتبرع<sup>4</sup>.

-ورود الإجماع على حرمة نظر الرجل لعضو منفصل من أعضاء امرأة أجنبية، والحال ذاته بالنسبة للمرأة، سواء كان انفصال العضو أثناء حياة المرأة أو بعدها<sup>5</sup>.

والقول الثاني، يرى بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، منهم: محمد نعيم ياسين<sup>6</sup>، وخالد رشيد الجميلي<sup>7</sup>، وأدلتهم في ذلك:

-أن هذه الأعضاء لا تحمل الصفات الوراثية، كالرحم الذي لا دخل له في الأنساب، ولا يؤدي التبرع به إلى اختلاطها، واستئصاله لا يسبب أية علة جسدية، وعملية غرسه أقرب إلى النجاح من الفشل، بشرط التأكد من خلوه من بويضة أو نطفة قديمة، فتكون المفسدة المدفوعة بالتبرع أعظم من المفسدة الواقعة بسببه، ما يقرب القول بالجواز في هذه الحالة<sup>8</sup>.

-هذا النوع من العمليات يدخل في نطاق الضروريات، ما يجعله أمراً جائزاً<sup>9</sup>. كما أن هناك من يرى بجواز نقل الأعضاء المغلظة من الميت إلى الحي فقط<sup>10</sup>.

<sup>1</sup>- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.1624.

<sup>2</sup>- محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1630.

<sup>3</sup>- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.15.

<sup>4</sup>- مرجحاً إسماعيل، المرجع السابق، ص.112.

<sup>5</sup>- محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص.26.

<sup>6</sup>- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.170.

<sup>7</sup>- خالد رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص.1617.

<sup>8</sup>- محمد نعيم ياسين، المرجع نفسه، ص.170.

<sup>9</sup>- مرجحاً إسماعيل، المرجع نفسه، ص.112.

<sup>10</sup>- محمود سعد محمود محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.3945.

وأما القول الثالث، فيرى بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، باستثناء العورات المغلظة، وقال بذلك أغلب الفقهاء المعاصرين<sup>1</sup>، وبه أفتى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم 57، بشأن بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، في البند الثاني، إذ جاء نصه: "زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية- ما عدا العورات المغلظة- جائز لضرورة مشروعة ووفقا للضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26(4/1) لهذا المجمع".

وما نصت عليه كذلك توصية ندوة رؤية إسلامية لزراعة الأعضاء البشرية، حيث جاء في قرارها: "رأت الندوة بالأكثرية أن نزرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي- ما عدا العورات المغلظة- التي لا تنقل الصفات الوراثية جائز استجابة لضرورة مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية"<sup>2</sup>.

وأدلتهم في ذلك، ما أورده أصحاب القول الأول القائلين بالجواز، يضاف إليها الأدلة الموجبة لاستثناء العورات المغلظة من دائرة الإباحة، وفقا لما يلي:

-تحقق شبهة الزنا عند زرع الفرج، إذ الوطاء فيه يكون محرما، فالرجل سيكون مستمتعا بفرج لا يحل له، كذلك ستكون المرأة قد وطئت بذكر رجل آخر ليس لزوجها<sup>3</sup>. غير أنه رد على ذلك، بكون العضو المنقول سيكون تابعا للمتلقي، مختصا به، ولا ينسب البتة إلى المتبرع<sup>4</sup>.

-أن العورات المغلظة ليست كسائر أعضاء الجسم، فلا يجوز لغير صاحبها النظر إليها و لا لمسها، ولو كان ذلك بعد الوفاة، فالقياس على جواز نقلها على سائر الأعضاء، قياس خاطئ<sup>5</sup>. غير أنه حتى بالنسبة لنزع وزرع الأعضاء التناسلية الأخرى، يتطلب الأمر كشف العورة كذلك<sup>6</sup>.

وحري بنا بعد الذي ذكرناه، أن نقول بتجريح القول الأول، لأنه الأحوط، وفيه سد للذرائع، وتجنبنا للالتجار بالأعضاء، فلا يجوز التبرع بأي عضو من الأعضاء التناسلية، لا الرحم ولا العورات المغلظة، سواء من

<sup>1</sup>-منهم: محمد سالم بن عبد الودود وعبد الستار أبو غدة، الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23 - 26 أكتوبر 1989م البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في 23 - 26 أكتوبر 1989م بالكويت، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ص.1749؛ مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.109؛ بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص.125.

<sup>2</sup>-الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت، المرجع السابق، ص.1672.

<sup>3</sup>-محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص.1624.

<sup>4</sup>-مرجحا إسماعيل، المرجع السابق، ص.112.

<sup>5</sup>-مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.113.

<sup>6</sup>-مرجحا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.113.

الحي أو من الميت، لما يؤدي إليه من اشمئزاز النفوس، ورفضها اجتماعيا، وانطوائها على كثير من الشبه، وكذا مدى نجاح تلك العمليات، خاصة إذا علمنا أن الطب لا يزال قاصرا على إثبات قطعية عدم نقل بعض تلك الأعضاء للصفات الوراثية، لكونها أعضاء متقنة الصنع، أوجدها الله الخالق البارئ، مصداقا لقوله عز وجل:

«...صَنَّ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ...»<sup>1</sup>.

### ثالثا: موقف المشرع

أما القانون الجزائري، فلم تتضمن نصوصه، حظر أو إباحة عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، لكن باستقراء نص المادة 45 مكرر ق.أ.، في فقرتها الأخيرة والمادة 374 ق.ص.، في فقرتها الرابعة، حيث قد منعتا اللجوء إلى استعمال الأم البديلة في عمليات التلقيح الاصطناعي، ما يفهم أن وضع نطفة الزوج في رحم امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية شرعية، يكون أمرا غير جائز قانونا، سواء كان هذا الرحم ملتصقا بالمرأة الأجنبية أو تم نقله إلى زوجته، لكن الإشكال الذي سيثار، يكمن في كيفية إعمال نص المادة 222 ق.أ.، في ظل اختلاف آراء الفقه الإسلامي، حسب ما ذكرنا سابقا، ما يجعل من ذلك ضرورة لتدخل المشرع من أجل التنصيص الصريح لتحديد الأعضاء التناسلية الممكن زراعتها من تلك المستبعدة منها، أو عدم إباحتها مطلقا.

وبشأن رأيه في الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية استنباطا من المادة 45 مكرر ق.أ.، التي تشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وكذا الفقرة الأولى من المادة 371 ق.ص.، والمادة 04 ق.أ.، التي تقضي أنه من بين أهداف الزواج تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب، يمكن القول أن أي تصرف يتضمن تهديدا لصفاء الأنساب، أو إضفاء شبهة عليها، يكون في نظر المشرع تصرفا غير قانوني مجرم، لذلك فزرع المبيض أو الخصية من الأفعال التي لها الأثر المباشر والبين على النسب، لكونها المسؤولة على تصنيع البويضات والنطف، وبواسطتها تنتقل الصفات الوراثية.

أما القضاء الجزائري، فساحته خالية من أي حكم يتضمن مثل هذه العمليات، بسبب عدم إجرائها، نظرا لتعارضها وأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا ما تتطلبه من خبرة فنية وإمكانات بشرية ومادية.

وتماشيا مع رأي أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية القائل بحرمه وعدم جواز نزع وزرع الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية، فيمكن الأخذ بهذا الرأي استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ.، لكن في ظل نسبية التطور الطبي في إثبات حمل الأعضاء التناسلية للصفات الوراثية من عدمه، يجعلنا الأخذ بالاحتمالين معا، للوقوف

<sup>1</sup>-سورة النمل، جزء من الآية 88.

على مدى تأثيرها على نسب الطفل، وكذا ترتيب المسؤولية الطبية الناتجة عن هذه العملية باعتبارها من الجراحات الماسة بالسلامة الجسدية، وكذا مسألة نسب الطفل، فكل خطأ في هذا المجال سيرتب المسؤولية الطبية.

### المطلب الثالث

#### أثر عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية على النسب والمسؤولية الناتجة عن هذه الجراحة

بوجود التمييز بين الأعضاء التناسلية على أساس مدى حمله للصفات الوراثية من عدمه، فلا مجال للشك بأن زراعتها له الأثر الجلي على نسب الطفل المولود بعد العملية، فالمبيضين والخصيتين، هي المسؤولة عن عملية الإنجاب، لذلك قد يطرح إشكال إلى من ينسب الطفل، بعد نجاح العملية، وبالرجوع إلى أثبتته الطب من عدم حمل الرحم لأية صفات وراثية، فإن ذلك لا يمنع من قيام فرضية تحديد العلاقة بين الطفل وصاحبة الرحم، أو الزوجين المولود لهما (الفرع الأول)، إذن، فهذه العملية هي شبيهة بباقي الجراحات التي تتطلب من الطبيب بذل جهد فني لتفادي وقوعه في خطأ يوجب مسؤوليته المدنية والجزائية على حد سواء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### نسب الطفل في ظل زراعة الأعضاء التناسلية

يمكن لعملية زراعة الأعضاء التناسلية المساس بمسألة النسب، لكن ليس ذلك على الوجه المطلق، وإنما يكون ذلك تبعا لتكيفية العضو المراد نقله، ومدى حمله للصفات الوراثية، بمعنى أثر زراعة الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية على النسب (أولا)، وأثر زراعة الأعضاء التناسلية غير الحاملة للصفات الوراثية على النسب-الرحم انموذجا- (ثانيا).

#### أولا: أثر زراعة الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية على النسب

بالذي ثبت طيبا بشأن احتفاظ الأعضاء التناسلية للصفات الوراثية، ولو بعد زرعها في الشخص المتلقي، فإنه يترتب على ذلك، حمل الطفل المولود لنفس مورثات الشخص المتبرع، فيشكل ذلك مساسا بخريطة الأنساب، وهو أمر محرم شرعا وممنوع قانونا، وهذا الطرح يمكن أن نلمسه حالة زرع الخصيتين أو المبيضين، فيقع الاستفهام حول الأب الشرعي لذلك الطفل، بين شخصي المانح والمتلقي.

فلو كانت الإجابة يجعل الشخص المتلقي هو الأب الحقيقي، مع الإقرار بأن الصفات الوراثية تعود للشخص المتبرع، هو قول فاسد، يتعارض مع أحكام النسب، ما يجعلنا أمام نسب طفل مزور<sup>1</sup>، فالطفل ولد على فراش الشخص المتلقي، وهو أمر ظاهري، لكن صفات الطفل الوراثية تعود للشخص المتبرع، بل إن أثر هذه الفرضية يمتد إلى العلاقة التي تنشئها تلك الصفات بين الشخص المتبرع وزوجة الشخص المتلقي وبناته، ومدى اعتبارهن من المحرمات أم لا.

والطرح ذاته عند زرع المبيض، فلن يعود الطفل هل للمتبرعة أم للمتلقة؟ لكن الإشكال الجدير بالاهتمام، هو علاقة الطفل الناتج بعد العملية وصاحبة العضو الحامل للصفات الوراثية، إذ يرى محمد سليمان الأشقر، أن حرمة الزواج لها خصوصياتها، فهي تثبت بأدنى سبب، فلا يمكن القول بجواز أن يتزوج من المتبرعة بالرحم أو المبيض، قياساً على ثبوت حرمة الرضاع، لأن بعض الفقهاء يرى أن المصاة الواحدة من الرضاع توجب الحرمة، وحرمة الزواج أولى بالاعتبار، وذلك أنها من باب المنع بالشبهة<sup>2</sup>.

لكنه أردف بالرد أن نسب الطفل يعود للمرأة المتلقية بقول: "وإذا ثبت أن العضو المزروع مهما كان نوعه، يكون جزءاً من جسد المتلقي حقيقة، وأن صلته تنقطع انقطاعاً تاماً بمصدره، فإن الغدة بعد غرسها في جسد المتلقي تكون جزءاً من أجزائه، وما يتولد فيها من الحيوانات المنوية، أو البيوضات، فهو ناشئ من ذات جسد المتلقي حقيقة شرعية، وينسب المولود إليه نسبة صحيحة شرعية"<sup>3</sup>.

وهذا خلافاً لما يرى به الباحثان صديقة علي العوضي وكمال محمد نجيب بأنه: "إذا ما نقلنا المبيض من أنثى إلى شقيقتها، ونحن نعلم أن فرصة نجاح زراعة الأعضاء من الأقرباء تكون كبيرة، إذ ما نقلنا هذا المبيض من الأخت إلى شقيقتها، فإن الأبناء الناتجين من هذه الشقيقة سوف يكونون من الناحية الوراثية أولاداً لأخت المنقول منها المبيض، لأنهم يحملون الشفرة الوراثية لهذه الأخت، ولا يحملون أي صفة وراثية للأم المنقول لها المبيض. بل إنه لا يبالغ في ذلك أنه قد يحدث أن ينقل مبيض من الأم إلى ابنتها، وبالتالي تكون الذرية الناتجة من الأنثى المنقول لها المبيض هم في الحقيقة إخوتها وأخواتها، غير الأشقاء من الناحية الوراثية. ومن هنا يتضح لنا أن نقل المبيض من امرأة إلى أخرى سوف يساعد بطريق مباشر في خلط الأنساب"<sup>4</sup>.

أما المشرع، فقد وقفنا على أنه لم يعط لهذه المسألة وزنها الحقيقي، بالنص عليها صراحة، بالرغم من سنه لخمسة عشرة مادة ضمن قانون الصحة رقم 18-11، بل أبقاها تحت طيات القواعد العامة، فيكون من المحتم

<sup>1</sup>-بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص.130.

<sup>2</sup>-محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء...، المرجع السابق، ص.1627.

<sup>3</sup>-محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1628.

<sup>4</sup>-صديقة علي العوضي؛ كمال محمد نجيب، المرجع السابق، ص.1662.

الرجوع إلى المبادئ المكرسة قانوناً، كالمحافظة على الأنساب المنصوص عليه في المادة 04 ق.أ، وغيرها من النصوص التي تمنع اللجوء إلى الوسائل المفضية إلى المساس به، سواء بالأعمال الطبية التقليدية أو المستحدثة.

إن مثل هذه العمليات تخلق نوعاً من الاضطراب والازدواج في النسب، فيكون الولد منسوباً للزوج، عملاً بقاعدة الولد للفراش، لكن ينتسب في تكوينه الوراثي لصاحب العضو المزروع، فهو أمر محرم كما تحرم وسيلته، وأنها من الوسائل التي تدخل الشك، ما يجعلها تتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية، فتأخذ حكم عدم الجواز<sup>1</sup>.

### ثانياً: أثر زراعة الأعضاء التناسلية غير الحاملة للصفات الوراثية على النسب (الرحم النموذجاً)

لا بأس بالتنويه، على أن الفقهاء اختلفوا في مشروع زرع الرحم، باعتباره من الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، وليس من العورات المغلظة، منهم، مُجَّد رأفت عثمان<sup>2</sup>، فلا يجوز زرعه، بحجة عدم قابلية الرحم للبدل، وانعدام الزوجية بين صاحب المني وصاحبة الرحم، بمعنى عدم جواز وضع مني رجل في رحم امرأة لا يحل له الاستمتاع بها، وهو الراجح عندنا.

في حين أن هناك من يرى بجواز نزع وزرع الرحم، ومنهم، مُجَّد نعيم ياسين<sup>3</sup>، ومُجَّد سليمان الأشقر<sup>4</sup>، لأن هذا العضو مثل الأعضاء الجائز زرعها، كالكلبي، مادام أن الحصول عليه يتم بالطرق المشروعة.

لكن الذي يفرض نفسه هو طبيعة العلاقة بين الطفل والمرأة المتبرعة، وزوجها، وأولادها، لذلك فالباحث خالد رشيد الجميلي، قال: "أما نقل الرحم، فإن كان من الناحية العلمية يؤثر على خلط الأنساب، فهذا ليس بجائز البتة، وإن كان مجرد وعاء ينمو الجنين فيه، فهذا جائز شرعاً، إلا أن الرحم إذا كان يؤثر على جسم الجنين كأثر لبن المرضعة، ربما جعلت المتبرعة حكماً كحكم المرضعة، والأمر محتاج إلى رأي العلم المختص في ذلك"<sup>5</sup>. وكذلك مُجَّد علي البار، فيرى أن زرع الرحم لا يولد أية مشكلة من الناحية الفقهية، فلا يتعلق به نسب الجنين، على عكس زرع المبيض والخصية<sup>6</sup>.

والرأي ذاته، عند بعض شراح القانون، أن زرع الرحم لا يتضمن نفس المحاذير المثارة بالنسبة للأعضاء الحاملة للصفات الوراثية، فهو لا ينتج أية مكونات وراثية، ومن ثمة لا غبار يشاع حول نسب الطفل الناشئ في الرحم المزروع، فهذا الرحم بمثابة الثدي، يطعم ويغذي، ويحفظ الجنين من العوامل الخارجية، فلا يتعدى أن يكون

<sup>1</sup>-خلاف ربيعة، المرجع السابق، ص.280.

<sup>2</sup>-مُجَّد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.14.

<sup>3</sup>-مُجَّد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.170.

<sup>4</sup>-مُجَّد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.1629.

<sup>5</sup>-خالد رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص.1617.

<sup>6</sup>-مُجَّد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1642.

مستودعا للحفاظ والتغذية<sup>1</sup>. بل إن نسب الولد إلى المتلقي تكون نسبة صحيحة تامة، تتأكد حسبهم، بوجود أسس تدعمه، تكمن في الارتباط العضوي للعضو المزروع بالمتلقي، وعدم تعلق الأحكام الشرعية للنسب بالعضو التناسلي المنقول<sup>2</sup>. كما يمكن أن ينظر إلى التبرع بالرحم من الجانب التعبدي، فيكون عبادة من أعظم العبادات، التي تسمو على التبرع بالماء والطعام واللباس، فإذا كان الإسلام يأمر بالتصدق على من يفتقر إلى ذلك، فمن باب أولى وأرقى، أن تجود من لها رحم، بحيث تمنح فرصة للآخرين بالإنجاب، ولا يمكن القول بالتشابه بين هذا التبرع واستئجار الأرحام، لأن المتلقية تكتسب صفة ملكية الرحم، والأمومة للطفل<sup>3</sup>.

فرضا لو سلمنا برأي هؤلاء في إباحة جراحة زرع تلك الأعضاء التناسلية، فسيقع على عاتق الطبيب القائم بها التزام مراعاة الشروط القانونية، مع أخذ الحيطة والحذر في تنفيذها، تجنباً للوقوع في خطأ، قد يعرضه للمساءلة المدنية والجزائية، هو ما سنتكلم عنه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### المسؤولية الطبية الناتجة عن زراعة الأعضاء التناسلية

في ظل انعدام النص القانوني الحاسم في مدى مشروعية زراعة الأعضاء التناسلية، وبوجود فرضية الأخذ برأي الفقه الإسلامي القائل بجوازها، بشرط عدم نقلها للصفات الوراثية، فيما عدا العورات المغلظة، سيجعلنا أمام تدخل طبي كغيره من التدخلات الطبية، الواجب ممارستها في إطارها القانوني، فإن حاد القائم بها عن ذلك، تحققت مسؤوليته عن فعله الشخصي، فقد تكون مسؤولية طبية مدنية (أولاً)، أو جزائية (ثانياً).

#### أولاً: المسؤولية الطبية المدنية

وتظهر لنا المسؤولية الطبية المدنية للطبيب الجراح، من خلال تحديد طبيعة تلك المسؤولية (أ)، ثم طبيعة إلتزام الطبيب الموجب للمسؤولية (ب)، وأخيراً طبيعة التعويض الذي يتحمله الطبيب المسؤول (ج).

<sup>1</sup>- فريدة صادق زوزو، وسائل الإنجاب الاصطناعي نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي، ص.06، موقع الإنترنت: feqhweb.com، تاريخ الإطلاع: 2021/09/12.

<sup>2</sup>- زيري بن فويدر، أثر زرع الأعضاء التناسلية على مسألة النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مح.04، 2011/02/15، ع.01، ص.194-195.

<sup>3</sup>- عبد الحميد زلافي، أثر زرع الأعضاء التناسلية والبويضات الملقحة على حفظ النسل، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية، نوفمبر 2015، ع.01، ص.71.

## أ- طبيعة المسؤولية الطبية

المعلوم أن المسؤولية قد تكون عقدية أو تقصيرية، والمتأمل في نصوص القانون الجزائري في مجال التدخلات الطبية، يجدها تميل إلى اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية<sup>1</sup>، فإذا وجد بين الطبيب والمريض المتلقي والمتبرع بأحد أعضائه، أو بينهما معا عقد صحيح، فإنه يقع على عاتق الطبيب إلزام بنقل العضو المتفق عليه في العقد، مع تقدير العناية اللازمة لذلك، وأي إخلال بذلك يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية، لكن بانتفاء العقد تتغير طبيعة المسؤولية من عقدية إلى تقصيرية.

وعليه، فالعقد الطبي هو المعيار في تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب، إذ في مجال زراعة الأعضاء لا يتصور انعدام العقد، بالنظر إلى طبيعة مثل هذه العمليات، كونها تخضع لجملة من الشروط القانونية والإجراءات الإدارية، قد تستغرق مدة زمنية معتبرة، بما فيها موافقة الطرفين، وإجراء الفحوصات الطبية للتأكد من سلامة الطرفين، والعضو محل العملية، وهذا يتماشى والرأي السائد القائل بأن مسؤولية الطبيب الناتجة عن أخطائه المرتكبة أثناء ممارسته لمهامه، هي مسؤولية عقدية لا غير، سواء في مجال زراعة الأعضاء أم في مجال آخر<sup>2</sup>.

في المقابل، يمكن أن توجد حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية، كتلك التي ينتفي فيها العقد مطلقا، كأن يشكل خطأ الطبيب جريمة، أو يكون تدخله بإرادة منفردة لإنقاذ جريح، أو الامتناع عن تقديم العلاج، وغيرها من الحالات التي يتصور وجودها في مجال زراعة الأعضاء<sup>3</sup>.

ويزداد الأمر وضوحا في ذلك، كون أن عمليات زرع الأعضاء هي من اختصاص مؤسسات إستشفائية مرخص لها بما يقضي به قانون الصحة، والمتفق عليه في هذه الحالة أن المسؤولية تقصيرية<sup>4</sup>، لانعدام الرابطة التعاقدية، إذ العلاقة بين الطبيب وإدارة المؤسسة علاقة تنظيمية، فمن غير المتصور وجود عقد بين الطبيب والمتبرع أو المتلقي<sup>5</sup>. وبالرغم من أن القضاء الإداري يكون هو المختص في مثل هذه الحالة، فقواعد المسؤولية التقصيرية هي المأخوذة بالحسبان، فالمشرع لم يساير الفقه في إقرار المسؤولية بدون خطأ، أي المخاطر وتحمل

<sup>1</sup>- مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص. 221.

<sup>2</sup>- مهند ناصر الزعبي؛ رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص. 1433.

<sup>3</sup>- ممدوح النجادا، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، المعهد القضائي الأردني، 2020، ص. 05.

<sup>4</sup>- ممدوح النجادا، المرجع نفسه، ص. 06.

<sup>5</sup>- مهند ناصر الزعبي؛ رولا نائل سلامة، المرجع نفسه، ص. 1433.

التبعة<sup>1</sup>، ما دام أن المادة 136 ق.م. تتضمن شرط وجود الفعل الضار للتابع، وإعطاء حق الرجوع للمتبع على التابع فيما تحمله، وهو المقرر قضاء كذلك<sup>2</sup>.

وعليه، فالمسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية تخضع للقواعد العامة، إذ يتطلب الأمر لقيامها تحقق خطأ الطبيب، المتمثل في إخلاله بواجب قانوني، والضرر اللاحق بالضحية، والعلاقة السببية بينهما، وهو الثابت قانوناً<sup>3</sup> وقضاء<sup>4</sup>. وعموماً تقوم المسؤولية الطبية على أساس الخطأ، كحالة نزع الطبيب لعضو سليم دون المعطل، أو قيامه بالعملية دون تبصير الأطراف المعنيين بالمخاطر المحتملة لها<sup>5</sup>، وقد يكون الخطأ ذو صفة إيجابية، يتجسد يتجسد في كذب الطبيب واستعماله للوسائل الاحتمالية التي يحتال بها على المريض<sup>6</sup>.

ويقع على عاتق المريض عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه، إذا أراد الرجوع عليه بالتعويض اللاحق به، فهو يتمتع بصفة الدائن، والطبيب هو المدين بواجب الإعلام<sup>7</sup>، فيكفي المتضرر إثبات مساس الطبيب بسلامة جسده بتدخله الطبي لعدم حصوله على الرضا المستنير، بحيث أنه لو علم مسبقاً بالمخاطر التي قد تصيبه ما سمح للطبيب من معالجته، فيكون الطبيب في هذه الحالة قد فوت على المريض فرصة حصوله على علاج مناسب لعلته، يكون خالياً من أي ضرر.

ويمكن أن يتحقق الخطأ الطبي في هذا المجال، إذا لم يتخذ الطبيب كافة سبل الحيطة والحذر، فتقوم مسؤوليته على أساس الإهمال والتقصير، إذ أن مثل هذه العمليات تتسم بنوع من التعقيد والأهمية<sup>8</sup>. زيادة على ذلك، قد يتعرض الطبيب الجراح المخطئ إلى المساءلة التأديبية، عند مخالفته للقواعد والأحكام المنظمة لمهنته<sup>9</sup>،

<sup>1</sup>-حاوش هدى، المرجع السابق، ص.154.

<sup>2</sup>-المجلس الأعلى، غ.م، قرار بتاريخ 1983/05/25، ملف رقم 32817، م.م.ع، ع02، 1990، ص.41.

<sup>3</sup>-أنظر؛ المادة 124 ق.م.

<sup>4</sup>-المجلس الأعلى، غ.م، قرار بتاريخ 1989/11/15، ملف رقم 56439، م.م.ع، ع02، 1990، ص.14.

<sup>5</sup>-السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص.23.

<sup>6</sup>-مُجد الصالح قروي؛ عليوة راجح، التزام الطبيب بإعلام المريض: بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج56، 2019، ع02، ص.291.

<sup>7</sup>-تنص المادة 323 ق.م على أنه: "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

<sup>8</sup>-بن صغير مراد، معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء دراسة تأصيلية نقدية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02، ص.195.

<sup>9</sup>- أنظر؛ المادة 03 من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 345 ق.ص.

يتم توقيعها من طرف الجهات المختصة، المتمثلة في المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية، حسب المادة 347 ق.ص.<sup>1</sup>.

### ثانيا: طبيعة التزام الطبيب الموجب للمسؤولية

وأما بالنسبة لطبيعة التزام الطبيب الذي تتحقق به مسؤوليته، فمن الفقه من اتجه إلى القول بأنه التزام بتحقيق نتيجة معينة، تتمثل في عدم تعريض طرفي العملية الجراحية لأي ضرر، أو عدم جعل التدخل الجراحي سببا لسوء حالتهما، مقارنة عما كانت عليه قبل ذلك، فيكون الضرر الناتج قرينة على وجود الخطأ<sup>2</sup>.  
وجانب من الشراح رأى بأن التزام الطبيب سواء في مجال زراعة الأعضاء أو خارجه، أو كانت هناك علاقة عقدية أم لا، هو التزام ببذل العناية اللازمة المؤدية إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في شفاء المريض<sup>3</sup>، أو محاولة تخطي مبدأ إلزامية الشفاء، بالتوجه نحو تمكين المريض من فرصة الحصول على نتيجة مبنية على تكامله الجسدي بعد العملية الجراحية، بمعنى توسيع نطاق مسؤولية الطبيب، وإلزامه بصفة تدريجية ضرورة تحقيق نتيجة من غير مساس المريض بأي ضرر، وبالأخص في بعض الحالات العلاجية<sup>4</sup>.

ولقد اعتمد القضاء الجزائري هذا القول في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2003/06/24 القاضي بمبدأه: " أن تسبب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا، الإستعانة بخبرة فنية وجوبية"<sup>5</sup>، بحيث أن الطبيب محل القضية أحل بالتزامه ببذل العناية اللازمة والصادقة التي تتفق والأصول العلمية الثابتة، إذ أنه بالرغم من وجود خبرة طبية، إلا أنه لم يأخذ بها، فشكل ذلك خطأ طبيًا استوجب المسؤولية.

ويؤكد ذلك، القرار الذي قضت به المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23، حيث جاء فيه: " أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ(ق) الذي توصل إلى أن نزع الكلية مبالغ فيه، ولم يكن هنا داع لذلك، وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقه"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر؛ المادة 03 من مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>2</sup>-بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.196-197.

<sup>3</sup>-مهند ناصر الزععي؛ رولا نائل سلامة، المرجع نفسه، ص.1433.

<sup>4</sup>-سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.121.

<sup>5</sup>-المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 2003/06/24، ملف رقم 297062، م.م.ع، ع.02، 2003، ص.337.

<sup>6</sup>-المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ 2008/01/23، المرجع السابق، ص.177.

## ثالثا: طبيعة التعويض الذي يتحمله الطبيب المسؤول

كرس القضاء الجزائري مبدأ إخضاع التعويض الناتج عن المسؤولية المدنية، حالة عدم وجود نص خاص إلى القواعد العامة للمسؤولية، في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/29، حيث جاء في المبدأ المكرس فيه ما نصه: " من الثابت قانونا إذا لم يكن هناك قانون خاص بالفعل الضار، فإن التعويض عن الضرر الناتج من هذا الفعل يخضع للقواعد العامة"<sup>1</sup>.

ويراعي القاضي في تقدير التعويض المترتب، أن يكون مناسبا للضرر اللاحق بالشخص المريض، فيكون القاضي ملزما بتبيان الوسائل المعتمدة في تقدير التعويض، وإلا عد قضاؤه خرقا للقانون<sup>2</sup>، وقد يمتد التعويض إلى جبر الضرر المعنوي، وتقديره يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع<sup>3</sup>.

ولا تقتصر مسؤولية الطبيب على الشق المدني حالة تحقق الخطأ الطبي، بل قد يمكن متابعتها جزائيا، إذا ما شكل تدخله الطبي جريمة معاقب عليها، فتتأسس مسؤوليته الجزائية، هو الذي سنبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

## ثانيا: المسؤولية الطبية الجزائرية

لكون عمليات زرع الأعضاء من أعقد الجراحات، وانطوائها على أخطار كثيرة، فقد قيدها المشرع بضوابط قانونية، ذكرناها سابقا، كل ذلك من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة، وغلق منافذ التلاعب وتوجيهها لما هو غير مشروع، والطبيب الجراح قد يغفل استثناء بعض الشروط القانونية، ما يجعل من تدخله الطبي سببا لنشوء المسؤولية الجزائية، يمكن ضيها بما استحدثه المشرع من عقوبات ضمن قانون الصحة أو تلك المنصوص عليها ضمن قانون العقوبات، كل ذلك يتأسس نتيجة الإخلال بجملة من المبادئ، أهمها ما يلي:

## أ- الإخلال بمبدأ السلامة الجسدية

إن ممارسة الجراح لتدخلاته الطبية تفرض عليه التمسك بين مبدئين أساسيين، كلاهما نقيض للآخر، مبدأ حرمة الجسد والجنّة، ومبدأ إباحة العمل الطبي، لذلك يقع على عاتقه إلزام التوفيق بينهما، من غير أن يعرض نفسه للمساءلة، ولن يتأتى له ذلك، إلا باحترام الضوابط القانونية المنظمة لمهنته ومثل هذه الجراحات، بل عليه

<sup>1</sup>- المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 2000/02/29، ملف رقم 232002، م.م.ع، ع.خ، 2003، ص.618.

<sup>2</sup>- المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، م.م.ع، ع.01، 1997، ص.123.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ 2012/07/19، ملف رقم 828422، م.م.ع، ع.02، 2013، ص.145.

أن يكون الهدف من تدخله الجراحي، هو المحافظة على حياة المريض وصحته<sup>1</sup>، إذ أن وظيفة الطبيب على العموم جلب الصحة المفقودة، أو حفظها بالشكل والشبه، ودفع العلة الموجودة بضدها ونقيضها، وإخراجها<sup>2</sup>. ولقد نصت المادة 413 ق.ص على أنه: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و289 و442(الفقرة2)، من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني، ثم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص، أو بصحته أو يحدث عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

فهذه المادة تضمنت المبدأ العام، وهو عدم المساس بسلامة الجسم وكل فعل يشكل ذلك، وكيف على أنه جريمة الجرح الخطأ والقتل المعاقب عليهما بالمادتين 288 و289 من قانون العقوبات، ويمكن أن تتقرر الجرائم التالية:

- 1- جنحة الضرب والجرح المنصوص عليها في المادة 264 ق.ع.
  - 2- جنحة إعطاء مواد ضارة للجسم، تتجسد حالة استعمال حقن مواد غير صالحة، أو مناسبة للجراحة، نص عليها المشرع في المادة 275 ق.ع.
  - 3- جنحة القتل الخطأ، المنصوص عليها في المادة 288 ق.ع.، وهذا الوصف يتغير بمدى توافر القصد الجنائي للطبيب من عدمه، والظروف المحيطة بالتدخل الجراحي.
  - 4- جناية الجرح المفضي إلى إحداث عاهة مستديمة، المنصوص عليها في 264 ق.ع.
  - 5- جناية القتل العمد، المنصوص عليها في المادة 254 ق.ع.، إذا توافر القصد الجنائي في إحداث الوفاة، بإجراء العملية الجراحية.
- ب-الإخلال بمبدأ مجانية زراعة الأعضاء.

جدير بالذكر ما ورد من خلاف فقهي حول مدى مشروعية المقابل المالي للعضو المستأصل، فرأي يقول بحتمية التفرقة بين عدم المشروعية للتصرف من جهة وخلق الإيثار والتكافل الإنساني من جهة أخرى، فمرونة حرمة الجسد الإنساني وما تحيطه من مبادئ، أوجد حيزاً لإمكانية القول بمادية أجزاء الجسم، وجعلها قابلة للتقويم، ينتج عن ذلك قانونية الحصول على مقابل للعضو المتبرع به، استدلالاً بالأحكام القضائية في جرائم

<sup>1</sup>-أحمد شرف الدين المرجع السابق، ص.23.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج4، ص.09.

المساس بالسلامة الجسدية، إلى جانب التعويضات المقدرة وفقا لنصوص التأمينات حال العجز الكلي أو الجزئي، ما يدل على التقويم المالي للعضو<sup>1</sup>.

غير أن موقف القانون الجزائري كان واضحا بخصوص ترتيب المسؤولية الجزائية عند خرق هذا المبدأ، بالمادة 430 ق.ص، والتي العمل بنصوص قانون العقوبات في المادة 303 مكرر16، والمادة 303 مكرر18، والملاحظ في هاتين المادتين أن المشرع يفرق بين جرمي الحصول على العضو مقابل مبلغ مالي أو منفعة عن طريق البيع بين الطرفين (المانح والمتلقي) في المادة 303 مكرر16، وبين جريمة الإتجار بالأعضاء في المادة 303 مكرر18، والتي شددت من عقوبتها.

كما حضرت المادة 432 ق.ص كل تصرف يتضمن الإشهار للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة.

#### ثالثا: الإخلال بشرط توافر الرضا

أقرت المادة 303 مكرر17 المسؤولية الجزائية عند قيام الطبيب بنزع عضو من شخص حي أو ميت، دون الحصول على الموافقة المسبقة، وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا، ويندرج في هذا الإطار تحقق مسؤولية الطبيب، بفعل نزع أعضاء أو أنسجة أو خلايا من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية، فالمشرع يعول على شرط كمال الأهلية في هذا المجال<sup>2</sup>.

#### رابعا: الإخلال بشرط الترخيص للمؤسسة الإستشفائية

نصت المادة 433 ق.ص على المسؤولية الجزائية الذي يقوم بنزع وزرع الأعضاء داخل مؤسسة إستشفائية لا تحوز على الترخيص الوزاري، وحتى لو وجد هذا الترخيص، فتبقى نشاطات تلك المؤسسة خاضعة لمبدأ المشروعية، من حيث الحصول على الأعضاء وحفظها وتوجيهها للأشخاص المحتاجين لها قصد العلاج، لذلك، فتتقرر مسؤوليتها متى ثبت الخطأ في تلك النشاطات، وأدى إلى المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص، ويمكن إقرار مسؤولية الشخص المعنوي بناء على نص المادة 303 مكرر26 ق.ع.

<sup>1</sup>-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.154.

<sup>2</sup>-حمادي عبد النور، المرجع السابق، ص.146.

ويرى جانب من الفقه أن المستشفى كشخص معنوي قابل للمساءلة الجزائية في ظل التشريع الجزائري، ما لم يكن عمومياً<sup>1</sup>، لكن جانب آخر يرى أن ليس للمستشفى سلطة إصدار الأوامر للطبيب أثناء تدخله الجراحي، وهناك من خالفه بتحميل المستشفى المسؤولية عن الخطأ في العلاج والتشخيص، وهي مسؤولية مدنية، لكن من الناحية الجزائية، فلا تتقرر إلا بوجود خطأ في التسيير<sup>2</sup>.

وتجاوزا للمساعدة على الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي والجراحة العادية، ظهرت التقنيات الحيوية التي تقوم أساساً على المساس بالكيان الإنساني، والتدخل في خصوصيته الجينية، كالتقنيات التي تتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر للإنسان، أطلق على تسميتها بالهندسة الوراثية أو التعديل الوراثي، أو هندسة التكاثر.

<sup>1</sup>- سيدهم مختار، المرجع السابق، ص.29؛ عائشة عبد الحميد، معيار الجرح العمدي لدى الطبيب الجراح والمسؤولية الناتجة عن ذلك في ظل التشريع العقابي الجزائري، مجلة إيليزا للدراسات والبحوث، المركز الجامعي إيليزي، مج06، 2021، ع.خ، ص.113.

<sup>2</sup>- سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص.29.

## الفصل الثاني

### التعديل الوراثي وتطبيقاته على الإنجاب

يبلغ الثورة المعلوماتية ذروتها، في المقابل فإن ثورة التقنيات الحيوية ربما ما زالت في بدايتها، مع التنبؤ مستقبلا بالوصول إلى نتائج مبهرة كثرها لها، وترتكز التقنية الحيوية على التعرف على طبيعة الجين المسؤول على نقل المعلومات الوراثية لدى الكائنات الحية، ما يفتح المجال لاستخدام المعلومات الجينية في مجالات عدة، إذ من خلال فحص تلك الجينات يمكن معرفة العديد من الجوانب عن حياة الإنسان، ليس من الناحية العضوية فحسب، بل وحتى كشف الجوانب الأخرى، كالذهنية والعاطفية له. غير أن مثل التقدم السريع للجينات الوراثية وتطبيقاتها أثار مسائل عديدة تتعلق بالشرع والقانون والأخلاق والسياسة، على المستوى الفردي والاجتماعي<sup>1</sup>.

وتعد الخلايا الجينية أهم الخلايا الإنسانية، فهي المسؤولة عن البرنامج الوراثي للجين، فالحيوان المنوي والبويضة للأبوين هي الناقل للصفات، كانت مرغوبة، كلون العينين، والشعر، والبشرة، أو مستهجنة، كالتشوهات، والتخلفات العقلية، والأمراض، وغيرها، لذلك فالتعديل الوراثي له جانبين، إما لتوقّي مرض خطير أو لتحقيق رغبة في صفة معينة، كانتقاء جنس الجنين، أو استنساخ مولود مطابق للشخص المعجب به، تلك هي أهم تطبيقات التعديل الوراثي.

وعليه فدراستنا ضمن هذا الفصل، ستكون بإعطاء نظرة عامة حول التعديل الوراثي للإنجاب في المبحث الأول، ثم تطبيقاته، بالتطرق لتقنية انتقاء جنس الجنين والاستنساخ البشري، باعتبارها من التقنيات الأكثر بروزا على الساحة القانونية، وما ينجر عنهما من إشكالات، ضمن المبحث الثاني، مع التركيز على إبراز موقف المشرع من هذه المستجدات البيوطبية.

<sup>1</sup> - أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03، ص.1099.

## المبحث الأول

## مدخل عام للتعديل الوراثي الإنجابي

ما طبع العصر الحديث هو التطور الفريد في المجال الطبي بصفة عامة، وبالأخص مجال التعامل بالجينات الوراثية، فبعد تحطى عتبة عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي، بواسطة الإخصاب الاصطناعي، ظهرت الرغبة في الحصول على جنس غير مصاب بأمراض وتشوهات، أو التمتع بصفات مميزة في الشكل والنوع، كل ذلك بالاستعانة بالهندسة الوراثية.

ولقد بدأ علم الوراثة عام 1900 بعدما تم إعادة ما اكتشفه العالم -مندل-، ضمن بحثه الذي نشر قبل ذلك بنحو خمسة وثلاثين عاماً، حيث ظهرت كلمة -جين- لأول مرة عام 1909، وفي عام 1910 تم نشر أول دليل على وجود موقع محدد لجين معين على إمكان أن ننسب جينا معيناً إلى كروموزوم معين، لتظهر عام 1913 أول خريطة وراثية، حيث بينت مواقع نسبية لست جينات على كروموزوم واحد، ومع تسارع الأطر التجريبية لتقنيات الوراثة، تغير مفهوم الجين وتعمق، ومعه بالتكامل الخرائط الجينية والتتابعات. كما تلا ذلك اكتشاف كيفية انتقال الصفات الوراثية والتعبير عنها، أو ما يعرف بالبصمة الوراثية سنة 1953، عندما تمكن العالمان جيمس واطسون وفرانسيس كريك من فصل التركيب الجزيئي ثلاثي الأبعاد للمادة الوراثية، DNA، الحمض النووي الديوكسي ريبوزي، واللولب المزدوج الشهير<sup>1</sup>.

وبما أفرزته هذه الوسيلة العملية الحديثة من انعكاسات إيجابية على الحياة البشرية، رافقه العديد من الإشكالات، لاسيما في مجال الإنجاب، بحيث أصبح مستهدفاً لقولته تماشياً للطلب الإنساني، بغض النظر عن الطبيعة الإنسانية، وما يكتنفها من كرامة وخصوصية، لذلك يكون من المستحسن الإحاطة بمفهوم هذه التقنية ضمن المطلب الأول، ثم الحكم العام للهندسة الوراثية وأثرها القانوني ضمن المطلب الثاني.

<sup>1</sup>-دانييل كيفلس وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، تر. أحمد مستجير، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1997، ص. 50-51.

## المطلب الأول

## مفهوم الهندسة الوراثية

لعل من الآمال التي يلمح إليها علماء طب الجينات، إيجاد إنسان مهندس وراثياً<sup>1</sup>، بواسطة التلاعب بالجينات للحصول على كائن بشري حسب الطلب والرغبة، وما يندرج تحت هذا الغطاء الدعوة إلى تحسين الصفات العقلية والجسدية للأجنة، وزيادة الذكاء البشري، وإيجاد طرق لإيقاف الشيخوخة، وغيرها من الرغبات التي بات ينسجها خيال علماء البيولوجيا، فضلاً عن انتقاء جنس الجنين واستنساخ مولود مطابق لوالديه.

وفي ظل تباين الكائنات الحية من خلال تمتعها بصفات معينة، لا تشابه بينها من نوع لآخر، إذ بتلك الصفات يتحدد نوعها، وكل نوع يتمتع بآليات المحافظة عليها، وترسخ من جيل إلى جيل عن طريق انتقال الصفات بين أفراد النوع الواحد.

وتباين صفات الكائنات الحية غير قاصر على الاختلاف بين الأنواع، بل حتى في النوع الواحد، وخير دليل ما يلمس في تمايز أفراد بني البشر، إذ لكل إنسان صفات تميزه عن غيره، سواء في الصفات الظاهرة، أو في الصفات الحيوية الداخلية للجسم، كإفراز الهرمونات، فهذه الصفات تنتقل من الجيل المتقدم إلى الجيل المتأخر وفق نظام معين، يطلق عليها بالعوامل الوراثية، بحسب المفهوم التقليدي لعلم الوراثة.

ومع التقدم العلمي تم اكتشاف العامل الإنساني الذي يصنع الفرق في الصفات البشرية، المتمثل في مصطلح "الجين"، المعروف بوحدة الوراثة التي تحمل المعلومات الوراثية، أو أنه تسلسلات من الصبغيات المتواجدة داخل نواة الخلية في الوقت نفسه لإحداث تقنيات تساعد على تحديد كل صفة من الصفات الوراثية، والعمل على توجيهها والتحكم فيها. ومهما يكن فإن للهندسة الوراثية مفهوماً نظرياً (الفرع الأول)، وآخر تقنياً (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - نور الدين بن مختار الخدامي، الجينوم البشري وحكمه الشرعي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01، ص.30.

## الفرع الأول

## المفهوم النظري للهندسة الوراثية

فالتدخل في العوامل الوراثية يشار إليه بالمصطلح الشائع، الهندسة الوراثية، أو هندسة الجينات، وهو اسم عام لا يحدد فكرة معينة أو تقنية محددة. غير أنه يهدف إلى أن يعمل من خلاله في تغيير أو تعديل المادة الوراثية، ولقد تعددت تعريفات الهندسة الوراثية، حسب ما سنذكره، في الآتي، فهي:

## أولاً: التعريف اللغوي للهندسة الوراثية

الهندسة، مشتق من الهنداز، معرب آب انداز، فأبدلت الزاي سينا، لأنه ليس لهم دال بعده زاي، هندس الرجل القني، الأبنية، والآلات ونحوها، هندزها، الهندوز. رجل مجرب جيد النظر صحيحه<sup>1</sup>.

والوراثية، ورت أبه بكسر الراء، يرثه، كيبيده، ورتا، ووراثه، وإرثا ورثة<sup>2</sup>، فهي مادة استخدام الهندسة الوراثية كلها، وهي عبارة عن الجينات والصيغ الكيميائية التي يتكون منها الإنسان أو الكائن الحي<sup>3</sup>؛ أو هي المبادئ والأصول العلمية المتعلقة بخواص المادة ومصادر القوى الطبيعية وطرق استخدامها لتحقيق أغراض مادية<sup>4</sup>.

## ثانياً: التعريف الاصطلاحي للهندسة الوراثية

وردت بخصوصها تعريفات عديدة نذكر منها ما يلي:

"انتقال الصفات من الأصول إلى الفروع، أو من السلف إلى الخلف وهي تشمل- إلى جانب الخصائص- الأمراض القابلة للتوريث"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.582.

<sup>2</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع نفسه، ص.177.

<sup>3</sup>-إبراهيم بشير الغويل، الديمقراطية والعلمانية وحقوق الإنسان المرجعية الفرنسية والمرجعية الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع11، ص.120.

<sup>4</sup>-مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.997.

<sup>5</sup>-عبد الستار أبو غدة، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013، ص.148.

"- توجيه المسار الطبيعي لعوامل الوراثة إلى مسار آخر، بقصد تغيير واقع غير مرغوب أو تحقيق وصف مطلوب"<sup>1</sup>.

"- هي علم حديث يدخل في إطار ما يسمى-البيولوجيا الجزئية-، جوهره التعامل مع مورثات الصفات داخل الخلايا الحية، لتحقيق أهداف مرجوة، هذه الأهداف قد تتمثل في علاج الأمراض الوراثية، أو تخليق بعض الأعضاء الحيوية، أو تحسين الصفات الطبيعية، أو التكاثر بغير الطرق التقليدية، أو استنباط سلالات جديدة، أو زيادة إنتاج المواد الغذائية، إلى غير ذلك من الأهداف المتصورة"<sup>2</sup>.

"- القدرة على عزل جين من كائن حي ونقله إلى كائن آخر، وبذلك يتم تخليق نباتات وحيوانات مهجنة جينيا، تمتلك الصفات المرغوبة"<sup>3</sup>.

"- علم يهتم بدراسة التركيب الوراثي للخلية الحية ويستهدف معرفة القوانين التي تتحكم بالصفات الوراثية من أجل التدخل فيها وتعديلها وإصلاح العيوب التي تطرأ عليها"<sup>4</sup>.

"- علم يتعامل مع التقنية الجينية الوراثية يمكن من الحصول، وذلك من خلال المادة الوراثية وتمييزها وربطها في تركيبات أخرى على صفات وراثية جديدة أو إظهار الصفات المرغوبة وإخفاء غير المرغوب فيها"<sup>5</sup>.

وغيرها من التعريفات الواردة في هذا الشأن<sup>6</sup>، لكن ما ذكر منها لم تسلم من النقد، إما بكونها جاءت غير جامعة مانعة، أو لأنها تضمنت مصطلحات تحتاج في حد ذاتها إلى توضيح، أو أن بعض تلك التعريفات جازمت بإمكانية التحكم في المورثات، بالرغم من الأمر لا يزال محل التجربة والتطوير، لذلك فاختار البعض تعريف الهندسة الوراثية على أنها: "التعامل مع المادة الوراثية، باستخلاص معلومات عنها أو التغيير فيها"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- محمود عبد الرحيم مهرا، أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية في الإنسان، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01، ص.250؛ المؤلف نفسه، الأحكام الشرعية... المرجع السابق، ص.122.

<sup>2</sup>- ماجد راغب الحلو، الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان بين القانون والقرآن، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03، ص.1325.

<sup>3</sup>- أحمد راضي أحمد أبو عرب، الهندسة الوراثية بين الخوف والرجاء، د.ط، دار رجب، دار الفوائد، القاهرة، 2010، ص.60.

<sup>4</sup>- أحمد مجّد كنعان، المرجع السابق، ص.921.

<sup>5</sup>- فايز عبد الله الكندي، الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.04، ص.1717.

<sup>6</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.33-36؛ أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع نفسه، ص.60.

<sup>7</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.37.

فالهندسة هي التصميم والتخطيط للوصول إلى هدف معين، والوراثة العلم الذي يهتم بدراسة كيفية انتقال الصفات الوراثية من جيل إلى آخر، كما يعنى بتفسير التشابه والتباين بين أفراد النوع الواحد في الكائنات الحية<sup>1</sup>.

والمفهوم النظري إنما هو تصور إيديولوجي، دعت الحاجة إليه عند طرح المسألة على الساحة التشريعية، لاستنباط الأحكام الشرعية والقانونية، وإعطاء فكرة قريبة إلى منهجية العلم منه إلى التقنية العلمية ذاتها، وما يجب التنبيه إليه هو أن الهندسة الوراثية فرع من أصل التكنولوجيا الحيوية<sup>2</sup>، وإن كان يصعب الفصل بين الأصل وفرعه، فإنه يمكن اعتماد المجال التطبيقي لكل منهما كأساس للترقية بينهما. وعليه فكل تقنية حيوية تمارس على جسم الإنسان أو لصيقة به، ويكون هدفها توجيه عوامل الوراثة فيه، فهي تدخل تحت نطاق الهندسة الوراثية، وهو الأنسب لها، أما ما عداها من التقنيات الحيوية الأخرى الواقعة على غير الإنسان من الكائنات الحية، وإن كانت تعود له بالنفع، فالأصلح إبقاؤها ضمن نطاق المفهوم العام وهو التكنولوجيا الحيوية<sup>3</sup>.

وبالنظر إلى كون الهندسة الوراثية من العلوم التجريبية التي تقوم على تقنيات دقيقة، لا يستقيم مفهومها بالاعتماد على الجانب النظري فقط، بل يتطلب الأمر التطرق إلى مفهومها التقني، هو عنوان الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### المفهوم التقني للهندسة الوراثية

بتفحص المراجع المتخصصة، فإنه يصعب الوقوف على تعريف موحد للهندسة الوراثية، فهي مصطلح عام يعبر عن الاستغلال المباشر للجينات، أو بمصطلح الاستغلال الجيني، أو التعديل الجيني، إذ تستخدم في هذا الأسلوب سلسلة كثيرة من التقنيات، لكن جزء الدنا "DNA" هو الأكثر استخداماً<sup>4</sup>، ويتمثل هذا الاستغلال في نقل مقاطع من الحمض النووي، هي جينات مسؤولة عن مميزات ثابتة من كائن إلى آخر، عن طريق القيام بأعمال مخبرية شبيهة بالعمليات الجراحية، لكن على النطاق الخلوي، حيث توجد المادة الوراثية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع السابق، ص.60.

<sup>2</sup>- التكنولوجيا الحيوية هي العلم الذي يبحث في تطبيقات وعلوم الأحياء والكيمياء الحيوية والهندسة الكيميائية والحيوية؛ دائرة التكنولوجيا الحيوية، إدارة موارد الغذاء، معهد الكويت للأبحاث العلمية، التكنولوجيا الحيوية، د.ط، 1996، ص.03.

<sup>3</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع السابق، ص.251.

<sup>4</sup>- وليام بينز، معجم التكنولوجيا الحيوية، تر.هاشم أحمد، مراجعة إبراهيم عبد المقصود، د.ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1996، ص.195.

<sup>5</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع نفسه، ص.251.

ولتعميق الفرق بين مفهوم الهندسة الوراثية وعموم تقنيات التكنولوجيا الحيوية، زيادة على معياري المجال التطبيقي، والهدف من إجراء كل منهما، يمكن توظيف معيار آخر، يتمثل في البعد الفني للتقنية المستعملة ومدى تناسبها والهدف المرجو منها، بمعنى أدق، فكلما حدد الهدف تحديدا دقيقا، كانت التقنية متمتعة ببعد فني وتكنولوجي أدق، كان مصطلح الهندسة الوراثية معبرا عنها بمصداقية أكبر، وإلا يبقى عموم مصطلح التكنولوجيا الحيوية هو الأنسب لغير ذلك من التقنيات<sup>1</sup>.

وما يستنتج هو أن المفهوم التقني للهندسة الوراثية، يقصد به توجيه الصفات الوراثية، والتحكم فيها من خلال نقل الجينات المسؤولة عنها في الخلايا حاملة الصفة إلى خلايا الشخص المستهدف، باستعمال آليات علمية دقيقة، تتلاءم مع المستوى الجزيئي الذي تجرى عليه التقنية<sup>2</sup>.

وحيثما كانت الجينات هي المستهدفة بالعوامل الوراثية، فإن تحديد دورها في نقلها للصفات الوراثية، يتطلب تبيان ماهيتها وعملها، وكيفية التدخل في طريقة عملها وتوجيهها.

### أولاً: مفهوم الجين ودوره في نقل الصفات الوراثية

يتضح مفهومه بتعريفه (أ)، ثم تبيان كيفية عمله (ب).

#### أ- تعريف الجين

فأبسط تعريف له يعطى له، بأنه وحدة الوراثة التي تحمل الصفات الوراثية، أو أنه تسلسلات من النيوكليوتيدات تشفر لتصنيع متعدد ببتيد أو "رنا RNA"، وعند الحديث عن الجينات يفضل استعمال مصطلح "متعدد ببتيد"، لأنه متكون من أحماض أمينية مرتبطة مع بعضها بأوامر ببتيدية، بينما مصطلح "بروتين"، فيشير إلى أكثر من سلسلة متعدد ببتيد، فضلا عن وجود جزئيات أخرى (غير بروتينية ضمن تركيبه)<sup>3</sup>.

وعرف بأنه "مجموع الطاقم الوراثي أو الرصيد الوراثي للإنسان، وهو يضم في مجموعه كل الجينات أو المورثات الموجودة في خلايا البشر"<sup>4</sup>.

والملاحظ أن الجين يطلق عليه ألقابا عديدة منها، الخريطة الجينية للإنسان، خريطة الشريط الوراثي، الحقيقية الوراثية، أو الرصيد أو المحتوى الوراثي، أو كتاب وسر الحياة، والملف الجيني للإنسان، والشفرة الوراثية،

<sup>1</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع السابق، ص.252.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع نفسه، ص.252.

<sup>3</sup>-نشأت غالب مصطفى، البيولوجي الجزيئي، طبعة 01، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة-الجمهورية اللبنانية، 2018، ص.279.

<sup>4</sup>-دانييل كيفلس وليروي هود، المرجع السابق، ص.07.

وغيرها من المصطلحات التي تدل على ما يحتويه جسم الإنسان من مادة وراثية جينية، لها طبيعتها وخصائصها ووظائفها وتتابعها وتدخلها<sup>1</sup>.

ويوجد فرق بين مشروع الجينوم البشري والجينوم البشري في حد ذاته، فالجينوم البشري هو ما ذكرناه أعلاه، أما مشروع الجينوم البشري، فهو جملة النتائج والحقائق التي يتوصل إليها العلماء اتجاه ماهية بعض المادة الوراثية وليس اتجاه أغلبها<sup>2</sup>. وأما لمعرفة حجم الجين، فهناك عدة طرق لقياسه، أبسطها الطريقة الحسابية المباشرة، بقسم عدد نيوكليوتيدات كروموسوم معين على عدد جيناته<sup>3</sup>.

والحامض النووي يعد هو المكون الأساسي للجينات، ومن ثم الكروموسومات، ويتكون من شريطين يلتف أحدهما على الآخر في شكل سلم حلزوني وفي هذا الجزء وحدات متكررة تدعى نيوكليوتيدات مرتبطة، يتكون النيوكليوتيد الواحد من سكر خماسي (ريبوزي) منزوع الأكسجين وحمض الفوسفوريك وأحد القواعد النيتروجينية إما: أدنين يرمز له (أ)، الجوانين يرمز له (ج)، السياتوسين يرمز له (س) والثيامين يرمز له (ث)<sup>4</sup>. ويمكن تلخيص ما ذكرناه فيما يلي<sup>5</sup>:

- الحمض النووي هو مادة الوراثة الأساسية، لكونه يحمل كل الصفات الوراثية ويتحكم في التعبير عنها.

- الحمض النووي هو المكون الأساسي للكروموسومات الموجودة داخل نواة الخلية.

- الجين هو الوحدة الوظيفية العاملة في المادة الوراثية "دنا DNA"، وأما المادة البنائية للمادة الوراثية، فهي النيوكليوتيدة.

- الجين كوحدة وظيفية قد يوجد محمولا على كروموزوم واحد أو أكثر، بينما يحمل الكروموزوم الواحد العديد من الجينات.

### ب- كيفية عمل الجين

بما أن الجين هو الوحدة الوظيفية العاملة في المادة الوراثية (الحمض النووي)، ما يجعل من هذا الأخير العنصر الأساسي في تكوين الجين، وهو يتوطن في نواة الخلية، كالموزع العادل، إذ يعطي الأوامر الحاملة

<sup>1</sup>- نور الدين بن مختار الخدامي، المرجع السابق، ص. 22.

<sup>2</sup>- نور الدين بن مختار الخدامي، المرجع نفسه، ص. 23.

<sup>3</sup>- نشأت غالب مصطفى، المرجع السابق، ص. 279.

<sup>4</sup>- حسام الأحمد، البصمة الوراثية- حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 22؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2006، ص. 22.

<sup>5</sup>- محمود عبد الرحيم مهرا، أحكام تقنيات...، المرجع السابق، ص. 247.

للمعلومات لكل أعضاء الخلية، وتنتقل عن طريق حمض نووي يسمى بالـ RNA، وهي ذات طبيعة تركيبية أساسية لحياة الخلية، مثل الإنزيمات والبروتينات التركيبية والمستقبلات<sup>1</sup>، وبالتحديد فإن الحامل للمعلومات هو الرنا RNA المرسل، وهي وحدة الاستنساخ التي تحمل معلومات تشفر لتصبح أكثر من متعدد بيتيد واحد، وهي تتكون من عدة أجزاء، ويحمل هذا "الرنا RNA الأوامر في شكل شفرة وراثية من داخل نواة الخلية إلى السيتوبلازم، أين يوجد العنصر الخلوي الذي ينفذ الأمر لصناعة البروتين أو الإنزيم المحدد ضمن آلاف البروتينات والإنزيمات التي تتشكل منها أجسام الكائنات الحية وتعطيها الوصف المتميز لكل نوع منها<sup>2</sup>.

وتتجسد الشفرة الوراثية في طريقة تسلسل القواعد النيتروجينية المكونة للحمض النووي، إذ تشكل كل ثلاثة قواعد في التتابع شفرة مستقلة، بحيث أن الأربع قواعد تعطي أربعاً وستون (4x4x4=64)، كل شفرة منها مكونة من ثلاث قواعد نيتروجينية ومن خلال تحكم هذه الشفرات في الأحماض الأمينية، يمكن تكوين آلاف البروتينات المختلفة<sup>3</sup>. كما تصاغ آلاف الكلمات العربية المختلفة من حروف محددة هي ثمانية وعشرون (28) حرفاً، إذ أن تغيير الترتيب يتبعه تغيير في المعنى، مع بقاء الحروف على هيأتها مثل: أ-ن-ج-ب، بمعنى ولد، فإذا تغير ترتيبها مثل: ج-ب-ا-ن، أصبح المعنى، الرجل شديد الخوف، ممتنع الإقدام.

ويترتب على اختلاف البروتينات، اختلاف كل عضو من أعضاء الجسم عن الآخر ولو في الجسد الواحد، كاختلاف بروتين الجلد والشعر والعظم، يضاف إليه اختلاف ذلك من شخص لآخر، فيجسد التمايز في صفات الأشخاص. ولما كان تكوين كل إنسان يرجع إلى خلية واحدة من النطفة الأمشاج، أنتجها الوالدين مناصفة باندماج الحمض النووي لكل منهما، يعطي تتابعا جديداً للـ "DNA"، ويصبح هذا التتابع الجديد هو صفة المكون الوراثي للخلية الإنسانية وكامل خلايا الجسد المتولد عنها عند تمام بنيانه، فيكون لديه شبه لوالديه دون حدوث التطابق معهما، أو مع غيرها مطلقاً<sup>4</sup>، مصداقاً لقول الله عز وجل « وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ

السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَالْوَالِدِكُمْ... ».

وتكتسي البروتينات الأهمية الكبرى لأنها<sup>5</sup>:

- الناتج النهائي لعمل الجينات.

- تقدم للجسم كل ما يحتاجه منها، وهي محفوظة في الحمض النووي.

<sup>1</sup>-نشأت غالب مصطفى، المرجع السابق، 286.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع السابق، ص.248.

<sup>3</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع نفسه، ص.248؛ نشأت غالب مصطفى، المرجع نفسه، 286.

<sup>4</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع نفسه، ص.249.

<sup>5</sup>-أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع السابق، ص.226-227.

-تؤدي الأدوار الضرورية لعمل الخلية.

-البروتينات الهدف الرئيسي للأدوية، فإذا أراد الطبيب علاج المريض، وإعطائه أدوية ناجعة، فعليه تحديد البروتين المستهدف.

-التدخل في عوامل الوراثة وآلياته.

### ثانياً: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية<sup>1</sup>

في هذا المجال توجد أسس علمية تقوم عليها تقنية الهندسة الوراثية تكمن فيما يلي:

-المخزون الجيني الحامل للصفات الوراثية للكائن الحي، عن طريق التحكم في مكانه ووظيفته، ونقله من مكان لآخر.

-التنوع الجيني الذي يمكن الإنسان من اختيار كائنات ذات صفات مرغوبة.

-استخدام تقنيات التهجين المخطط، لاسيما في المجال الزراعي.

غير أن الأمر تغير، فأصبح علم الوراثة المتعلق بفحص الدنا "DNA"، المسمى بعلم الوراثة الجزئية من

أسهل العلوم وأكثرها تطوراً، فبات من السهل:

-صنع أنسجة عديدة من أي جين أو مقطع محدد من الدنا "DNA".

-ضبط تسلسل الأحماض النووية بسرعة.

-تحديد الجينات الموجودة على الكروموزومات وتعديلها بالشكل المرغوب.

-غرس الجينات المعدلة في الكروموزوم المستهدف في الخلية.

واختصاراً لما ذكر، فإن أول خطوة هي استخلاص الحامض النووي وتنقيته، باستعمال عدة طرق في

ذلك، بحيث يتم تقطيعه بأحد الإنزيمات القاطعة<sup>2</sup>، وبعد تغيير موقع الحامض النووي الذي يحمل المورثة

المطلوبة، يتم ربطها مع ناقل مناسب، والناقل من جزيئات الحامض النووي قصيرة ودائرية غالباً، قادرة على

التضاعف المستقل عن الخلية أو سوية معها<sup>3</sup>، بعدها يتم إدخال النواقل الهجينة إلى خلايا مضائف مناسبة

تسمح للمورث الجديد بالتعبير عن نفسه، بالاعتماد على عدة طرق، أفضلها طريقة التحول، إذ يتم معاملة

<sup>1</sup>-أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع السابق، ص.61.

<sup>2</sup>-أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع نفسه، ص.61.

<sup>3</sup>-محمد حسنين سليمان، مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.04، ص.1707.

خلايا المضيف بواسطة محاليل حرارية منخفضة لزيادة نفاذية جدرانها، ثم مزج الخلايا المؤهلة للتحويل مع المادة الوراثية الموجودة في الناقل المهجين لأجل السماح له بالدخول إلى الخلايا، ثم زراعة الخلايا في وسط غذائي انتخابي مناسب<sup>1</sup>.

### ثالثاً: بعض الآليات العملية للتعديل الوراثي

معلوم أن الآليات العملية في أي مجال يكون محل تطوير، والأمر ذاته معمول به في تقنيات التعديل الوراثي، وفي التكنولوجيا الحيوية، وبالرغم من الفرق بين هذين المصطلحين، إلا أنه يمكننا سياق بعض الآليات الفنية المعتمدة تقنية في الهندسة الوراثية:

#### أ- تقنية الفلك والتركيب

تقوم هذه الطريقة على تفكيك جزئيات الحمض النووي بالضغط الحراري، ثم قطع الجين المسؤول عن الصفة المراد نقلها، باستعمال إنزيمات تعمل كمقصات بيولوجية، تعرف باسم الإنزيمات المقيدة أو إنزيمات التحديد، ليتم بعده دمج الجزئ مع آخر، هو الناقل، باستعمال إنزيم لاصق وإدخاله في الخلية المستهدفة<sup>2</sup>.

#### ب- تقنية الاستنساخ الحيوي للحامض النووي

يعتمد النسخ باستخدام الخلايا الحية على قدرة القطعة المراد نسخها على الانقسام أو التكاثر الذاتي، عندما توضع داخل الخلية الحية، ولقد قام العلماء بإدخال القطعة التي يريدون نسخها في أحد النواقل المعروفة بقدرتها على التكاثر الذاتي<sup>3</sup>.

#### ج- تقنية تهجين الأحماض النووية

يمكن إنتاج لولب هجين من أشرطة منفردة للدنا "DNA" أو الرنا "RNA" حالة مزج الأحماض النووية لكائنين مختلفين من الكائنات الحية، بعد رفع درجة حرارة الخليط إلى مائة درجة، ثم يترك ليبرد، مع ملاحظة وجود تكامل في القواعد النيتروجينية لكلا الشريطين، ويمكن استخدام الحمض النووي المهجين لأهداف عديدة، كالوقوف على مدى تحقق العلاقة التطورية بين الكائنين، إذ كلما تشابه تتابع النيوكلووتيدات بالحمض النووي كلما زاد التهجين بينهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-مُجد حسنين سليمان، المرجع السابق، ص.1707.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات...، المرجع السابق، ص.252-253؛ أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع السابق، ص.62-63.

<sup>3</sup>-أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع نفسه، ص.73.

<sup>4</sup>-أحمد راضي أحمد أبو عرب، المرجع نفسه، ص.72-73.

باستخلاص مدلول الهندسة الوراثية النظري والتقني، كونها من النوازل المستجدة، فحسنا بالمقام وضعها في الميزان الشرعي لمعرفة مدى توافقها ونصوص الشرع، كوسيلة مجردة، بعيدا عن أي مفردة من شأنها أن تغير من طبيعة الحكم الذي ستأخذه، وكذا مكانتها سلبا وإيجابا وأثرها القانوني على حق الشخص في خصوصيته الوراثية، كل ذلك سنعرضه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### الحكم العام للهندسة الوراثية وأثرها القانوني

فالهندسة الوراثية كمفردة مجردة عن غيرها من المفردات، يمكن أن يكون لها حكمها الخاص بها، سواء ما تعلق بوسائلها أو بمجال تطبيقها، إلا أن ذلك الحكم قد يتغير في حال ما اقترنت بغيرها من المفردات، إذ الأصل أن اعتبار الشيء بذاته وبخاص صفاته أولى من اعتباره بغيره من الأشياء الخارجة عنه<sup>1</sup>، وكل ما دعت إليه الحاجة في الشريعة مما فيه منفعة ولم يعارضه محذور، فإنه جائز وواجب بحسب حاله، وهذا أصل بديع<sup>2</sup>، وعليه فحكم الهندسة الوراثية يمكن إبرازه بالتطرق إلى حكم وسائلها، ثم حكمها بالنظر إلى مجال تطبيقها في الفرع الأول.

كذلك، فإن للهندسة الوراثية علاقة ببعض حقوق الإنسان، تصل إلى درجة الخطورة، فبقدر ما يمكن تسخير هذه الوسيلة لتحقيق الطموحات ورعاية المصالح، كتوفير العلاج للأمراض، بقدر ما قد تكون نقمة على الإنسان، فتهدر كرامته، وتكشف عيوبه، وتهتك ستره، إذ جرت العادة أن علماء الهندسة الوراثية يحرصون على تحقيق نتائجهم العلمية دون كبير اهتمام بما قد يلحق من مساس بالحقوق الإنسانية<sup>3</sup>، وهذه الحقوق قد يكون لها بعدا اجتماعيا، كالحق في المعيشة في أسرة، والحق في التكامل الاجتماعي، وقد تكون ذات طبيعة شخصية لصيقة بذاتية الفرد، كالحق في الخصوصية الجينية والتميز الذاتي الوراثي، وهذا الحق هو الذي سنفصل فيه، لكونه هو المشمول بالحماية القانونية بموجب أحكام القانون رقم 16-03<sup>4</sup>، المتعلق بكيفيات استعمال العينات البيولوجية والبصمات الوراثية، وهذا ضمن الفرع الثاني.

<sup>1</sup>-علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، مهمتها، تطبيقاتها، ط03، دار العلم، دمشق، بيروت، 1994، ص.105.

<sup>2</sup>-علي أحمد الندوي، المرجع نفسه، ص.60.

<sup>3</sup>-لمزيد من التفصيل، أنظر؛ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.1328 وما بعدها.

<sup>4</sup>-القانون رقم 16-03 المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر، المؤرخة في 22 يونيو 2016، ع37، ص.05.

## الفرع الأول

## الهندسة الوراثية في الميزان الشرعي

ضمن هذا الفرع سنحاول إبراز الحكم العام لتقنية الهندسة الوراثية بعيدا عن تطبيقاتها غير المحدودة، لأن كل تطبيق يتفرد بوسيلته وغايته ومجاله، لذلك سنعالج الحكم الشرعي لآليات الهندسة الوراثية في البند الأول، ثم نطاق العملي لآليات الهندسة الوراثية، في البند الثاني، وثالثا، موقف أهم المجامع الفقهية بشأن الهندسة الوراثية.

## أولا: الحكم الشرعي لآليات الهندسة الوراثية

وفق ما تقوم عليه الهندسة الوراثية من أعمال تقنية دقيقة، كطريقة الفك والتركيب والضغط الحراري، أو بواسطة الإنزيمات الحيوية التي تعمل كمقصات بيولوجية جزئية، أو حالة النقل الوراثي للدنا القريب إلى الخلايا الحية باستعمال البلازميدات، أو الفيروسات، أو بالأخذ المباشر<sup>1</sup>.

تلك الوسائل وغيرها، فإنه ينظر إليها كوسيلة مجردة، أي بمعزل عن أي مجال، فهي لا تحدث ضررا أو نفعا دون تهديف، فتكون بذلك ككل الوسائل القابلة للتوجيه إلى تحصيل منفعة أو مضرة، كالسلاح الذي يمكن استعماله لأفعال مباحة، كالصيد ونحوه، كما يمكن استعماله للعدوان وإلحاق الضرر. إذن فحكم هذه الوسائل عند تجريدتها من الهدف هو الإباحة الأصلية، فلا وجود لمبرر يدعو إلى استبعادها من نطاق ذلك الحكم، إذ الأشياء مباحة في أصلها<sup>2</sup>.

وينطبق هذا الحكم على كافة تقنيات الهندسة الوراثية، لكن عند اقتراحها بغيرها من المصطلحات، فلا شك أن حكمها الشرعي يتأثر تبعا لمدى جواز المساس بالمجال موضع التطبيق<sup>3</sup>، وأيضا على أساس ما تهدف إليه الوسيلة من مقاصد، إذ المقاصد معتبرة في التصرفات والمعتقدات<sup>4</sup>، عملا بقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة<sup>5</sup>، وهذه القاعدة من أنفع القواعد وأعظمها وأكثرها فوائد، ولعلها يدخل فيها ربع الدين، ومنه

<sup>1</sup>-رولف شميد، دليل التقانة الحيوية والهندسة الوراثية، تر.نجم الدين جميل الشيرابي، مُجّد سامر الرفاعي، أنطونيوس الداود، سلسلة كتب التقنيات الإستراتيجية والمتقدمة، د.ط، المنظمة العربية للترجمة، مدينة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ص.248.

<sup>2</sup>-يوسف بن عبد الله بن مُجّد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تح.مصطفى بن احمد العلوي، مُجّد عبد الكبير البكري، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1967، ص.142.

<sup>3</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الوراثة مفهومها وهندستها بين الطرح التقني والحكم الشرعي، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام مُجّد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013، ص.41.

<sup>4</sup>-أبي عبد الله مُجّد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين...، المرجع السابق، مج04، ص.499.

<sup>5</sup>-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.60.

فالوسائل تعطى أحكام المقاصد، فإذا كان مأمورا بشيء كان مأمورا بما لا يتم إلا به، فما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب، وما لا يتم المسنون إلا به فهو مسنون، وإذا كان منها عن شيء كان منها عن جميع طرقه وذرائعه ووسائله الموصلة إليه<sup>1</sup>.

فالحكم الشرعي في مجال الوراثة، يكون تبعا للهدف المرجو من التصرف، وداعي الغاية مناطه الموازنة بين المفاسد والمصالح، وهي موازنة مطلوبة شرعا، فتكون العبرة بتحقيق المصلحة الراجحة على ما يقع من ضرر بفعلها، فضلا عن مشروعية الغاية، فلا بد من مراعاة مشروعية الوسيلة، يمكن به تجنب شيء من المخاطر الناتجة عن الوراثة من أبيه أو أمه، وهذا السعي لتحصيل النفع مأمور به شرعا<sup>2</sup>.

### ثانيا: النطاق العملي لآليات الهندسة الوراثية

فلأن التقانة الحيوية كانت ولا زالت علما تطبيقيا، فقد اتسع نطاقه في القرنين الأخيرين، ليسع العلوم والمفاهيم الجديدة، كالهندسة الوراثية والوراثة الجزيئية، وبيولوجيا الخلية، والأحياء الدقيقة، وكل هذه العلوم لها تطبيقاتها غير المتناهية، ذات طبيعة متجددة. غير أنه يمكن ضبط وجهات محددة في كل مجال من مجالاتها التطبيقية، على الإنسان أو الحيوان أو النبات.

وتبعا لطبيعة بحثنا، وحسنا بالمقام، فلن تكون دراستنا إلا على التطبيق العملي الواقع على جسم الإنسان، دون الالتفات إلى مدى تحققه الواقعي من عدمه، وهذا التطبيق يمكن حصره في الجزء الخلوي لجسم الإنسان، المتمثل بالأساس في خلايا المنشأ، أي الخلايا التناسلية، وإما أن يقع على خلايا الجسد حسب التوضيح الآتي:

عند التطبيق على الخلايا التناسلية، فالمفترض أن ذلك التدخل هو واقع على كائن لم يوجد، ولم تتحدد صفاته بعد، بل المتوقع فيه أن يكون خليطا من صفات أبويه، لذلك فالتطبيق العملي وفقا للهندسة الوراثية، سيكون هدفه إما إزالة صفة غير مرغوبة عشر عليها في خلايا الولدين، أو إضافة صفة مطلوبة غير موجودة في تلك الخلايا، فيكون العمل على إيجادها بالجنين محل التطبيق، وبالتالي فالحكم الشرعي العام في الخلايا التناسلية بهذه التقنية هو حكم الاستبضاع، والقاعدة أن الأصل في الأبضاع التحريم<sup>3</sup>، وفي النظر

<sup>1</sup>- عبد الرحمن بن ناصر السعدي، هذه رسالة في القواعد الفقهية، ويليها منظومة مشتملة على أحكام الفقه للمؤلف، ويليها تعليق لطيف على منظومة في السير إلى الله والدار الآخرة للمؤلف أيضا، د.ط، مطابع النحوي، القاهرة، 1981، ص.30-31.

<sup>2</sup>- عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق، ص.160.

<sup>3</sup>- عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المرجع نفسه، ص.28.

الشرعي، فالخلايا التناسلية في الواقع تابعة للأبضاع، والقاعدة أن التابع لا يفرد بحكم ما لم يكن مقصودا، بمعنى أن التابع لا يستقل بنفسه ويسري عليه ما يسري على متبوعه من الحكم<sup>1</sup>.

وإذا نظرنا إلى التدخل على مستوى الخلايا التناسلية نظرة تجريدية، فإنه يأخذ حكم الأصل وهو عدم الجواز، حتى يوجد ما يخرج عن هذا الحكم الشرعي، أما في حال توصيفها وتحديدتها وفق غاياتها، فالاعتداد بخلاف الحكم بالوسيلة المستخدمة والغاية المرجوة من هذا التدخل، إذ المساس بالأبضاع فيه مساس بالأنساب، وحفظ الأعراض من الكليات الخمس.

وما يجب التنويه إليه، أن أثر المساس بالخلايا التناسلية لا يقتصر على الجنين المرتقب بعد تخصيبها فحسب، بل له امتداد إلى ذريته عبر كل الأجيال التي تليه، بعكس الأثر المترتب على المساس بالخلايا الجسدية، أين يقتصر أثره على الشخص صاحب الخلايا فقط<sup>2</sup>.

وحتى مشروع الجينوم البشري، الذي له عدة استخدامات في مجال الصحة والعلاج، وتحديد الصفات العقلية والجسدية للإنسان، وتطوير الأبحاث البيولوجية، وتقوية الاقتصاد، ومجالات أخرى. غير أن الحكم الشرعي لهذه الاستعمالات يتأسس على ضوء طبيعة الاستخدامات ودرجة نفعها، وفي مدى الحاجة إليها، إلى جانب الكثير من المعطيات التي تمكن من بيان الحكم وضبطه<sup>3</sup>.

### ثالثا: موقف الجامع الفقهية من الهندسة الوراثية

تناولت العديد من المجتمعات الفقهية الإسلامية موضوع التعديل الوراثي والهندسة الوراثية، لغرض تبيان الحكم الشرعي لها، من بينها: المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي.

أ- بالنسبة لمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في قراره المتخذ في الدورة الخامسة عشر<sup>4</sup>، بشأن موضوع استفادة المسلمين من الهندسة الوراثية، حيث أقر كمبدأ عام أنه يمكن الاستفادة من الهندسة الوراثية

<sup>1</sup>-علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص.401-402.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهرا، الوراثة مفهومها وهندستها...، المرجع السابق، ص.43.

<sup>3</sup>-نور الدين بن مختار الخدامي، المرجع السابق، ص.42.

<sup>4</sup>-القرار الأول في الدورة الخامسة عشر المنعقدة يوم السبت 11-15 رجب 1419هـ الموافق 31 أكتوبر 1988 بمكة المكرمة بشأن استفادة المسلمين من الهندسة الوراثية، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، ط02، 1977-2004، ص.311-313.

للوفاية من المرض وعلاجه، أو التقليل من ضرره، بشرط عدم ترتيب أي ضرر أكبر. كما أقر بجرمة استخدام الهندسة الوراثية في المجالات التالية:

- للوصول إلى الأغراض العدوانية والشريرة.

- منع استخدامها في كل ما هو محرم، كتغيير جنس الإنسان بعد وجوده.

- منع استخدام أي وسيلة لعلم الوراثة، للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية.

- يحرم استخدام الهندسة الوراثية للتدخل في بنية الجينات بحجة تحسين السلالة البشرية.

أما فيما يخص مجالات البحث للهندسة الوراثية، فقد أقر المجلس عدم جواز إجراء أي بحث، أو القيام بأية معالجة، أو تشخيص يتعلق بمورثات الإنسان إلا للضرورة، وبعد إجراء دراسة دقيقة للمخاطر والمنافع المحتملة تحصيلها، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرع، مع المحافظة على السرية الكاملة للنتائج، وفي حدود أحكام الشرع الإسلامي الرامي إلى صيانة الإنسان وكرامته.

أما في مجال الزراعة وتربية الحيوان، فالأمر جائز بشرط اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي أي ضرر قد يلحق بالإنسان أو الحيوان أو النبات على المدى البعيد. كما دعا المجلس الشركات والمصانع المنتجة للمواد الغذائية والطبية إلى تبيان تركيبة تلك الأغذية للتعامل بها عن بينة وحذر، مع حتمية تحلي الأطباء والأصحاب المعامل والمختبرات بتقوى الله، والبعد عن الإضرار بالإنسان والمجتمع والبيئة.

ب- بالنسبة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، في قراره المتخذ في الدورة الحادية والعشرين بالرياض، بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري<sup>1</sup>، حيث أقر المجلس:

- بجواز استخدام الهندسة الوراثية في مجال النبات والحيوان، بشرط عدم ترتيب أي ضرر عاجل أو آجل، وأن يكون الهدف صحيح مباح، دون عبث وإسراف، وأن يتولاه أصحاب المسؤولية والثقة.

- عدم جواز استخدام الهندسة الوراثية لغرض تبديل البنية الجينية، بقصد تحسين السلالة البشرية، أو العبث الجيني في شخصية الإنسان، أو التدخل في أهليته للمسؤولية الفردية.

- عدم استخدام الهندسة الوراثية لأغراض ضارة.

<sup>1</sup>-القرار رقم 203(21/9) في الدورة الحادية والعشرين، بمدينة الرياض، المملكة العربية السعودية، 15-19 محرم 1435 الموافق 18-22 نوفمبر 2013، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ - 1441هـ الموافق 1985-2019م، ص.703-711.

أما بخصوص العلاج الجيني، المتمثل في نقل جزء من الحمض النووي، أو نقل جين سليم، أو إحلال جين سليم محل جين مريض إلى الخلية المريضة لإعادة الوظيفة التي يقوم بها هذا الجين إلى عملها المطلوب منها، وتنقسم إلى نوعين:

1- جواز العلاج الجيني على الخلايا الجسدية، بشرط عدم ترتيب ضرر أكبر من الضرر المقصود، مع غلبة الظن في شفاء المريض بهذا تدخل، أو لتخفيف الألم، وعدم وجود علاج بديل، وأن يمارسه متخصصون بكفاءة عالية وإتقان وأمانة.

2- عدم جواز استخدامه للتحكم في الصفات الوراثية، كتغيير الشكل واللون وغيرها، لما في ذلك من العبث وتغيير لخلق الله، فضلا عن عدم وجود ضرورة معتبرة شرعا.

3- عدم جواز العلاج الجيني على الخلايا التناسلية، التي لا تراعى فيها الأحكام الشرعية، والتي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، لما في ذلك من الخطورة والضرر، تماشيا وجواز الفحص الجيني للخلايا التناسلية لمعرفة ما إذا كان بها مرض أو لا.

كان ذلك هو الحكم الشرعي العام المجرد للهندسة الوراثية، بالنسبة لوسائلها ومجال تطبيقها، وستتطرق لمكانة هذه التقنية، وأثرها القانوني على الحق في الخصوصية الجينية، في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### مكانة الهندسة الوراثية وأثرها على الخصوصية الجينية

تظهر لنا مكانة الهندسة الوراثية، باعتبارها وسيلة ذات آثار إيجابية وأخرى سلبية، لاسيما في المجال الإنجابي (أولا). كما أن أثرها يمتد إلى مساسها بأهم حقوق الإنسان المتمثل في الخصوصية الجينية، والذي يتطلب حماية قانونية خاصة، يمكن أن نجدها فيما استحدثه المشرع من نصوص قانونية (ثانيا).

#### أولا: أهمية الهندسة الوراثية في المجال الإنجابي

لعبت الهندسة الوراثية دورا بينا في مجال وقاية النسل من التشوهات الصبغية والجينية، فقد تمكن المختصون من التعامل مع البويضة الملقحة خارج الرحم في مرحلة انقسامها إلى أربع خلايا، وإجراء تحليل خاص

لتشخيص الخلل الكروموزومي، ثم معالجته بجين ملائم من مصدر خارجي، ثم إكمال زرعه في البويضة، لتعاد هذه البويضة الملقحة إلى الرحم<sup>1</sup>.

كما مكنت هذه التقنية من الوقوف على الأمراض عند الولادة، وأثناء الحمل، وفي كل مراحل الحياة، وفي سن الإنجاب، وقبل بدايته، وبالأخص للأشخاص الذين يخشى منهم نقل المرض الوراثي. كما أن برامج الفحص هي تلك تستهدف أمراضا كثيرة الوقوع، ومسجلة في جداول معدة مسبقا، وتجري بتكاليف منخفضة، حيث تعطى للوالدين خيارات علاجية، بما في ذلك إمكانية الإجهاض العلاجي، أو علاج الطفل بعد الولادة<sup>2</sup>.

وعليه فالوراثة البشرية مهمة جدا، سواء بإجراء الفحص قبل الزواج، أو بعده مباشرة إذا ظهرت مشكلة تتعلق بالإنجاب، وكان الزوجان من الأقارب، أو قبل الحمل أو بعده، وعرف بوجود تاريخ وراثي عائلي إيجابي لبعض الأمراض في شجرة الوراثة العائلية، أو في حالة الإجهاض المتكرر، أو عقب الولادة مباشرة، إذا كان المولود به تشوهات وراثية مرئية، كصغر حجم الرأس أو الاستسقاء الدماغى<sup>3</sup>، فمثل هذا الفحص له الأهمية البالغة في حفظ الصحة العامة<sup>4</sup>، وسيساعد على حفظ مقاصد الزواج، لأن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى<sup>5</sup>.

### ثانيا: أضرار استخدام الهندسة الوراثية

بالموازاة مع الدور الإيجابي الذي تلعبه الهندسة الوراثية في حياة الإنسان، فإنه يمكن تسجيل أو توقع مساوئ تدفع بالباحثين إلى اتخاذ موقف اعتراض عن تلك الاستخدامات، سواء في المجال التشخيصي أو العلاجي، والتعديل الوراثي، لعل أهمها ما سنذكره للتو:

### أ- في المجال التشخيصي والعلاجي

-تؤدي الهندسة الوراثية إلى زرع الإحباط النفسي لدى فئة من الناس، لاسيما عند النساء، إذ لو كانت نتائج فحص الخريطة الجينية لديهن، إلى وجود احتمال الإصابة بالعقم، أو بسرطان الثدي، أو غيرها من الأمراض التي تأبأها النفوس، فهنا لا محالة سيكون له وقع غير مرغوب في النفس، يلحق بها ضررا نفسيا واجتماعيا. إذ المعلوم

<sup>1</sup>-سالم نجم، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ط02، 2005، ع10، ص.244.

<sup>2</sup>-دانييل كيفلس وليروي هود، المرجع السابق، ص.126.

<sup>3</sup>-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص.256.

<sup>4</sup>-علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.134.

<sup>5</sup>-مُجد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج01، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.336.

أن العلوم الطبية قد يشوبها الخطأ، ما يجعل الشخص الخاضع للتحليل يعيش حياة يسودها الاكتئاب والقلق، بل تزداد حدته تبعاً لشخصية الفرد، فيرتفع إذا كان ممن يخافون المرض المزمن أو الموت، وما هو ثابت طبيًا أن كثيراً من المرضى يحتاجون إلى الأمل والحالة النفسية الجيدة اللازمة للتعافي، ومكابدة الحياة<sup>1</sup>.

- إذا كانت الهندسة الوراثية تستخدم في الكشف عن وجود تشوهات في الجنين أو تحديد بعض الأمراض التي تصيب المرأة الحامل، ويكون لها الأثر على جنينها، فمن هنا يبرز الدور الخطير المسند للفريق الطبي بصفة عامة ومخبر التحليل على وجه الخصوص في اكتشاف الخلايا المرضية في الوقت المناسب، وبالتالي اتخاذ الإجراءات الضرورية للوقاية من إصابة الجنين، وإقرار الإجهاض الاختياري أو اتخاذ الوسائل الاحتياطية التي تمنع حدوث الحمل قبل بدايته<sup>2</sup>.

- تؤدي الهندسة الوراثية في مجال التوظيف والعمل إلى الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، وهذا في حالة اشتراط بعض المؤسسات والشركات وجوب الاطلاع على سجلات نتائج الاختبار الجيني، فيكون رفضها لتوظيف المعني أو التعاقد معه بشرط عدم التأمين الصحي والاجتماعي، حسب نتائج الاختبار الجيني والأمراض التي قد تصيبه مستقبلاً، أو حتى بالنسبة للذين تم توظيفهم، وأوضح الكشف الجيني احتمالية الإصابة بأمراض تتطلب تغطية صحية خاصة، ما يدفع بالهيئة المستخدمة إلى اتخاذ إجراءات ترى بأنها مناسبة لتفادي الأعباء الزائدة المترتبة عن الإصابة بالمرض المستقبلي<sup>3</sup>. وهذا الطرح يراه بعض الباحثين<sup>4</sup>، ظاهراً في عقود الإذعان المنصوص عليها في المادة 70 من القانون المدني<sup>5</sup>، بوجود الطرف القوي الذي يوجد شروطاً للتعاقد، تستدعي المتعاقد معها التسليم دون المناقشة. غير أن المشرع تدخل بنص المادة 110 من نفس القانون التي تستدعي تدخل القاضي في مثل هذه العقود إلى إسقاط كل شرط من شأنه الإضرار بالطرف الضعيف، ونحن بدورنا نرى أن واقع التوظيف والعمل في المجتمع الجزائري في الغالب لا يستدعي إجراء الكشوفات الجينية المعمقة، لإمكانية التوظيف، وحتى بالنسبة لفئة الموظفين، فإن المشرع أوجد ترسانة من النصوص القانونية، لتوفير الرعاية الصحية والتأمين الاجتماعي لهم. كما أن مثل هذه النتائج من الناحية الشرعية لا يعول عليها، لأنها مبنية على غلبة

<sup>1</sup>- عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات...، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج 02، ط 01، دار الفنائس، الأردن، 2001، ص. 793.

<sup>2</sup>- ثروت عبد الحميد، مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج. 03، ص. 1085.

<sup>3</sup>- عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات...، بحث ضمن دراسات فقهية...، المرجع نفسه، ص. 795.

<sup>4</sup>- يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص. 87.

<sup>5</sup>- تنص المادة 70 ق.م على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

الظن، وليس على وجه اليقين المؤكد، إذ قد يموت الشخص بسبب ما دون أن يصاب بالمرض الذي تنبأ به الأطباء بعد التحليل الجيني<sup>1</sup>.

-إن المخاطر التي تحف الاستخدامات الجينية، وقوع فشل في تحديد وضبط موقع المورث الجيني المزروع على الشريط الكروموزومي للمريض بدلا من الجزء المسبب للمرض، ما يؤدي إلى الإصابة بمرض أخطر من المرض المراد تجنبه، أو احتمال أن تفقد المورثة المزروعة مميزاتها ووظيفتها الطبيعية عند التدخل الطبي، فتتأتى عندئذ نتائج غير محسوبة، كنمو خلايا سرطانية، أو تهمك أنسجة الجنين أو الأم كذلك، حالة زرع جينات أجنبية في الجنين أثناء الحمل وفي الأسابيع الأولى، أو عدوى فيروسية أو فطرية<sup>2</sup>.

### ب-في مجال التعديل الوراثي

كذلك فإن للهندسة الوراثية أو التعديل الوراثي عموما مفاصد وأضرار نتيجة التلاعب بالجينات البشرية، أهمها:

-عند إضافة أجزاء من حمض الدنا "DNA" بعد إعادة تركيبها إلى كائنات حية أو الإنسان، تؤدي إلى إحداث سلوكيات للتركيبية الجديدة غير متوقعة، فقد يتصور إيجاد كائن بصفات خاصة تؤثر على طبعه وسلوكه وذكائه، يجعل منه إنسانا عدوانيا لا يمكن السيطرة عليه<sup>3</sup>.

-يشكل التعديل الوراثي تهديدا لكيان الإنسان وكرامته، إذ بمحاولة التدخل لتغيير التركيب الوراثي الإنساني بإيجاد صفات محددة مسبقا، هو في الحقيقة تعد على استقلاليتها، وخرقا لمبدأ قدسية الحياة<sup>4</sup>، بل هو تطاول على مشيئة الله عز وجل.

-مثل هذه العمليات فيها إهدار لكرامة الإنسان، وجعله مثل اللعبة يلهو بها المختصون، أو لتحقيق رغبات السياسيين والعسكريين<sup>5</sup>.

-مخالفة الفطرة الإنسانية التي يولد بها، إذ يقول أحد المختصين في جراحة النساء "إن أحدث الوسائل لعلاج العقم ليست هي عملية الأنابيب، لأنها لم تنجح في كل الحالات، لأن عملية التقيح كانت تتم في الخارج ثم يعاد

<sup>1</sup>-عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات... بحث ضمن دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص.796.

<sup>2</sup>-سالم نجم، المرجع السابق، ص.246.

<sup>3</sup>-ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة كتب ثقافية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص.204؛ عارف علي عارف، بحث ضمن قضايا فقهية في الجينات...، المرجع نفسه، ص.766.

<sup>4</sup>-ناهدة البقصمي، المرجع نفسه، ص.206.

<sup>5</sup>-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.714.

زرع البويضة في الرحم، بينما التجارب الجديدة يتم فيها التلقيح خارجيا، ولا يعاد زرعه في الرحم وإنما يستمر نمو الطفل خارج الرحم خلال تسعة أشهر كاملة، أي أن الأم لا تمر إطلاقا بمرحلة الحمل أو لحظة الولادة<sup>1</sup>.

### ثانيا: أثر الهندسة الوراثية على الحق في الخصوصية الجينية

هذا الحق سنبين تعريفه(أ)، ثم كيف تناوله المشرع في قانون البصمة الوراثية(ب).

#### أ-تعريف الحق في الخصوصية الجينية

فالخصوصية من الفعل خصص، خصه بالشيء خصوصا وخصوصية، واختصه بكذا، أي خصه به، والخاصة خلاف العامة<sup>2</sup>، من ذلك يمكن تعريف الحق في الخصوصية الجينية، بأنه حق الشخص بأن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه<sup>3</sup>، بمعنى أن هذا الحق يتركز في أحد شقيه على الإرادة الشخصية للفرد، تتمثل في إمكانية إزالة صفة الخصوصية بإرادته، من خلال السماح للغير بالإطلاع على معلوماته الجينية، إذ بذلك يسقط حقه في التمسك بالحق في الخصوصية، أما الشق الثاني، بالتحديد يكون بعيدا عن إرادة الشخص وإنما يرجع إلى علم الوراثة، وقوامه أن تكون المعلومات محل الحق تتصف بكونها جينية، وهو أمر موضوعي لا شخصي<sup>4</sup>.

وهذا الحق أيضا قد يكون له صلة ببعض الجوانب، كامتداد أثر المعلومات الجينية إلى الغير، فهي لا تقتصر على الشخص الخاضع للفحص، وإنما تتعلق في الغالب بأبائه وأقربائه وذريته، وهؤلاء قد يرغبون في معلوماتهم الجينية، أو قد يرفضون ذلك، لكونها معلومات ذات طبيعة خاصة، ينتج عن ذلك صعوبات في كيفية إقرار حماية ملائمة للحق في الخصوصية الجينية في مثل هذه الحالات<sup>5</sup>.

#### ب-حماية الحق في الخصوصية الجينية

ولو تفحصنا التشريع الجزائري للمسنا فراغا قانونيا لحماية هذا الحق قبل سنة 2016، باستثناء المادة 40 ق.أ التي أجازت لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الاستعانة بالطرق العلمية والبيولوجية الحديثة لإقرار النسب. غير أن المشرع تدارك ذلك بإصدار القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في

<sup>1</sup>-سالم نجم، المرجع السابق، ص.247.

<sup>2</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.323.

<sup>3</sup>-أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص.1114.

<sup>4</sup>-أشرف توفيق شمس الدين، المرجع نفسه، ص.1114.

<sup>5</sup>-أشرف توفيق شمس الدين، المرجع نفسه، ص.1114.

الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، وباستقراء نصوصه يمكن أن نلمس حماية قانونية للحق في الخصوصية الجينية، فيما يلي:

### I- مجال تطبيق القانون رقم 03-16

يتحدد مجال تطبيق هذا القانون من حيث الأشخاص، والغرض، والعينات الخاضعة للتحليل.

- من حيث الأشخاص، فحسب المادة الأولى من هذا القانون، فإن مجاله محدد على سبيل الحصر، فهو يهدف إلى تحديد كيفية استعمال البصمة الوراثية على مستوى الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية<sup>1</sup>، بل غن المادة 05 من نفس القانون فصلت في الأشخاص الممكن خضوعهم للتحليل البيولوجي، بما فيهم الأشخاص المتطوعين والقصر بعد أخذ إذن الوالي<sup>2</sup>.

- من حيث الغرض، فالمرجع حصر إمكانية إجراء التحليل الوراثي في حدود الغرض المسطر بموجب هذا القانون، إذ نصت المادة 08 منه على انه: "يمنع استعمال العينات البيولوجية أو البصمة الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه".

- من حيث العينات الخاضعة للتحليل، حيث أن الفقرة الثانية من المادة 07 نصت على أن التحاليل لا تجرى إلا على المناطق الوراثية غير المشفرة في الحمض النووي، دون المنطقة المسؤولة عن تحديد الجنس، وعليه فالمرجع أقر بعدم اللجوء إلى أبرز تطبيقات الهندسة الوراثية في المجال الإنجابي، المتمثل في انتقاء جنس الجنين، هو ما سنفصله في موضعه. من جهة أخرى فقد عرفت الفقرة 04 من المادة الأولى المناطق غير المشفرة في الحمض النووي، والتي لا تشفر لبروتين معين.

### II- شروط إجراء التحليل الجيني

- مكان إجراء التحليل: حيث حددت الفقرة الأولى من المادة 07 النطاق المكاني لإجراء التحاليل البيولوجية، والتي يمكن أن تجرى من قبل المخابر والخبراء المعتمدين طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. كما أن اخذ العينات يكون وفقا للمقاييس العلمية المتعارف عليها، ومن طرف الأشخاص المؤهلين قانونا<sup>3</sup>.

- الحصول على أمر قضائي: إذ اشترطت المادة 04 وجوب توفر أمر قضائي صادر عن وكلاء الجمهورية، أو قضاة التحقيق، أو قضاة الحكم، وفقا لنصوص قانون الإجراءات الجزائية والقانون رقم 03-16.

<sup>1</sup>-أنظر؛ المادة 01 من القانون رقم 03-16، المرجع السابق.

<sup>2</sup>-أنظر؛ المادة 05 من نفس القانون.

<sup>3</sup>-أنظر؛ المادة 06 من نفس القانون.

**III-المسؤولية المترتبة على الإخلال بالحق في الخصوصية الجينية**

وفق نصوص القانون رقم 16-03، فقد تطرق المشرع إلى نوعين من الجرائم الماسة بالحق في الخصوصية الجينية<sup>1</sup> تتمثل فيما يلي:

**1-توجيه العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية لغير الأغراض المحددة لها**

فقد نصت المادة 17 من هذا القانون على أنه: يعاقب بالحس من سنة(1) إلى ثلاث سنوات(3) وبغرامة من 100.000دج إلى 300.000دج، كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه".

فهذه المادة فرقت بين العينات البيولوجية والبصمات الوراثية، فالأولى عرفتھا الفقرة 06 من المادة الأولى من نفس القانون على أنها"أنسجة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية"، مثل البول، أو الدم، أو الشعر، أو المني، أو العظم، أو اللعاب، أو خلايا الكلى، أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان<sup>2</sup>. وهذا يصب فيما قضت به المادة 303 مكرر من ق.ع، التي تمنع الحصول على تلك العينات بطرق القوة والتهديد. ومن جهة استعمال البصمات الوراثية كذلك، حيث عرفتھا الفقرة 01 من نفس المادة على أنها"التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي".

**2-إفشاء المعلومات المتعلقة بالبصمة الوراثية**

فقد نصت المادة 18 من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحس من ستة(6) أشهر إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة من 60.000دج إلى 300.000دج، كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية". فيتضح من ذلك أن الالتزام بعدم إفشاء المعطيات يقع على عاتق الأشخاص الذين لهم صلاحية الإطلاع على تلك المعطيات على مستوى المصلحة المركزية للبصمات الوراثية، بمعنى لقيام هذه الجريمة يستلزم توافر صفة خاصة في الجاني، فلا يتصور ارتكابها من طرف أي شخص آخر غير عامل في تلك المصلحة، وهذه الهيئة نظمها المرسوم التنفيذي رقم 17-277 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تنظيم المصلحة المركزية للبصمات الوراثية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-طاهري عبد المطلب، النحوي سليمان، الأطر القانونية المقررة لحماية الحق في الخصوصية الجينية في المواثيق الدولية وفي التشريع الجزائري والفرنسي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج06، ع01، جوان 2021، ص.2118.

<sup>2</sup>-عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص.13.

<sup>3</sup>-المرسوم التنفيذي رقم 17-277 المؤرخ في 18 محرم 1439هـ الموافق 09 أكتوبر 2017 المحدد لشروط وكيفيات تنظيم المصلحة المركزية للبصمات الوراثية وسيرها، ج.ر، رقم 60، المؤرخة في 19/10/2017، ص.14.

وعلة التجريم في هذا الصدد هي حماية مصلحتين اجتماعيتين، تكمن الأولى في مصلحة المجني عليه، المتمثلة في أن تبقى معلوماته الطبية سرا، ولو لم يعلمها هو، إذ يمكن أن تلحق هذه الجريمة بجرائم الشرف والاعتبار<sup>1</sup>، أما الثانية، فتكمن في السير الحسن المنتظم للمصلحة المختصة، كونها ذات أهمية اجتماعية، وعليه فالصفة مطلوبة في الجاني، وهي مطلوبة وقت إيداع السر، وليس حال إفشائه، ومن ثمة يمكن أن تتحقق في الشريك ولو لم يكن متمتعاً بهذه الصفة<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق يرى بعض الباحثين أن المعلومات الجينية ما هي إلا نوع من المعلومات الطبية المخزنة في المراكز القانونية، والتي يجعل من الاعتداء عليها جريمة، فوفقاً لهذا الرأي أن النصوص التي تحمي المعلومات الطبية تشمل بالحماية كذلك المعلومات الجينية بصفة عامة، شأنها شأن أي معلومة طبية أخرى، فهنا حماية المعلومات تتطابق في الوقت ذاته مع حماية الحق في الخصوصية، لأنهما يتعلقان بموضوع واحد هو المعلومات. غير أن وجهة نظر أخرى تقضي بأن حماية المعلومات تدخل ضمن دائرة الحقوق العامة، بعكس الحق في الخصوصية الجينية الذي ينتمي إلى دائرة الحقوق الفردية، ما يترتب على هذا التكييف أن لا دخل لإرادة المجني عليه في الاعتداء الذي يقع في الحالة الأولى، فتتحقق الجريمة حتى ولو كان صاحب المعلومات على علم ورضا بالاطلاع عليها، بينما لا تتوافر جريمة المساس بالخصوصية الجينية إذا كان المجني عليه قد وافق على كشف هذه المعلومات<sup>3</sup>.

وتظهر أهمية الرضا في هذه الحالة باعتبار الحق في الخصوصية الجينية من الحقوق الفردية التي لا تقبل التنازل إلا بالإرادة الحرة، ينجم عن ذلك انتفاء فعل الاعتداء عندما يقبل الشخص طواعية كشف معلوماته الجينية للغير، وهذا الحق يقتضي ألا يتم إكراه وإجبار للشخص على إجراء الاختبارات الجينية ممارس من طرف أي جهة، سواء من الدولة أو غيرها من الأشخاص، ما لم يصدر عنه رضا صريح، إلى جانب عدم حرمانه من أية خدمة، أو مزية لرفضه ذلك الاختبار<sup>4</sup>.

وقياساً على ذلك، فإن المشرع بمقتضى القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية، يكون قد وفر حماية معتبرة، بتنظيمه لقواعد اللجوء إلى عمليات الفحوص الجينية. غير أنه تعرض للنقد نتيجة إغفاله لبعض الصور التي تشكل مساساً بالخصوصية الجينية، أبرزها توافر الرضا المسبق للخاضع للتحاليل البيولوجية، مع عدم إمكانية تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الصحة التي تستلزم توافر صفة المريض في

<sup>1</sup>-محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص.751.

<sup>2</sup>-محمود نجيب حسني، المرجع نفسه، ص.763-764.

<sup>3</sup>-أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص.1132-1133.

<sup>4</sup>-أشرف توفيق شمس الدين، المرجع نفسه، ص.1134.

الشخص<sup>1</sup>، أو حتى تلك المنصوص عليها ضمن أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب من نفس القانون، من جهة أخرى تعطيل تطبيق نص المادة 303 مكرر 19 من ق.ع، الجريمة لأفعال انتزاع العينات البيولوجية دون موافقة صاحبها، ولا صلة لها بالموافقة بإجراء التحاليل البيولوجية.

هذا وإن المشرع قد حدد فئة من الأشخاص يكونون مجبرين على الخضوع لإجراء التحاليل البيولوجية ضمن الفقرات 01، 02، 04 و 05 ضمن المادة 05 من القانون رقم 03-16، وتبرير ذلك الإجماع يعود إلى تحقيق العدالة الجنائية، إذ لا تعارض مع مبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، ما دام يتم ذلك وفقا للضمانات المكرسة قانونا. في حين فقد أبقى فئة أخرى ضمن نطاق عدم الإجماع على الخضوع لإجراء التحاليل الجينية، والمتمثلة في فئة ضحايا الجرائم، المتطوعين، الأطفال، أصول وفروع الأشخاص المفقودين، والذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب إعاقة جسدية أو ذهنية<sup>2</sup>.

بانتهاؤنا من إعطاء نظرة عامة حول الهندسة الوراثية، وحكمها الشرعي، ومدى جلبها للمنافع والمضار للإنسانية، وكيف تؤثر على حق الخصوصية الجينية، سننتقل إلى دراسة أهم تطبيقاتها في المجال الإنجابي ضمن المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### تطبيقات الهندسة الوراثية في المجال الإنجابي

مما لا يخفى على المتمعن أن الهندسة الوراثية وتطبيقاتها وفق العناصر المطروحة ضمن بحثنا، وثيقة الارتباط بمقاصد الشرع، لاسيما حفظ النسل، ومن هنا نجد أن علماء هذه التقنية قد تمكنوا من تحديد السائل المنوي المسؤول عن تحديد جنس الجنين، ذكرا أو أنثى، وبالتالي إثبات المورثات التي تتأثر بالجنس، منها ما هو سائد ومنها ما هو متنحي، ما فتح المجال للأزواج لمحاولة الحصول على الجنس المرغوب عن طريق انتقاء جنس الجنين. في الجانب الآخر، برزت تقنية أخرى لا تقل دقة عن سابقتها، كانت نتيجة البحث والتجريب في مجال العلوم البيولوجية والحيوية، دون قيود أخلاقية ولا إنسانية، تتمثل في الاستنساخ الإنجابي، أصبح ينذر بانقلاب بيولوجي رهيب.

<sup>1</sup>- طاهري عبد المطلب، النحوي سليمان، المرجع السابق، ص. 2120.

<sup>2</sup>- كسال سامية، حماية الحق في الخصوصية الجينية في القانون رقم 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية وفي الميثاق الدولية والقانون الفرنسي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج 12، 30/06/2017، ع 02، ص. 36.

وكل من انتقاء جنس الجنين والاستنساخ البشري، وسيلتين مغايرتين للفطرة البشرية، تؤدي إلى إحداث أثر مباشر في الأنظمة القانونية والحقوق الإنسانية، التي تعتبر من أساسيات البناء التحتي للمجتمع، كالأسرة والزواج والنسب، وحق الحياة والكرامة الإنسانية.

وأمام هذه المشاكل الاجتماعية، كان من اللازم تأطير هذه التقنيات الحديثة، وإعطائها التكييف القانوني، بوضع قواعد قانونية خاصة بها، مثل ما فعل المشرع، وهو ما سنحاول إبرازه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول تقنية انتقاء جنس الجنين، والثاني ندرس فيه تقنية الاستنساخ البشري.

## المطلب الأول

### تقنية انتقاء جنس الجنين

إن هذه الفكرة كانت ضاربة بأطنائها في الحضارات القديمة، كالفرعونية والصينية واليونانية، حيث عرفت طرقاً عديدة لأجل اختيار جنس الجنين، كلها اعتمدت بشكل رئيسي على الأدوية الشعبية، والخرافات والسحر، وحتى إلى وقت قريب، كان هناك من يقدم الاستشارة للزوجين بإتباع حمية غذائية معينة، أو الجماع في وقت محدد. غير أن مع تطور العلوم الطبية في القرن العشرين، تمكن المختصون من معرفة جنس الجنين في رحم أمه، وبعدها الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي، ليصلوا إلى فصل النطاف ذات الترميز الذكري منه عن النطاف ذات الترميز الأنثوي، من خلال مميزات كل منهما، في الحركة والحجم<sup>1</sup>.

لمزيد من التوضيح خصصنا الفرع الأول لتبيان ماهية انتقاء جنس الجنين، والفرع الثاني لطرق انتقاء جنس الجنين، والفرع الثالث لرأي الفقه الإسلامي في تقنية انتقاء جنس الجنين، وأخيراً الفرع الرابع لموقف المشرع من تقنية انتقاء جنس الجنين.

## الفرع الأول

### ماهية تقنية انتقاء جنس الجنين

ستتجلى ماهية انتقاء جنس الجنين من خلال التعريف الفقهي (أولاً)، ثم المدلول الطبي (ثانياً)، والفرق بين انتقاء جنس الجنين وتحسين النسل (ثالثاً)، وأخيراً دوافع اللجوء إلى انتقاء جنس الجنين (رابعاً).

<sup>1</sup> -ندى مُجد نعيم الدقر؛ يوسف عبد الرحيم بوبس، معرفة جنس الجنين والتدخل لتحديده، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01، ص.210.

## أولاً: التعريف الفقهي

ظهرت تعريفات عديدة، نحاول ذكر الأهم منها:

- عرف بأنه: "ما يقوم به الإنسان من الأعمال والإجراءات التي يهدف بواسطتها اختيار ذكورة الجنين وأنوثته"<sup>1</sup>.
- وعرف بأنه: "ما يقوم به الزوجان من الأعمال والإجراءات الطبيعية بنفسيهما، أو الطيبة من خلال مختص بهدف تحديد ذكورة الجنين أو أنوثته"<sup>2</sup>.
- كلا التعريفين أوردا مصطلح "الإجراءات"، ما يجعله غير ملائم، وكان من الأسلم الاكتفاء بمصطلح "الأعمال".
- وعرف بأنه: "التسبب بما يظن تأثيره في إتيان الجنس ذكراً أو أنثى"<sup>3</sup>.
- وهذا التعريف لا يجزم بحقيقة انتقاء جنس الجنين، لتوظيفه مصطلح "بما يظن"، أي عدم قطعياً الطرق المتخذة لذلك، سواء كانت بالتدخل الطبي أو بغيره.
- وعرف بأنه: "يتم معالجة مني الرجل بوسائل طبية معاصرة ومتقدمة ومعقدة ومختلفة، لضمان إنجاب مولد من جنس معين سواء كان ذكراً أو أنثى"<sup>4</sup>.
- وفصل آخر في تعريفه بأن "اختيار نوع الجنين من خلال وسائل تعمل على تغليب المنوي الخاص بالنوع المطلوب، وتهيئة الظروف الملائمة لإعطائه فرصة السبق إلى البيضة وتلقيحها، أو العمل من خلال نفس الوسائل على إعاقة أو استبعاد المنوي للآخر من السباق نهائياً، ليتحقق التلقيح بالمنوي المرغوب فيه، ويتحدد من ثم نوع الجنين قبل الحمل به"<sup>5</sup>.
- وهما تعريفان يرتكزان على التدخل الطبي في انتقاء جنس الجنين، ويهملان التدخل غير الطبي.
- وعرف بأنه: "تدخل الإنسان باصطفاء أحد الجنسين على الآخر بطرق معينة قبل الحمل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-خالد بن عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ع25، السنة 23، 2010، ص.132.

<sup>2</sup>-خالد بن زيد الوديعاني، اختيار جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1667.

<sup>3</sup>-طارق بن طلال بن محسن عنقاوي، اختيار جنس الجنين دراسة فقهية، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، كلية العلوم جامعة القاهرة، مج74، ع11، 2016، ص.468.

<sup>4</sup>-طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص.126.

<sup>5</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.353.

<sup>6</sup>-زياد بن عبد المحسن بن محمد العجيان، حكم اختيار جنس الجنين قبل الحمل في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1794.

وعليه فإن تقنية انتقاء جنس الجنين، هي تقنية تقوم على مجموعة من الأسس العلمية، يقصد من خلالها، استصفاء العامل الوراثي المسؤول على تحديد جنس الجنين، فيتم استبعاد غير المرغوب منه، والإبقاء على المطلوب منه.

### ثانياً: المدلول الطبي

تمكن علماء الوراثة من إثبات أن جنس الجنين عند تكوينه يرجع إلى امتزاج زوجين من الصبغيات بترتيب خاص، يتحدد بمقتضاه الجنين الذكر، وترتيب آخر ينتج عنه الجنين الأنثى<sup>1</sup>، واتضح لهم أن خلية الجسم الواحدة، تحتوي على 23 زوجاً من الصبغيات الحاملة لصفات الإنسان، تنفرد صبغية واحدة منها لتحديد جنس المولود ذكراً أو أنثى، والباقي يتحكم في بنية الجسم وصفاته الأخرى<sup>2</sup>.

كما ثبت لديهم أن ترميز الكروموسومات تختلف في الرجل عنه في المرأة، فعند الرجل يحمل ترميز الحرفين (س.ص)، أما عند المرأة فيرمز له بالحرفين (س.س)، وتبعاً لذلك يتحدد جنس المولود، فإذا ما تم التخصيب بين الحيوان المنوي الذكري الحامل للرمز (س) والبويضة الحاملة في كل الأحوال للترميز (س)، فسيكون جنس المولود أنثى لتشابه الترميزين، في حين يكون جنسه ذكراً حال تخصيب البويضة بالحيوان المنوي الحامل للترميز (ص)<sup>3</sup>.

تأسيساً على ذلك، فإن نوع الحيوان المنوي هو السبب المباشر في إعطاء نوع جنس الجنين، لكونه يحمل شارة التذكير والتأنيث، بخلاف البويضة ذات الطبيعة الأنثوية، ما يجعلنا أمام الإعجاز العلمي في القرآن الكريم الذي دلت عليه الآية الكريمة، في قوله تعالى « **وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ﴿٥١﴾ مِن نُّطْفَةٍ إِذَا تُمْنَىٰ** »<sup>4</sup>.

وفي الحديث الذي رواه سعيد بن جبيرة عن ابن عباس، أن الرسول ﷺ، لما أقبلت إليه اليهود، فقالت: أخبرنا كيف تؤنث المرأة وكيف تذكّر. قال: "يلتقي الماءان فإذا علا ماء الرجل ماء المرأة أذكرت وإذا علا ماء المرأة ماء الرجل آنثت..."<sup>5</sup>. والعلم أكد أن طبيعة إفرازات الذكر قلووية، وإفرازات الأنثى حمضية، فإذا تغلبت

<sup>1</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية...، المرجع السابق، ص.714، المؤلف نفسه، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة

الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006، ص.05

<sup>2</sup>- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، ط01، دار الأندلس الخضراء، المملكة العربية السعودية، 2001، ص.265.

<sup>3</sup>- محمد الربيعي، المرجع السابق، ص.16.

<sup>4</sup>- سورة النجم، الآيتين 45-46.

<sup>5</sup>- أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج02، ح.ر. 2528، ص.188.

الحموضة على القلووية، تكون فرصة التلقيح للحيوان المنوي الذي يحمل الأنوثة وتمنع الذي يحمل الذكورة من التلقيح، والعكس يحدث إذا غلبت خصائص الذكورة القلووية، كان الحاصل ذكراً<sup>1</sup>.

إضافة إلى التمايز الموجود بين الحيوان المنوي الحامل للرمز الذكري وذاك الحامل للرمز الأنثوي، فالأول سريع الحركة، يصل إلى موضع تلقيح البويضة خلال ست ساعات، أما الثاني، فهو بطيء الحركة قد يصل إلى أكثر من اثنتي عشر ساعة، وربما خلال أربع وعشرين ساعة<sup>2</sup>.

كما أن الحيوان المنوي الذكري يتميز بصغر الحجم والميل إلى الوسط القاعدي، قوي، مع قصر حياته، له بريق ولمعان، وخفة الوزن، يتجه إلى القضييب الموجب عند عزله باستعمال التيار الكهربائي، وكل تلك الصفات تجدها نقيضها في الحيوان المنوي الأنثوي<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الفرق بين انتقاء جنس الجنين وتحسين النسل

فكلمة "تحسين" مأخوذة من حسنتُ الشيء تحسیناً، زينتته، والمحاسن خلاف المساوئ<sup>4</sup>، وحسن الشيء رقيه وأحسن حالته، والحسن، الجمال وكل مبهج مرغوب فيه<sup>5</sup>.

وحسن الأمر مطلوب شرعاً في الأفعال<sup>6</sup>، والأقوال<sup>7</sup>، والأخلاق<sup>8</sup>، كما أن الله تعالى صور الإنسان في أحسن صورة وتقويم، فقد قال عز وجل: «... وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوْرَكُمْ...»<sup>9</sup>.

-أما كلمة "نسل"، فهي الخلق والتنسل والولد والذرية، وأنسل وتناسلوا، وأنسل بعضهم بعضاً، وتناسل بنو فلان، إذا كثروا ولادهم<sup>10</sup>، وهذا يدور حول معنى الإنجاب.

وعليه فتحسين النسل لغوياً يعني به إيجاد ذرية سوية من غير قبح، لا في الفعل ولا في الشكل أو الخلق.

<sup>1</sup>-يوسف الحاج أحمد، المرجع السابق، ص.120-121.

<sup>2</sup>-مُجَّد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.135.

<sup>3</sup>-طارق بن طلال بن محسن عنقاوي، المرجع السابق، ص.470.

<sup>4</sup>-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.251.

<sup>5</sup>-مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.174.

<sup>6</sup>-قال الله تعالى: «...لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا...»؛ سورة هود، جزء من الآية 07.

<sup>7</sup>-قال الله تعالى: «...وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا...»؛ سورة البقرة، جزء من الآية 83.

<sup>8</sup>-قال ﷺ: «...إن خيركم أحسنكم أخلاقاً...»؛ صحيح البخاري، كتاب الأدب، المرجع السابق، ح.ر.6035، ص.1512.

<sup>9</sup>-سورة غافر، جزء من الآية 64.

<sup>10</sup>-أبي الفضل جمال الدين مُجَّد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج14، ط.خ، لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص.245.

ويقالها باللغة الأجنبية eugenics، فمصطلح eu يقصد به طيب أو حسن أو سوي، وكلمة genitic، تعني وراثي أو مكون أو مولد أو منشئ، فتجميع المصطلحين، يعني علم الوراثة أو تحسين النسل<sup>1</sup>.  
والتعديل الوراثي للنسل، يمكن أن يلمس في جانبين، إما بهدف العلاج الوراثي، أي الجيني، أو لتحصيل صفات مرغوبة، كالذكاء والجمال، وغيرها.

فالعلاج الجيني هو تصحيح عمل المورثات التي لا تؤدي وظيفتها الصحيحة، إما بإصلاحها أو باستبدالها، أو إعطاء المريض إفرزات تلك المورثات<sup>2</sup>، أو عن طريق إدخال مورثات سليمة، أو بتعديل في الجين، الجين، أو رفعه<sup>3</sup>.

أما طريقتيه، فله نوعان هما:

الطريق الأول، فيكون عن طريق إصلاح المورث المعطل، إما بإزالته كلية وتثبيت مورث سليم مكانه، أو بتعديل الجين المعطوب<sup>4</sup>، ويتم ذلك بعد تحديد دقيق للمورث المستهدف استبداله أو تعديله، ومعرفة تركيبته الكيميائية، واستنساخ المورث ثم إدخاله، والأسلوب الأسلم لإدخاله يكون بأخذ الخلايا المستهدفة من المريض، وتخلط في المختبر مع الفيروسات التي تحمل المورث المرغوب، ثم يعاد حقنها في المريض<sup>5</sup>.

الطريق الثاني، يكون باستخلاص مورث سليم من إنسان سليم وزرعه، والحصول على إفرزاته، ثم إعطائها كدواء للمريض المعطل مورثه، ولا يقدر على إفرز ما تم حقنه به<sup>6</sup>.

ما يلاحظ أن الأسلوب الأول مرتبط بالتحسين الوراثي، في حين أن الأسلوب الثاني يرتبط بالعلاج المؤقت للشخص نفسه ولا يمتد إلى ذريته ونسله في المستقبل. أما المجال التطبيقي للعلاج الجيني الوراثي، بإزاحة المورث المعطوب، فيشمل الخلايا الجسدية والخلايا الجنسية للرجل والمرأة أو البويضة الملقحة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-يوسف حتي، أحمد شفيق الخطيب، قاموس حتي الطبي الجديد، ط01، مكتبة لبنان، 2011، ص.145.

<sup>2</sup>-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.694.

<sup>3</sup>-عجيل جاسم النشمي، الوصف الشرعي للجنين البشري والعلاج الجيني، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجنين البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013، ص.175.

<sup>4</sup>-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.695-696.

<sup>5</sup>-عجيل جاسم النشمي، المرجع نفسه، ص.175.

<sup>6</sup>-إسماعيل غازي مرحبا، تحسين النسل دراسة طبية فقهية، السجل العلمي لمؤتمر واجب الجامعات السعودية وأثرها في حماية الشباب من الجماعات والأحزاب والانحراف المنظم في 28-29 جانفي 2018، مج02، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ص.1766.

<sup>7</sup>-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية... بحث ضمن دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص.704.

ولعل الفارق بين العلاج الوراثي المنكب على الخلايا الجسدية والمطبق على الخلايا الجنسية، يكمن في الآثار المستقبلية المترتبة، وإن كانت طريقة العلاج لا تختلف، فالمطبق على الخلايا الجنسية يجعل الصفات الوراثية تنتقل إلى الأجيال المتعاقبة، لأنه يؤثر في المخزون الوراثي، فالمورث يصبح ثابتاً ومتوازناً على المدى البعيد، وعلى سائر الصفات الوراثية البشرية<sup>1</sup>. كما استطاع علماء الهندسة الوراثية من فحص الجينات الوراثية، والوقوف على وجود مرض قد ينتقل بالوراثة، في مرحلة البويضة الملقحة، عندما تكون على مستوى ثمانية خلايا، أي قبل زرعها في الرحم، فيتم استبعاد الخلايا المريضة، فقد حدث هذا بالفعل بعد ولادة أول طفل معافي صحياً سنة 1994، بعد إجراء الفحوصات اللازمة على البويضة الملقحة، الأمر الذي مكن والديه من الإنجاب بعد التوقف عنه خشية إنجاب طفل يعاني من عيب خلقي موروث<sup>2</sup>.

وخالصة فإن مصطلح تحسين النسل أعم من مصطلح انتقاء جنس الجنين، فالأول يتحقق بتعديل الخصائص الوراثية في جميع الجوانب بما فيها انتقاء الجنس، فقد يقصد منه تفادي وقوع أمراض وراثية وإيجاد نسل سليم، أو تحقيق صفات مرغوبة غير الجنس، بخلاف الثاني، فيرمي إلى ولادة مولود ذكر أو أنثى.

#### رابعاً: دوافع انتقاء جنس الجنين

توجد دوافع متنوعة لانتقاء جنس الجنين، اختلفت بحسب طبيعتها، من دوافع شخصية، طبية وقائية وأخرى سياسية، يمكن ذكرها فيما يأتي<sup>3</sup>:

#### أ- الدوافع الشخصية

هذه الدوافع لصيقة برغبة الزوجين التي تتأسس تبعاً لجنس الأولاد عندهم، فقد يفضلان إنجاب جنس على آخر، أو حالة الرغبة في إحداث التوازن بين جنس الأولاد من الذكور والإناث داخل الأسرة، إذ يمكن تحقيق ذلك بالاستعانة بهذه التقنية.

<sup>1</sup>-إسماعيل غازي مرجبا، تحسين النسل...، المرجع السابق، ص.1767.

<sup>2</sup>- محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن استخدامات الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03، ص.1192.

<sup>3</sup>- هيلة بنت عبد الرحمن الياس، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج.02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ، ص.1727؛ أيمن فوزي محمد المستكاوي، الاستصفاة الجنسي دوافعه حكمه وضوابطه دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، دمنهور، القاهرة، مج.04، ع.01، 2016، ص.383-384؛ خالد بن زيد الوديناني، المرجع السابق، ص.1669؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327 هـ الموافق 08-12/04/2006، ص.11؛ عبد الله حسين باسلامة، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327 هـ الموافق 08-12/04/2006، ص.06-07.

## ب-الدوافع الطبية الوقائية

إذ من خلال تقنية انتقاء جنس الجنين، يمكن توقي بعض الأمراض الوراثية قبل وقوعها والتي تصيب أحد الجنسين دون الآخر، فالمعلوم طبيًا أن هناك أمراضًا وراثية تصيب الذكور فقط دون الإناث، كمرض الهيموفوليا، الذي يحدث النزف الشديد، ويكون مميتًا في بعض الحالات، ومرض ضمور العضلات، ومرض التخلف العقلي المرتبط بالجنس، لذلك فالاعتماد على انتقاء جنس الجنين، يجنب ولادة طفل غير مصاب بالمرض.

## ج-الدوافع السياسية

إذ يهدف من وراء انتقاء جنس الجنين الإكثار من الذكور على حساب الإناث، وعادة ما تكون وفق خطة حكومية للدولة، لدواعي أمنية أو سياسية أو اقتصادية، تشجع من خلالها الأسر على ضرورة الاكتفاء بعدد معين من الأطفال أو طفل واحد، ما يدفع بالأزواج إلى تفضيل إنجاب جنس معين حفاظًا على حظوظها، وغالبًا ما يرجح في جنس الذكور، ولضمان تحقيق رغبتهم تكون تقنية انتقاء جنس الجنين هي الحل الأمثل.

ولهذه التقنية طرقًا تقليدية عرفت قديمًا، وأخرى وقف عليها الطب الحديث، سنحاول التطرق لكل منها في الفرع الآتي.

## الفرع الثاني

## طرق انتقاء جنس الجنين

فانتقاء جنس الجنين كان ولا يزال يمثل طموح الكثيرين عبر الأزمنة، فكان الدافع لإيجاد نظريات من طرف الأطباء والمختصين للمساعدة على تحقيق تلك الرغبة. غير أن معظم تلك الوسائل غير المستندة إلى أسس علمية أذهبها العلم الحديث، لقيامها على مجرد الظن والتخمين، فحلت محلها طرق أخرى تعتمد على الحقائق والتجارب العلمية العملية<sup>1</sup>، ومن أهم هذه الطرق ما يلي:

## أولاً: الطرق التقليدية

يمكن اللجوء إلى هذه الطرق دون وجود تدخل طبي لعملية تلقيح البويضة والحيوان المنوي، بل هي سلوكيات يتبعها الزوجان بمعية الاتصال الجنسي الطبيعي، تؤدي إلى تهيئة الظروف المناسبة لبلوغ الجنس المرغوب

<sup>1</sup>- ناصر عبد الله الميمان، حكم تحديد جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج2، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1617.

فيه، لكن نسبة نجاحها تكون متفاوتة، بحسب ما تم الوقوف عليه علمياً، فمنها ما تم تأكيد نجاحته، ومنها ما يظل في نطاق الفرضيات الظنية النتائج لدى البعض<sup>1</sup>، ومن أهم هذه الطرق ما يلي:

#### أ-الدعاء:

هو التجاء الإنسان إلى خالقه عز وجل، وسؤاله بأن يرزقه الولد الذي يرغبه، معافى في جسده وعقله، إذ الدعاء يعده الفقهاء من أبلغ الوسائل لدفع المكروه، وحصول المطلوب<sup>2</sup>، فيدفع البلاء ويعالجه<sup>3</sup>، لقوله تعالى: « وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ... »<sup>4</sup>.

#### ب-نوع البرنامج الغذائي

هذا الأسلوب من الأفكار القديمة، وإن اختلف تفسيرها تبعاً لما توصل إليه العلم في كل عصر، فقد ذكر أحدهم أن من أراد أن يولد له ذكر، فعليه بالأغذية والأشربة التي تقوي منيه، ليتمكن من الولوج في الرحم بصفة سريعة ومتصلة غير منقطعة<sup>5</sup>.

كما أن الدراسات العلمية الحديثة أثبتت أن الغذاء المعتمد لدى المرأة يلعب دوراً مهماً في تحديد جنس الجنين قبل الحمل، إذ أن الغذاء يؤثر على المستقبلات التي ترتبط بها الحيوانات المنوية بجدار البويضة والتي تمكنها من اختراق جدارها وإحداث التلقيح. فتناول الأغذية التي تزيد من نسبة الصوديوم والبوتاسيوم، يؤدي إلى وقوع تغيرات على جدار البويضة، فينجذب الحيوان المنوي الذكري ويتأخر الأثنوي منه، فتكون نتيجة التلقيح ذكراً والعكس صحيح<sup>6</sup>. أما عند الرغبة في المولود ذو جنس أنثوي، فيكون النظام الغذائي محتوي على تركيز أملاح المغنسيوم والكالسيوم، ما يجعل البويضة تفتح لاستقبال الحيوان المنوي الأنثوي، وتحول الوسط إلى حامضي، فتكون نتيجة التلقيح أنثى<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-نجم عبد الواحد، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006، ص.03.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي أو الدواء والدواء، تح. عمرو عبد المنعم سليم، ط01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1996، ص.21.

<sup>3</sup>-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، المرجع نفسه، ص.24.

<sup>4</sup>-سورة غافر، جزء من الآية 60.

<sup>5</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.364.

<sup>6</sup>-نجيب ليوس، اختيار جنس الجنين قبل الحمل، موقع الإنترنت: www.layyous.com، تاريخ النشر: 2021/06/11، تاريخ الإطلاع: 2021/11/10.

<sup>7</sup>-ساجدة طه محمود، تحديد جنس الجنين من الناحية الطبية والشرعية، بحث مقدم قسم علوم القرآن، كلية التربية للبنات، جامعة بغداد، 2011، ص.10؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.308.

ولإنجاح هذه الطريقة، على المرأة اعتماد حميتها لمدة زمنية لا تقل عن الشهرين<sup>1</sup>، وهذه الطريقة طبقت في العديد من مراكز الولادة وصلت نسبة نجاحها إلى أكثر من 80%<sup>2</sup>.

### ج- تغيير طبيعة الإفرازات المهبلية

فالإفرازات المهبلية هي سوائل طبيعية تفرزها الأجزاء المختلفة للجهاز التناسلي للمرأة، تختلف صفتها باختلاف المناطق المفترزة لها، غير أن جدار المهبل ليس به غدد مفترزة، بل إنها تنشأ من ارتشاح مصلي من خلال الغشاء المخاطي للمهبل الذي تكثر فيه الأوعية الدموية والليمفاوية، حيث يكون تفاعل مفرزات المهبل حامضياً<sup>3</sup>. ومن تلك المعطيات أصبح من المتأكد أن الوسط الحامضي لا يلائم الحيوان المنوي الذكري، بل ما يلائمه هو الوسط القاعدي، والحيوان المنوي الأنثوي بخلافه، ما يدفع بالمرأة إلى عمل غسل مهبل لتهيئة الرحم بالوسط الكيميائي المناسب للجنس المرغوب فيه<sup>4</sup>.

### د- وقت الاتصال بين الجنسين

قد ترقى هذه الطريقة إلى الدقة والإثبات العلمي، الذي يعتمد على الأساس الطبي، المتمثل في التفريق بين مميزات الحيوانات المنوية الذكرية والأنثوية، وهذا المعيار يمكن توظيفه مع عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين، حيث أن الإباضة لدى المرأة غالباً ما تحدث ما بين اليوم الثاني عشر والسادس عشر قبل الدورة الشهرية اللاحقة، وزمن تلقيحها طبيعياً، يكون من ست إلى أربع وعشرين ساعة. غير أن هنالك عوامل عديدة قد تساعد على تحديد جنس المولود، فحرارة جسم المرأة، ونسبة حموضة الإفرازات المهبلية، إلى جانب نوع الحيمن المخصب للبويضة. فالذكري منه يتسم بقصر العمر والضعف، فإذا ما تم الجماع بيومين على الأقل قبل أو بعد ارتفاع درجة حرارة جسم المرأة، فيؤدي ذلك إلى ارتفاع نسبة الحصول على ذكر<sup>5</sup>.

وأما الأنثوي، فيعيش مدة أطول، وما ذكر يعتمد نجاحه للحصول على الجنس المبتغى، إذا تم ضبط التوقيت الدقيق للإباضة والاتصال الجنسي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-نجيب ليوس، المرجع السابق.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.365.

<sup>3</sup>-صباح بنت حسن إلياس، الإفرازات المهبلية بين الطب والفقهاء، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج18، جمادى الثاني 1427هـ، ع37، ص.64.

<sup>4</sup>-خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.101؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.308.

<sup>5</sup>-محمد الربيعي، المرجع السابق، ص.140-141.

<sup>6</sup>-محمد إبراهيم سعد النادي، اختيار جنس الجنين في ضوء الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، دقهلية، مج20، 2018، ع01، ص.100، خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.101.

## هـ-الحقن المناعية والأدوية الهرمونية

بالإمكان أن تتلقى المرأة حقنًا مناعية تختلف طبيعتها تبعًا لنوع الحيوان المنوي المراد إضعافه، ما يساعد الحيوان المنوي المرغوب فيه من الولوج وتخصيب البويضة ليكون الجنين ذكراً أو أنثى حسب الطلب، لكن هذه الطريقة ما تزال محل دراسات لتأكيد نجاعتها<sup>1</sup>، مع تسجيل ملاحظات بشأن ارتفاع نسبة احتمال إنجاب مولود ذكر عند استعمال هرمون الذكورة "التسترون"، أو ارتفاع نسبة احتمال إنجاب مولود أنثى حالة استعمال منشط المبيض الكلوموفين<sup>2</sup>.

## و-صفة الاتصال الجنسي

فقد ثبت أن الاتصال بين الزوجين بصفة متكررة بعد الإباضة مباشرة يؤدي إلى إنجاب مولود ذكر<sup>3</sup>، بخلاف ما إذا تم تكرار الجماع بعد الحيض وتم التوقف عنه قبل موعد الإباضة بيومين أو ثلاثة، فالمرجح هو مولود أنثى. كما أن تموقع الحيوانات المنوية في منطقة أعلى المهبل يعطي فرصة لإنجاب مولود ذكر، بحيث أن الرحم به وسط قلوي، يمكنها من الحركة والنشاط، وهذا يمكن أن يتأتى باختيار الوضعية المناسبة للاتصال الجنسي وكيفية الإيلاج<sup>4</sup>، إلى جانب مدى بلوغ المرأة للنشوة، ما يؤدي ذلك إلى زيادة إفرازات عنق الرحم القلوية وتقلصاته المصاحبة، إذ يساعد ذلك على نقل الحيوانات المنوية المذكورة إلى الرحم<sup>5</sup>، لكن البعض ينفي وجود أي دور لحدوث النشوة عند المرأة في تحديد جنس الجنين، سواء حدثت قبل أو بعد نشوة الرجل، وإن كان حدوثها بعد نشوة الرجل، يعمل فقط على زيادة فرص الحمل<sup>6</sup>.

## ثانياً: الطرق المخبرية (الطبية)

بمقتضى هذه الطرق يعتمد الطبيب المختص إلى تحديد الحيوانات المنوية وفق الكروموسوم المرغوب فيه الذكري أو الأنثوي، ليتم تلقيح البويضة به، ويكون ذلك كما هو معلوم عن طريق أسلوب التلقيح الاصطناعي

<sup>1</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع السابق، ص.1736؛ أيمن فوزي مجذ المستكاوي، المرجع السابق، ص.390.

<sup>2</sup>-مجذ إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص.20.

<sup>3</sup>-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.557.

<sup>4</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع نفسه، ص.1734.

<sup>5</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع نفسه، ص.1735؛ أيمن فوزي مجذ المستكاوي، المرجع نفسه، ص.390.

<sup>6</sup>-جمال حامد، من المسؤول عن تحديد جنس الجنين، مجلة الإعجاز العلمي، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة لرابطة العالم الإسلامي، المملكة العربية السعودية، صفر 1429هـ، ع29، ص.11.

الداخلي أو الخارجي، ويبقى يعتمد بالأساس على دقة اختيار واكتشاف الحيوان المنوي الحامل للجنس المرغوب فيه ذكراً أو أنثى، ثم تلقيح البويضة، لتكون هنالك خلية تناسلية كاملة ملقحة بالجنس المرغوب<sup>1</sup>.

ويمكن أن يتبع للكشف على طبيعة الحيوان المنوي بما يلي:

#### أ- فصل الحيوانات المنوية وغربلتها

يقوم هذا الأسلوب على فصل الحيوانات المنوية الذكرية والأنثوية مع غربلتها، ثم القيام بتمرير تيار كهربائي لتحقيق ذلك العزل، وفي نفس الوقت يتم تنشيط الإباضة للمرأة لزيادة عدد البويضات ورفع من فرص الحمل، وبعدها تتم عملية غربلة تلك الحيوانات المنوية باستعمال أدوات خاصة، ليتم حقن الرحم بالحيوانات المنوية الحاملة للجنس المرغوب فيه، مع العلم أن السائل المنوي في الحالة الطبيعية يحتوي نسبة متساوية للكروموسومات الذكرية والأنثوية، إلا في حالات نادرة<sup>2</sup>.

وعملية الفصل تعتمد على طرق مخبرية عدة<sup>3</sup>، كإضافة مواد مشعة للسائل المنوي، أو استعمال قوة الطرد الكهربائي أو المغناطيسي.

#### ب- اعتماد المادة الوراثية

يتم التركيز في هذه الطريقة على محتويات المادة الوراثية (الحمض النووي)، ما يجعلها تتميز بالدقة العالية، تصل نتائج نجاحها إلى 90% إذا حدث الحمل<sup>4</sup>، ولتحقيق نقاوة الفصل يتم تلوين جزء عينة من السائل المنوي المنوي محل الاختيار، فيعطى الحيوان الذكري اللون الأخضر، أما الحيوان الأنثوي فيعطى اللون الزهري أو الأحمر، ليتم دراسة تلك العينة تحت الميكروسوب بشكل دقيق<sup>5</sup>.

#### ج- فصل الأجنة<sup>6</sup>

تميزت هذه الطريقة عن غيرها من الطرق الطبية بنسبة نجاح وصلت إلى 99%، كما أنها لا تنطوي على أخطار تمس بالأجنة، لكونها تتم على مستوى خلية لا تزال في مرحلة الانقسامات، ما يبعد الجنين عن إلحاق

<sup>1</sup>-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup>-ساجدة طه محمود، المرجع السابق، ص.16.

<sup>3</sup>-نجم عبد الواحد، المرجع السابق، ص.07 وما بعدها؛ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.207.

<sup>4</sup>-ساجدة طه محمود، المرجع نفسه، ص.16؛ محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص.101.

<sup>5</sup>-نجيب ليوس، المرجع السابق.

<sup>6</sup>-نجيب ليوس، المرجع نفسه؛ خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.103-104.

تشوهات به، إلى جانب مراعاتها لبعض الشروط، كسكن الزوجة ووضعها الصحي، وعدد الأطفال في العائلة وجنسهم، وإمكانية تكرار الحمل.

أما بالنسبة لكيفية إجرائها، فتتم عبر عدة مراحل تتمثل فيما يلي:

-تنشيط الإباضة للمرأة بإعطائها إبر هرمونات من بداية الدورة، مع مراقبة البويضات إلى حين وصولها للحجم المطلوب.

-سحب البويضات من الجسم تحت التخدير العام للمرأة.

-تلقيح البويضات ووضع الأجنة في حاضنات معدة مسبقاً لمدة ثلاثة أيام، ليتم سحب خلية واحدة من الجنين لمعرفة الجنس المرغوب، بالاعتماد على طريقة المادة الوراثية.

-ترجع الأجنة لرحم المرأة بالجنس المرغوب، وإعطائها مثببات الحمل والانتظار لمدة أسبوعين للتحقق منه.

#### د-تغيير نوع الجنين في طوره الأول

برزت نظريات تدعي إمكانية تغيير جنس الجنين في مراحله الأولى، بواسطة التحكم في الجين أو العامل الوراثي، ما ينتج عنه تفاعلات حيوية، تؤدي إلى تحويل خلايا الأعضاء التناسلية للجنين من ذكر لأنثى أو العكس، حسب الرغبة<sup>1</sup>.

وجربت هذه التقنية على بعض الحيوانات، ثبت نجاحها في تحقيق المظهر الخارجي للجنس فقط، بمعنى انطوائها على خطورة عدم تطابق التركيب الكروموسومي للجنس المختار مع المظهر الخارجي له، فقد يكون الكائن المنسل ذكراً، لكنه لا يتمتع بالقدرات الذكورية، كالإنجاب أو الميل الطبيعي للجنس الآخر، فضلاً عن مخاطر حدوث التشوهات وغيرها<sup>2</sup>. وما هو مؤكد اليوم أن جنس الجنين يتحدد في اللحظات الأولى للإخصاب، فلا وجود لأي دليل علمي يؤكد إمكانية تغيير جنس الجنين في أطواره الأولى داخل الرحم<sup>3</sup>.

وتقنية انتقاء جنس الجنين كغيرها من النوازل الطبية في علم الوراثة، والتي تحتاج إلى إبراز مدى تطابقها وأحكام الشريعة الإسلامية، فقد نالت الحظ الأوفر من آراء الفقه الإسلامي، وهو الذي سنعرج إليه في الفرع الموالي.

<sup>1</sup>-مُجَّد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص.102.

<sup>2</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.374.

<sup>3</sup>-سماء حسين محمود حسين، هل يمكن تغيير نوع الجنين في الشهر السابع؟، موقع الإنترنت: [www.supermama.me](http://www.supermama.me) ، تاريخ النشر: 2021/03/05، تاريخ الإطلاع: 2021/11/15.

## الفرع الثالث

## رأي الفقه الإسلامي في تقنية انتقاء جنس الجنين

سنعالج ضمن هذا الفرع مدى مشروعية تقنية انتقاء جنس الجنين تبعاً للتقسيم الذي تناولناه، حسب الطرق الممكنة اعتمادها لإحداث ذلك، حيث نخصص البند الأول لحكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبيعية، أما البند الثاني، فنعالج فيه حكم اختيار جنس الجنين بالطرق الطبية.

## أولاً: حكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبيعية

بالذي وقفنا عليه تبين لنا إباحة انتقاء جنس الجنين باستعمال الطرق الطبيعية<sup>1</sup>، ويمكن الاستدلال على ذلك بأدلة من القرآن والسنة النبوية والقواعد الفقهية والمعقول.

فمن الكتاب، قول الله عز وجل «...فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴿١٩٦﴾ يَرِثُنِي وَيَرِثْ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ ۗ وَاجْعَلْهُ رَبِّي رَضِيًّا ۗ»<sup>2</sup>، إذ المتأمل في دعاء النبي زكرياء عليه السلام يجده يريد وراثة العلم والدين، فتكون الوراثة مستعارة، فهو طلب ولياً ولم يخصص ولداً، فبلغه الله أملاً على أكمل وجه، بل إنه طلب وارثاً موصوفاً، ويضعف الجزم أنه ليس كل موهوب يرث<sup>3</sup>.

ومن السنة، ما ورد عن ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: كنت قائماً عند رسول ﷺ، فجاء خبر من أحبار اليهود.... قال: جئتك أسألك عن الولد؟ قال: "ماء الرجل أبيض وماء المرأة أصفر، فإذا اجتمعوا، فعلا مني الرجل مني المرأة، اذكر بإذن الله، وإذا علا مني المرأة مني الرجل، آتانا بإذن الله"، قال اليهودي: لقد صدقت، وإنك لنبي، ثم انصرف فذهب، فقال رسول الله ﷺ "لقد سألتني هذا الذي سألتني عنه، ومالي علم بشيء منه، حتى أتاني الله به"<sup>4</sup>. غير أن هذا الحديث قال عنه ابن تيمية: أن لفظه فيه نظر<sup>5</sup>.

ويستدل من هذا الحديث، أن النبي ﷺ أرشد الأمة إلى كيفية حدوث إنجاب الجنس المرغوب فيه، من حيث كونه ذكراً أو أنثى، ويكون ذلك قبل حصول التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة، فإذا تمكن أحد الزوجين من جعل ماءه يغلب ماء زوجته، ليكون له الشبه، فله ذلك، فهنا ليس لأحد القول بجرمة هذا الفعل،

<sup>1</sup>-قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته التاسعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 22-27 شوال 1428هـ الموافق 03-08 نوفمبر 2007، الجمعية العلمية، الفقه الطي، المرجع السابق، ص.137؛ محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص.339؛ محمود عبد الرحيم مهرا، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.366 وما بعدها؛ خالد بن زيد الوديناني، المرجع السابق، ص.1685.

<sup>2</sup>-سورة مريم، جزء من الآية 05 والآية 06.

<sup>3</sup>-أبي محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، المرجع السابق، ص.1219.

<sup>4</sup>-صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الحيض، جزء من ح.ر.315، ص.154.

<sup>5</sup>-شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية...، المرجع السابق، ص.584.

والقائل بخلاف ذلك يلزمه الدليل<sup>1</sup>. والفقهاء القدامى بدورهم تكلموا عن هذا، في محاولة تفسير المراد بالعو والسبق والشبه الواردة في أحاديث الرسول ﷺ، وخلصوا إلى أن في المسألة أربعة أقسام، بين علة الإذكار والتأنيث وعلاقتها بالعلو والسبق والشبه<sup>2</sup>.

ومن جهة أعمال القواعد الفقهية، فيمكن الأخذ بالقاعدة الفقهية "الأصل في الأشياء الإباحة"، فكل أمر على أصله يكون حلالاً، ما لم يقيم الدليل على تحريمه<sup>3</sup>، فانتقاء جنس الجنين بكل وسيلة طبيعية جائز شرعاً، فهو لا يفضي إلى حرام ولا وجود لنص شرعي يمنعه، حتى يتغير حكم الأصل من التحليل إلى التحريم<sup>4</sup>، خاصة إذا علمنا أن نتائجها ظنية محتملة<sup>5</sup>.

ويمكن القول بإباحة استعمال الطرق الطبيعية لانتقاء جنس الجنين بالمعقول، إذ الأكل والجماع من الأمور المباحة التي يرجع اختيار وقتها وكيفيةها للراغب فيها، بحسب حاجته ومصلحته<sup>6</sup>، ما دامت تقع وفق الضوابط الشرعية. كما يمكن اعتبار ذلك من باب اتخاذ الأسباب، وهو أمر مشروع، بل نحن مطالبون به<sup>7</sup>، فيكون الأخذ بالوسائل الطبيعية لانتقاء جنس الجنين من باب الأخذ بالأسباب، ما يضي عليه صفة الجواز.

<sup>1</sup>-عباس أحمد محمد الباز، اختيار جنس المولود وتحديد قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقہ، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج2، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.875.

<sup>2</sup>-أبي عبد الله محمد بن خلفه الوشتاني الأبي المالكي، إكمال إكمال المعلم لشرح صحيح مسلم، وشرحه المسمى مكمل إكمال الإكمال، لمحمد بن يوسف السنوسي، د.ط، ج02، دار الكتب العلمية، بيروت، 1328هـ، ص.88؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط02، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص.293؛ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المنهاج في شرح...، المرجع السابق، ص.302.

<sup>3</sup>-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.60.

<sup>4</sup>-محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص.110.

<sup>5</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع السابق، ص.1747.

-يقول ابن القيم الجوزية: "...، بالجملة، فعامة الأحاديث إنما هي في تأثير سيق الماء وعلوه في الشبه، وإنما جاء تأثير ذلك في الإذكار والإيناث في حديث ثوبان وحده، وهو فرد بإسناده، فيحتمل أنه اشتبه على الراوي في الشبه بالإذكار والإيناث، وإن كان قد قال رسول الله ﷺ، فهو الحق الذي لا شك فيه، ولا ينافي سائر الأحاديث فإن الشبه في السبق، والإذكار والإيناث من العلو، وبينهما فرق وتعليقه على المشيئة لا ينافي تعليقه على المشيئة لا ينافي في تعليقه على السبب، كما أن الشقاوة والسعادة والرزق معلقات بالمشيئة، وحاصلة بالسبب والله أعلم؛ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية...، المرجع السابق، ص.586.

<sup>6</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع نفسه، ص.1746-1747.

<sup>7</sup>-ماجدة محمود أحمد هزاع، تحسين النسل من منظور إسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1918-1919؛ منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1429هـ-2008م، ص.140.

## ثانياً: حكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبية

بما أن عملية انتقاء جنس الجنين بالطرق الطبية تتطلب نوعاً من الدقة والفعالية، فإنه من الأهمية الوقوف على الحكم الشرعي لهذه النازلة، خاصة وأنها متعلقة بنوع الجنس البشري، وما يترتب عليها. لا سيما وأن هذه التقنية من الوسائل الموجهة، أي مختلفة الأهداف، فقد تستعمل لتحقيق رغبة شخصية ومصالح اجتماعية أو سياسية. كما يمكن أن يتسع نطاقها على المستوى الفردي والجماعي.

فبالنسبة لهذه العملية على المستوى الجماعي، فالفقه المعاصر متفقون على عدم جواز اللجوء إليها على نطاق المجتمعات والأمم<sup>1</sup>، لما يترتب عليه من وقوع إخلال بالنظام الكوني، واختلال التوازن بين تعداد الجنسين، إذ به تتم المفاضلة بينهما، وهو فعل يضاها ما كان واقعاً في الجاهلية من وأد البنات، ما يجعله يأخذ حكمه الشرعي<sup>2</sup>، باستثناء ما ذهب إليه أحد الباحثين إلى القول بجوازه، إذا وجد ولاة الأمور ضرورة منع الاختلال، وبعد استشارة أهل الاختصاص ودراسة المسألة بأبعادها وملايساتها<sup>3</sup>.

أما على المستوى الفردي، فالفقهاء اختلفوا حول مدى مشروعيته بالطرق الطبية، على ثلاثة أقوال، سوف نورد كلا منها، مع ذكر الأدلة التي استند إليها كل فريق، لكن قبل ذلك سنعرج إلى سبب اختلافهم في الحكم، الذي يرجع إلى كيفية فهم معنى الآيتين الكريمتين، قول الله تعالى: «... وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ..»<sup>4</sup>، وقوله وقوله تعالى: «... اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ...»<sup>5</sup>.

فمن رأى بأن العلم الوارد في الآيتين هو من الأمور الغيبية التي لا يعلمها سوى الله عز وجل، أي عموم العلم<sup>6</sup>، فقد ذهب إلى القول بعدم جواز عملية اختيار جنس الجنين، ومن توسع في مفهوم العلم المقصود،

<sup>1</sup>-محمود عبد الرحيم مهرا، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.376؛ هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع السابق، ص.1750؛ زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص.191 وما بعدها.

<sup>2</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع نفسه، ص.1751.

<sup>3</sup>-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، المرجع السابق، ص.28.

<sup>4</sup>-سورة لقمان، جزء من الآية 34.

<sup>5</sup>-سورة الرعد، جزء من الآية 08.

<sup>6</sup>-يقول ابن العربي: "...ومن قال: إنه يعلم ما في الرحم فهو كافر، فأما الأمانة على هذا فتختلف، فمنها كفر، ومنها تجرية، والتجربة منها أن يقول الطبيب، إذا كان الثدي الأيمن مسود الحلمة فهو ذكر، وإن كان ذلك في الثدي الأيسر، فهو أنثى، وإن كانت المرأة تجد الجنب الأيمن أثقل فهو ذكر، وإن وجدت الجنب الأيسر أثقل، فالولد أنثى، وادعى ذلك عادة لا واجباً في الخلقة لم نكفره ولم نفسقه"، أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المرجع السابق، ج.02، ص.259.

-يقول القرطبي: "وقول الله تعالى " الله يعلم ما تحمل كل أنثى..."، أي من ذكر وأنثى، صبيح وقبيح، صالح وطالح،...، أن الله سبحانه منفرد بعلم الغيب وحده لا شريك له"؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.12، ص.17.

-بل إن علم الله أوسع مما يتصور، ولا يتوقف على مجرد معرفة ذكورة الجنين أو أنوثته، بل يتعداه إلى كل تفاصيله من طول وقصر، وطبائع وصفات وشقاوة وسعادة، وسلامة وتشوه، وعيوب خلقية؛ محمد علي البار، خلق الإنسان...، المرجع السابق، ص.307.

ليشمل العلم التفصيلي لكل ما يتعلق بما في الرحم وحاله، قال بجواز إجراء هذه العملية، ومن لم يتبين له أي أمر توقف عن الحكم على هذه التقنية، وهذه الأقوال نعرضها فيما يلي:

القول الأول، ذهب أنصاره إلى القول بجواز العمل الطبي لأجل اختيار جنس الجنين، بحجة عدم وجود المانع الشرعي على ذلك، وقد قال بذلك جمع من الباحثين<sup>1</sup>، وغيرهم<sup>2</sup>، وأدلتهم على ذلك ما يلي:

فإلى جانب ما ذكرناه من أدلة عند تبيان الحكم الشرعي لانتقاء جنس الجنين باستعمال الطرق الطبيعية، فقد اعتمد أنصار هذا الرأي على أدلة أخرى سواء كانت من الكتاب أو السنة أو القياس.

فمن الكتاب، قول الله عز وجل: «**فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا ﴿١﴾ يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا ﴿٢﴾ وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٣﴾**»<sup>3</sup>، فالاستغفار من الأسباب المجلبة للرزق والأولاد والمطر<sup>4</sup>. لكن هذا الدليل لا يمكن إعماله في تقنية اختيار جنس الجنين بالطرق المخبرية، لما فيها من محاذير شرعية ككشف العورة<sup>5</sup>، وأن الاستغفار يكون بين العبد وربّه دون اللجوء إلى الوسائل الطبية<sup>6</sup>؛ وقول وقول الله تعالى: «**وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ... ﴿٧﴾**»<sup>7</sup>، فالشريعة الإسلامية بأحكامها تسعى لرفع الحرج، وقد يتحقق الحرج في جانب الزوجة التي لم تنجب إلا جنسا واحدا، وقد تسوء العشرة مع زوجها، ما يبرر رفع الحرج باختيار الجنس المرغوب فيه طبيًا<sup>8</sup>، وإن كان ذلك لا يرقى عند البعض لعدده حرجا ترتكب معه المحظورات<sup>9</sup>، وأن الآية لا نص فيها على مسألة اختيار جنس الجنين والاستدلال بها يكون على وجه العموم<sup>10</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية...، المرجع السابق، ص.724؛ عباس أحمد محمد الباز، المرجع السابق، ص.880؛ محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص.340؛ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، السابق، ص.21؛ عبد الله حسين باسلامة، المرجع السابق، ص.07؛ نجم عبد الواحد، المرجع السابق، ص.18؛ زياد عبد المحسن بن محمد العجيان، حكم اختيار جنس الجنين قبل الحمل في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1818.

<sup>2</sup>-أنظر؛ فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012، ص.101؛ زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص.192.

<sup>3</sup>-سورة نوح، الآيات من 10 إلى 12.

<sup>4</sup>-أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج07، ص.379.

<sup>5</sup>-زياد عبد المحسن بن محمد العجيان، المرجع السابق، ص.1802.

<sup>6</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.219.

<sup>7</sup>-سورة الحج، الآية 78.

<sup>8</sup>-زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص.207.

<sup>9</sup>-زياد عبد المحسن بن محمد العجيان، المرجع نفسه، ص.1802.

<sup>10</sup>-هيلة بنت عبد الرحمن الياس، المرجع السابق، ص.1767.

ومن السنة ما أخرجه البخاري ومسلم، عن أم سلمة قالت: "جاءت أم سليم إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي ﷺ: إذا رأت الماء فغطت أم سلمة-تعني وجهها- وقالت: يا رسول الله: وتحتلم المرأة؟ قال: نعم، تربت يمينك<sup>1</sup>، فبم يشبهها ولدها"<sup>2</sup>. ففي هذا الحديث إخبار من النبي ﷺ، أن تحديد جنس الجنين يكون بتأثير من الأبوين، وهذا لا يختلف عما ترمي إليه علوم الوراثة، ولا وجود لما يدل على منع تحقق ذلك، ما يجعله أصلا باقيا على إباحته، حتى يقوم الدليل على حرمة<sup>3</sup>. إلا أن مناقشة هذا الدليل تقتضي القول بأن الحديث وارد في بيان كيفية تحقق الشبه، لا صلة له باختيار جنس الجنين، فلا يكون فيه استخراج للنطف من الزوجين<sup>4</sup>.

والحديث الذي ورد عن جابر قال: "كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل ولو كان شيئا ينهى عنه لنهانا عنه القرآن" متفق عليه. والدليل من ذلك، أن العزل يقتضي منع إنجاب الولد من أصله، فمن باب أولى يكون منع نشوء جنس معين دون الآخر<sup>5</sup>. غير أن هذا الدليل قد نوقش، بأن العزل من الأمور الواقعة بين الزوجين، ولا اثر لتدخل طرف ثالث، بخلاف اختيار جنس الجنين بالتدخل الطبي، فيجعل دليل العزل لا يتسع لهذه العملية؛ والحديث الذي ورد عن ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: كنت قائما عند رسول ﷺ، فجاء حبر من أحبار اليهود... قال: جئتك أسألك عن الولد؟ قال: "ماء الرجل أبيض وماء المرأة أصفر، فإذا اجتمعا، فعلا مني الرجل مني المرأة، اذكر ياذن الله، وإذا علا مني المرأة مني الرجل، آتتا ياذن الله"، قال اليهودي: لقد صدقت، وإنك لني، ثم انصرف فذهب، فقال رسول الله ﷺ "لقد سألتني هذا الذي سألتني عنه، ومالي علم بشيء منه، حتى أتاني الله به"<sup>6</sup>.

أما من حيث القياس، فقالوا بقياس عملية اختيار جنس الجنين على عملية علاج العقم، إذ أن غالبية الفقهاء يرون بجواز السعي في تحقيق الإنجاب بالأسباب المشروعة، ولا وجود لمعارضة حكمة الله في جعل

<sup>1</sup>-وفي رواية مسلم " تربت يداك"، صحيح مسلم، المرجع السابق، ح. ر. 313، كتاب الحيض، ص. 153.

<sup>2</sup>-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر. 130، كتاب العلم، ص. 45.

<sup>3</sup>-عباس أحمد محمد الباز، المرجع السابق، ص. 875؛ خالد بن زيد الوديناني، المرجع السابق، ص. 1979؛ زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص. 210.

<sup>4</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص. 221.

<sup>5</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع نفسه، ص. 223.

<sup>6</sup>-سبق تخريجه.

الإنسان عقيماً<sup>1</sup>، حيث أن اتخاذ الأسباب الممكنة لبلوغ صفة في الجنين أسهل من أسباب الإيجاد والتكوين<sup>2</sup>. القول الثاني، ذهب أنصاره إلى عدم جواز التدخل الطبي لانتقاء جنس الجنين، ومنهم، أبو سعيد زين العطيف<sup>3</sup>، عبد الناصر بن موسى أبو البصل<sup>4</sup>، وماهر حتوت<sup>5</sup>، عبد الرحمن عبد الخالق<sup>6</sup>، وأدلتهم في ذلك ما يلي:

من القرآن قول الله عز وجل: «لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ تَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿١٦﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ»، فالآية بصريح لفظها تقتضي مشيئة الله عز وجل بأن يهب للإنسان أي الجنسين شاء، ومحاولة اختيار الجنس فيها تطاول على تلك المشيئة<sup>7</sup>. غير أنه رد على هذا الدليل بالقول بأن مثل التدخل الطبي لا ينافي مشيئة الله عز وجل، بل هو داخل فيها، لقول الله تعالى: «وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا»<sup>8</sup>، ومن جهة ثانية أن الأطباء لم يصلوا إلى درجة اليقين في التحكم في جنس الجنين، وما وسعهم سوى تهيئة الظروف الملائمة، ذلك ما جعل من تدخلهم أمر يشوبه الظن<sup>9</sup>.

ومن السنة ما رواه علقمة عن عبد الله: "لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله تعالى، مالي لا ألعن من لعن النبي ﷺ وهو في كتاب الله" وما ءاتكم الرسول فخذوه" إلى "فانتهاوا"<sup>10</sup>. واختيار جنس الجنين يدخل في ما أشار إليه الحديث من تغيير لخلق الله، لكن قد يجاب على ذلك، بأن هذا النوع من التدخل الطبي لا يحدث زيادة ولا نقصان لخلق الله، اللقيحة، بل لا يتعدى كونه من باب فعل الأسباب، فلا يشملهم النهي الوارد في الحديث<sup>11</sup>.

أما أدلتهم بالمعقول:

- 1- خالد بن زيد الوديناني، المرجع السابق، ص.1679.
- 2- خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.88.
- 3- أيوب سعيد زين العطيف، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1709.
- 4- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، المرجع السابق، ص.28.
- 5- محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص.111.
- 6- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، ط01، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص.416.
- 7- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.209.
- 8- سورة الإنسان، الآية 30.
- 9- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.210.
- 10- صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.5931، كتاب اللباس، باب المتفلجات للحسن، ص.1492.
- 11- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.215.

- أن تفضيل جنس على آخر وغالبا ما يرجح في كفة طلب الذكور، فيه شبه بأخلاق الجاهلية التي كانت تأتي الإناث<sup>1</sup>.

-أن اختيار جنس الجنين يؤدي إلى كشف العورات من غير ضرورة ملحة، فهذا التدخل مهما كان الدافع إليه لا يرقى لعدده ضرورة يستباح لأجلها المحظور<sup>2</sup>.

-اختيار جنس الجنين، من الطرق الطبية المفضية إلى اختلاط الأنساب بعد اختلاط الحيوانات المنوية والبويضات، طريق الخطأ أو العمد.

وأما أدلتهم من القواعد الفقهية:

-قاعدة ما كان منهيا عنه لذاته أو لما يترتب عليه فإنه محرم، فاختيار جنس الجنين كونه تدخلا غير طبيعي في شخصية الجنين التي يختارها الله عز وجل يكون محرما لذاته، غلى جانب ما يترتب عليه من محاذير تصاحبه، كالعبث بالأجنة، واضطراب التوازن الكوني بين الإناث والذكور، وتحول مسألة الإنجاب إلى سلعة تتوفر حسب الطلب، ما يجعله محرما لما يترتب عليه<sup>3</sup>.

-قاعدة ما أدى إلى حرام فهو حرام، فاختيار جنس الجنين بتقنية التلقيح الاصطناعي من التدخلات الطبية الخطيرة جدا<sup>4</sup>، إذ تفتح بابا للعبث بالأجنة وخلط الأنساب والاتجار بها، ما يجعله مسلكا محرما<sup>5</sup>.

-قاعدة سد الذرائع، فبما أن هذه التقنية تشويها محاذير وينجم عنها مفساد، بما فيها ذريعة الاتجار واللعب بالأجنة، ومدعاة لأخلاق الجاهلية، وإحداث الخلل في التوازن الكوني بين الجنسين، فجملة تلك المخاطر وغيرها تستوجب منع هذه التقنية درء للمفاسد وسدا للذرائع<sup>6</sup>.

القول الثالث، فالقائلون به<sup>7</sup>، توقفوا عن الحكم على عملية اختيار جنس الجنين، وأدلتهم في ذلك:

<sup>1</sup>- جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص.422.

<sup>2</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.215.

<sup>3</sup>- أيوب سعيد زين العطيف، المرجع السابق، ص.1711.

<sup>4</sup>- مرجحا إسماعيل، المرجع السابق، ص.456.

<sup>5</sup>-أيوب سعيد زين العطيف، المرجع نفسه، ص.1712.

<sup>6</sup>-أيوب سعيد زين العطيف، المرجع نفسه، ص.1714.

<sup>7</sup>-فادية محمد توفيق أبو عيشة، المرجع السابق، ص.102؛ أيوب سعيد زين العطيف، المرجع السابق، ص.1702؛ جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص.416.

- أن هذه التقنية من التدخلات الطبية التي لا زالت تحتاج إلى تجارب علمية تؤكد يقينية نتائجها، فلا ينبغي التسرع في الحكم على مدى مشروعيتها<sup>1</sup>.

- أن القضية تحتاج إلى مزيد من الاجتهاد<sup>2</sup>.

في خضم ما سردناه من أقوال الفقهاء والباحثين في مسألة اختيار جنس الجنين بالطرق الطبية، فإنه من اللائق الإدلاء برأينا والمؤيد للرأي القائل بعدم الجواز والحرمة لقوة أدلتهم، ومن ناحية أخرى أن طلب اختيار جنس معين هو طلب زيادة لا طلب حرمان، فالزوجان إذا كانا مدفوعين بدافع العقم والحرمان من الإنجاب لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، فالأصل أن يرضيا بما قد يرزقا من غير اشتراط ولا تفضيل لجنس الجنين أو لصفة معينة فيه.

كان ذلك موقف الفقه الإسلامي من انتقاء جنس الجنين، وبقي لنا موقف المشرع من هذه التقنية، في النصوص القانونية القديمة والمستحدثة، سيكون عنوان الفرع الموالي.

## الفرع الرابع

### موقف المشرع من انتقاء جنس الجنين

ركب المشرع هو الآخر قطار الحظر القانوني لعملية انتقاء جنس الجنين، شأنه شأن غالبية التشريعات الوضعية<sup>3</sup>، إلا أن موقفه تأرجح بين الإحالة (أولا)، والتصريح، ما جعل منعه لهذه التقنية منعاً ضمناً قبل صدور صدور قانون الصحة رقم 18-11 (ثانياً)، على أساس مبررات يمكن اعتمادها (ثالثاً)، وهو ما سنوضحه.

#### أولاً: الحظر الضمني لعملية انتقاء جنس الجنين

بالرجوع إلى أحكام المادة 45 مكرر من ق.أ، كونها المادة الوحيدة التي اعتمدها المشرع لتنظيم عملية الإنجاب الاصطناعي، وما شابها من قصور بسبب عدم احتوائها لنطاق ذلك التدخل الطبي، وما ترتب عليه من تقنيات مستجدة اتسعت رقعتها باتساع الرغبة البشرية، بما فيها اختيار جنس الجنين.

غير أن هذه التقنية بالرغم من عدم التنصيص عليها صراحة لا بالمنع ولا بالإباحة، إلا أنه يمكن الجزم بعدم مشروعيتها في نظر القانون الجزائري في ظل وجود المادة 222 ق.م، التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريعة

<sup>1</sup>- فادية محمد توفيق أبو عيشة، المرجع نفسه، ص. 104؛ أيوب سعيد زين العطيف، المرجع نفسه، ص. 1708.

<sup>2</sup>- جهاد حمد حمد، المرجع نفسه، ص. 417.

<sup>3</sup>- محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص. 39.

الإسلامية، بحيث أن المحام الفقهاء أقرت بحرماتها<sup>1</sup>. والمعروف أن الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي لا يلجأ إليه إلا في الحاجة والضرورة القصوى، ما يجعل من اختيار جنس الجنين لا تكتنفه الضرورة للإقرار بإباحته<sup>2</sup>.

### ثانيا: الحظر الصريح لعملية انتقاء جنس الجنين

بصدور القانون رقم 03-16 المنظم لإجراءات استعمال البصمة الوراثية وقانون الصحة رقم 11-18 أزاح المشرع الغموض في مجال عملية انتقاء جنس الجنين، بحيث نص صراحة على عدم جواز هذه العملية بنص المادة 375 بنصها: "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا، فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس". بل إنه أقر عقوبة يوقعها القاضي الجزائري في حالة اللجوء إلى انتقاء جنس الجنين بالمادة 436 من نفس القانون المتعلقة باستنساخ أجسام حية، مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس بالحيس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

بهذا النص يكون المشرع قد كيف التدخل الطبي لانتقاء جنس الجنين جنائية تستوجب العقاب، لكن الملاحظ على هذين النصين أن المنع المكرس لهذه العملية يشوبه بعض القصور المتمثل فيما يلي:

- إمكانية لجوء الزوجين إلى انتقاء جنس الجنين باستعمال الوسائل الطبيعية، ولو تم ذلك بناء على استشارة طبية، ما دام أن مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب يتسع لمثل هذه الأعمال الطبية، وبالتالي حصر منع انتقاء الجنس ضمن نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي.
- إهمال المشرع لعملية التشخيص المبكر للأمراض الوراثية، التي قد يحتاج إليها أثناء عمليات التلقيح الاصطناعي، وقصره على الجنين المتواجد في الرحم أو المضغة، المنصوص عليه في المادة 76 من نفس القانون<sup>3</sup>، ما يفهم من ذلك إهمال البويضة الملقحة داخل أنبوب الاختبار عند اكتشاف الطبيب لاعتلالها بمرض خطير أو وراثي يشمل جنسا محددًا.

### ثالثا: التبرير القانوني لمنع انتقاء جنس الجنين

<sup>1</sup>- قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته التاسعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 22-27 شوال 1428 هـ الموافق 03-08 نوفمبر 2007، الجمعية العلمية، الفقه الطبي، المرجع السابق، ص.137.

<sup>2</sup>- بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي وقانوني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج06، 2020، ع01، ص.36.

<sup>3</sup>- تنص المادة 76 على أنه "يمكن إجراء التشخيص ما قبل الولادة بأمر طبي من أجل اكتشاف مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين، داخل الرحم، ويتم ضمان التشخيص ما قبل الولادة في هياكل مؤهلة أو معتمدة لهذا الغرض، تحدد شروط اعتماد هذه الهياكل عن طريق التنظيم".

إن ما يمكن تسجيله إيجاباً في ذمة المشرع حول منعه لانتقاء جنس الجنين، يمكن تبريره من حيث مدى مشروعية العقد المبرم بين الطرفين (أ)، وكذا أثر هذه التقنية على الأسرة والمجتمع على حد سواء (ب).

#### أ-مدى مشروعية عقد انتقاء جنس الجنين

كون أن عملية انتقاء جنس الجنين من التدخلات الطبية التي تكتسي طبيعة التجارب العلمية المنصبة على الخلايا التناسلية، قد يقوم بها المختصون إما بدافع رغبة الأزواج أو بدافع شخصي علمي محض لترجيح نسبة نجاح عملية الإنجاب، فلو فرضنا أن انتقاء جنس الجنين كان بناء على رغبة الزوجين، فإن هذه الواقعة يمكن أن توصف بكونها عقداً، ما دام قد تم حسب القواعد العامة<sup>1</sup> بقيام الطبيب بعملية الانتقاء، وبعد طلب من الزوجين وموافقتهم بذلك<sup>2</sup>، ورغبتهم في الحصول على جنس محدد ذكراً أو أنثى.

أما من حيث السبب الدافع لهذه التقنية، فقد يختلف من حالة لأخرى، تبعاً لتعدد الرغبات، فقد تكون الرغبة في الحصول على جنس معين ذكراً أو أنثى، ما يجعل هذا السبب غير مشروع لفقدانه صفة الضرورة العلاجية، إذ الأصل في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، هو إنهاء حالة العقم لا تحقيق الإنجاب بأوصاف معينة.

وقد يكون سبب انتقاء جنس الجنين بدافع منع انتقال مرض وراثي يصيب جنساً معيناً دون الآخر، كمرض عمى الألوان الذي يصيب الذكور أكثر من الإناث<sup>3</sup>، أو مرض العامل اليريزي الذي يصيب جنس الإناث دون الذكور<sup>4</sup>، فمثل هذا الدافع قد يمكن إضفاء عليه طابع المشروعية، إذ قد يجد ضالته فيما أقره المشرع من حماية النسل البشري، بنص المادة 76 ق.ص، والمادة 07 مكرر ق.أ.، المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج. إن هذه التفرقة بين السبب الدافع وراء انتقاء جنس الجنين لم يعرها المشرع أي اهتمام، ما يجعل الإشارة إليها أمراً غير مجدي، لوجود المنع المطلق للعملية من أساسها، فهو بذلك يعيق أعمال تلك النصوص التي أشرنا إليها الرامية إلى تجنب النسل من الأمراض الوراثية التي قد تلحق بأحد الجنسين في نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب، ويبقى أعمالها فقط في ظل الإنجاب بالطريق الطبيعي، ولو تم ذلك بناء على استشارات طبية.

<sup>1</sup>-أنظر؛ المادة 54 ق.م.

<sup>2</sup>-أنظر؛ المادة 59 ق.م.

<sup>3</sup>-مازن اسماعيل هنية، منال محمد رمضان العشي، اختيار جنس الجنين بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، مج17، يناير 2009، ع01، ص.35.

<sup>4</sup>-محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، تحديد جنس...، المرجع السابق، ص.16.

أما من حيث محل هذا العقد، فالظاهر أنه يتمثل في دفع أتعاب التدخل الطبي الملقى على عاتق الزوجين من جهة، وفي التدخل الطبي لتحقيق الإنجاب، فبداهة تظهر مشروعية محل هذا العقد، وذلك بسبب إمكانية التستر على عملية انتقاء الجنس من طرف الطبيب المختص، لأن مثل هذا العمل يمكن تبريره على أنه داخل في تلك الأعمال البيولوجية التي يجريها الطبيب لأجل تكثير فرص الإخصاب، ما يدفعنا إلى القول بصعوبة إثبات اتجاه نية القائم بالعملية إلى اختيار جنس الجنين عمداً، أم أن الأمر يتطلب إجراء مراقبة مساندة أو بعدية تسند لجهة مستقلة تقوم بفرز البويضات المتلفة الزائدة عن عمليات التلقيح والتحقق من جنسها مقارنة مع جنس الحمل؟ وحتى لو سلمنا بذلك، فإنه لا يمكن النفي مطلقاً بإمكانية وقوع تواطؤ بين الطبيب والهيئة المراقبة، ما دام أن الأمر مبني على المعاملات المالية التي يتحملها طالب المساعدة. إلا أن مشروعية المحل تفقد حالة التصريح بها في الانفاق، لمخالفته لأحكام المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالجملة فإن هذا العقد وفقاً للقواعد العامة يعد عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وعملاً بقاعدة أن التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً، فالتابع هنا هو انتقاء جنس الجنين والمتبوع هو عملية التلقيح الاصطناعي، إذ يقول الشاطبي: "أن يكون أحد الجانبين هو المقصود عرفاً، والجانب الآخر تابع غير مقصود بالعادة، إلا أن يقصد على الخصوص وعلى خلاف العادة، فلا إشكال في أن الحكم لما هو مقصود بالأصالة والعرف، والآخر لا حكم له"<sup>1</sup>.

### ب- أثر انتقاء جنس الجنين على الكيان الأسري

مادام أن انتقاء جنس بالطرق المخبرية قد تجاوز عتبة الظن إلى حد بعيد، بخلاف ما يعتمد عليه من طرق طبيعية التي لا تزال تراوح مجال الشك، فإنه يمكن تبرير منع هذا النوع من التجارب العملية بالنظر إلى المال، من حيث تأثيره على الكيان الأسري خاصة والمجتمع عامة، تبعاً لما سنذكره أدناه.

### I- أثر انتقاء جنس الجنين على الزواج

اقتضت العناية الربانية أن يكون هناك توازن بين الجنسين دون تدخل من أحد غيره، لقوله تعالى «يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا»<sup>2</sup> إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ

<sup>1</sup>- أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، المرجع السابق، مج 03، ص. 457.

<sup>2</sup>- سورة الحجرات، الآية 13.

التوازن الذي قدره الله عز وجل بين الجنسين<sup>1</sup>. وقد ثبت أن إمكانية تحديد جنس الجنين طبيًا من العوامل المؤثرة بصفة مباشرة في إحداث اختلال في التركيبة السكانية للمجتمعات، بسبب تفضيل جنس على آخر، وغالبا ما يرجح في جانب الذكور<sup>2</sup>، ما يخلق صعوبة في الزواج لقلّة عدد الإناث في مقابل ارتفاع عدد الذكور، إذ بوجود الذكر وحده لا يمكن أن يأتي بذرية تحفظ نوعه وجنسه<sup>3</sup>.

## II- أثر انتقاء جنس الجنين على الميراث

يعد الميراث من الثوابت الشرعية المعمول بها قانونا بأحكام مفصلة، يتحدد بمقتضاها نصيب كل وارث، مع الأخذ بمبدأ الاحتياط في ميراث الحمل، وعليه فمن الواضح أن يكون لانتقاء جنس الجنين الأثر الجلي في تغيير خريطة تقسيم التركة، يختلف باختلاف الذكورة والأنوثة والعدد، ما يعود بالنقص على أنصبة الورثة الآخرين ويمكن ضرب أمثلة لهذه الصورة وفقا لما أورده بعض الباحثين<sup>4</sup>.

## III- اتساع رقعة التحجيم الأسري

فالتحكم في جنس الجنين ينتج عنه تقليص وتحجيم عدد أفراد الأسرة بصفة غير مباشرة، فإنجاب مولود واحد أو اثنين من الذكور يدفع بالزوجين إلى التوقف عن الإنجاب، إذ المعلوم أن جلهم يفضلون الجنس الذكري على الأنثوي، فإذا تحقق لهما ذلك امتنعوا عن الإنجاب، وهذا أمر ينطوي على مفسدة وتعارض مع النصوص النبوية التي تحث على إكثار النسل<sup>5</sup>.

غير من أدهش الإنجازات العلمية في الوقت المعاصر، محاولة علماء الوراثة إيجاد نماذج للإنسان، ربما تحطت مرحلة التجريب إلى مرحلة التنفيذ، تتمثل في تقنية الاستنساخ، وهي أسلوب يخرج عن القواعد القانونية المستقرة في المجال الطبي التقليدي التي تحمي كرامة الإنسان وحقه في الحياة وسلامة جسده، يتطلب الأمر من لإدراك حقيقتها، ووضعها القانوني المزيد من الدراسة والتوضيح، خصصنا لها المطلب الثاني من هذا المبحث.

<sup>1</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية...، المرجع السابق، ص.724؛ أيمن فوزي مجّد المستكاوي، المرجع السابق، ص.422.

<sup>2</sup>- الإنحياز إلى الذكور يشوه التركيبة السكانية، صحيفة العرب، ع11765، بتاريخ 2020/07/18، موقع الإنترنت: <https://alarab.co.uk>، تاريخ الإطلاع 2022/01/25.

<sup>3</sup>- مجّد بن يحيى بن حسن النجيمي، تحديد جنس...، المرجع السابق، ص.19.

<sup>4</sup>- أنظر؛ فارس علي مهني، مجّد رشيد بوغزالة، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مج12، أبريل 2021، ع01، ص.1100؛ واري غنية، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث دراسة فقهية قانونية، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة بعنوان قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، بتاريخ 2019/04/16، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، نابلس، فلسطين، ص.23.

<sup>5</sup>- مجّد بن يحيى بن حسن النجيمي، تحديد جنس...، المرجع نفسه، ص.19-20؛ عباس أحمد مجّد الباز، المرجع السابق، ص.873.

## المطلب الثاني

## تقنية الاستنساخ البشري

نشأ الاستنساخ مع بداية تطور علم الأحياء خلال القرن العشرين، وهو من المآلات المهمة لثورة الهندسة الوراثية، فتطور بتطورها، وعند الكثيرين أن استنساخ النعجة "دوللي" هي أول واقعة استنساخ، التي أحدثها الباحث (إيان ويلموت). وحسب المحققين أن هذه الواقعة لا تعد هي الدالة على أول اكتشاف لعملية الاستنساخ، بالرغم من أن ما قام به ذلك الباحث يعد إنجازا علميا غير مسبوق، لأنها عملية قامت على الاستنساخ الجسدي وليس الجنسي، فكان له الأثر في نفوس الباحثين والأطباء، لما له من إيجابيات في مجال الإنجاب، وكشف الغموض عن بعض العيوب، كالإجهاض المبكر، في حين أن البعض الآخر حكم عليه بعدم الصلاحية، لما يترتب عليه من محاذير في جميع أنواع الاستنساخ<sup>1</sup>.

ولإعطاء الصورة الكاملة عن هذه التقنية، سوف نتطرق إلى الطبيعة العلمية للاستنساخ (الفرع الأول)، ثم مدى مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني)، وأخيرا الاستنساخ في ضوء نصوص القانون الجزائري (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## ماهية تقنية الاستنساخ البشري

في هذا الفرع نعالج المدلول اللغوي، الاصطلاحي والتقني للاستنساخ (أولا)، ثم الطبيعة التوجيهية لتقنية الاستنساخ (ثالثا)، والمصطلحات الملامسة للاستنساخ (ثالثا).

## أولا: مدلول تقنية الاستنساخ البشري

للاستنساخ البشري مدلول لغوي (أ)، اصطلاحيا (ب) وتقني (ج).

## أ- المدلول اللغوي

له معنى الرفع والإزالة، فالاستنساخ من الفعل نسخ، فقياسه رفع شيء وإثبات غيره مكانه، أو قياسه، أمر كان يعمل به من قبل ثم نسخ بحدث غيره، كالأية ينزل فيها أمر ثم تنسخ بآية أخرى، وكل شيء خلف

<sup>1</sup> -عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص. 60 وما بعدها.

شيئا، فقد اتسخته، وانتسخت الشمس الظل، والشيب الشباب ومنه تناسخ الأزمنة والقرون<sup>1</sup>، والتناسخ في الميراث، أن يموت ورثته بعد ورثته، وأصل الميراث قائم لم يقسم<sup>2</sup>.

وله معنى النقل، تحويل شيء إلى شيء. قالوا: النسخ: نسخ الكتاب<sup>3</sup>، لقوله تعالى: « هَذَا كِتَابُنَا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ »<sup>4</sup>، أي نأمر بنسخ ما كنتم تعملون، لا زيادة ولا نقصان<sup>5</sup>، فنسخ الكتاب نقل صورته المجردة إلى كتاب آخر، وذلك لا يقتضي إزالة الصورة الأولى بل يقتضي إثبات مثلها في مادة أخرى<sup>6</sup>.

وله معنى ما يشبه النقل، نحو نسخت الكتاب، فإن نسخ الكتاب ليس نقلا لما في المنسوخ منه حقيقة، لبقائه بعد النسخ، وإنما هو شبه للنقل، من جهة أن ما في الأصل صار مثله في الفرع، لفظا ومعنى<sup>7</sup>.

### ب- المدلول الاصطلاحي

وجدت تعريفات عديدة، عند الأطباء والباحثين في محاولة لتوضيح مصطلح الاستنساخ، منها:

- أنه: "عملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثيا"<sup>8</sup>. وهذا التعريف يركز على الاستنساخ اللاجنسي.

- أنه: "توالد لا جنسي، ألغي فيه دور الذكور في تكوين الأفراد"<sup>9</sup>. وهذا التعريف هو الآخر يركز على الاستنساخ اللاجنسي.

- أنه: "العملية البيولوجية التي بمقتضاها تتكون مجموعة من الخلايا ليس شرطا بأن تكون متجانسة وذلك عبر الانقسامات الميتوزية المتتابعة لخلية واحدة فقط"<sup>10</sup>. وهذا التعريف يهمل النتيجة المترتبة على الاستنساخ، وهي صفة التطابق بين الكائن المستنسخ والمستنسخ منه.

<sup>1</sup>- أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج 05، ص 424-425.

<sup>2</sup>- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 1134.

<sup>3</sup>- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع نفسه، ص 1133.

<sup>4</sup>- سورة الجاثية، الآية 29.

<sup>5</sup>- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج 19، ص 171.

<sup>6</sup>- أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تح. نزار مصطفى الباز، د. ط، ج 02، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، د. س. ن، ص 633.

<sup>7</sup>- نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، ج 02، المرجع السابق، ص 252.

<sup>8</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص 358.

<sup>9</sup>- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص 48.

<sup>10</sup>- صالح عبد الكريم، الاستنساخ، تقنية، فوائد ومخاطر، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع 10، ص 318.

-أنه:"الحصول على عدد من النسخ طبق الأصل من نبات أو حيوان أو إنسان بدون حاجة إلى تلاقح خلايا جنسية ذكرية وأنثوية"<sup>1</sup>. وهذا التعريف يركز على الاستنساخ اللاجنسي كذلك.

-أنه:"توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضه منزوعة النواة، وإما بتشطير ببيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء"<sup>2</sup>.

وعرف بأنه:"زرع خلية إنسانية أو حيوانية جسدية تحتوي على المحتوى الوراثي كاملا في رحم طبيعي أو صناعي وذلك بغرض إنتاج مخلوق حي-إنسان أو حيوان- يكون صورة طبق الأصل من نظير صاحب الخلية الأولى"<sup>3</sup>. وهذا التعريف يركز على الاستنساخ اللاجنسي أيضا.

إن هذه التعريفات وإن اختلفت ألفاظها، إلا أنها ذات معان متقاربة، دفع ببعض الباحثين إلى تفضيل تعريف الاستنساخ بأنه"تكوين كائن حي مشابه للأصل من خلية جسدية أو جنسية"<sup>4</sup>. غير أن هذا التعريف أهمل صفة الحياة في الكائن، إذ الخلايا الميتة لا يمكن استنساخها.

وهناك من أثر تعريفا رآه شاملا لعملية الاستنساخ بأنه:"عبارة عن الحصول على نسخ طبق الأصل من النبات أو الحيوان أو الإنسان من خلية جنسية أو جسدية"<sup>5</sup>. غير أنه وظف كلمة -الحصول-، فهي لا تستوعب العملية التقنية المتبعة، لذلك فإننا نميل إلى التعريف الذي أورده المجمع الفقهي الإسلامي لدلالته العلمية.

### ج-المدلول التقني

فالمراد بالاستنساخ في المفهوم التقني هو التكاثر اللاجنسي أو الجسدي، وهو المعتمد في معظم النباتات وغيرها من الكائنات بطريقة طبيعية، لذلك فمحاولة إحداثه اصطناعيا لدى الكائنات التي تتكاثر جنسيا بصفة طبيعية، يمكن أن تتم بإتباع الخطوات التالية<sup>6</sup>:

-إفراغ البويضة للحيوان أو الإنسان من نواتها الحاملة لبنية كروموزومية مفردة، أي 23 كروموزوم فقط.

<sup>1</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.358.

<sup>2</sup>-القرار رقم 94(10/02) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره العاشر بجدة، من 23 صفر 1418هـ الموافق 28 يوليو 1997، بشأن الاستنساخ البشري، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.298.

<sup>3</sup>-عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.51.

<sup>4</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.359.

<sup>5</sup>-عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع نفسه، ص.53.

<sup>6</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.300.

-استخلاص نواة خلية جسدية بكامل بنيتها الكروموزومية(46) من الجنس المراد استنساخه.  
 -زرع الخلية الكاملة البنية الكروموزومية في البويضة المفرغة مكان نواتها المنزوعة.  
 -باستعمال حث كهربائي بذبذبات دقيقة يتم مزج النواة المنزوعة في المحتوى السيتوبلازمي للبويضة، لإحداث الإخصاب، فتكون خلية جنينية واحدة تبدأ في الإنقسام.  
 -بعد حدوث التلقيح المفترض إجراؤه خارجيا وانقسام الخلية وبلوغها طورا معينا، يتم نقلها إلى رحم الأنثى لتكتمل باقي أطوار نموها حتى الولادة، فيأتي المولود بجميع الصفات الوراثية لصاحب الخلية الجسدية التي زرعت نواتها، مع التأثير بالمحتوى السيتوبلازمي للبويضة المفرغة، وكذا الظروف البيولوجية للرحم الحاضن.  
 وإن كانت هذه الخطوات تجسد نوعا واحدا لعملية الاستنساخ، المتمثل في الاستنساخ الجسدي اللاجنسي.

### ثانيا: الطبيعة التوجيهية لتقنية الاستنساخ

يمكن القول بأن الاستنساخ هو من التقنيات الموجهة<sup>1</sup>، على أساس إمكانية توجيهها لتحقيق الرغبة الإنسانية، فقد يكون الهدف منها إما لإحداث التكاثر أو الحصول على نسل بصفات وراثية محددة. فمن حيث المجال التطبيقي للاستنساخ، حسب ما وقفنا عليه في المدلول العلمي له، أن الخلية الجنسية منزوعة النواة، تشكل الوعاء الضروري لاحتواء الخلية الجسدية، وعليه، فهي بذلك تلامس الهدف التكاثري، وأيضاً، فوجود الخلية الجسدية يجعلنا ندور في المجال الوراثي، إلى جانب إتباع تقنيات الوراثة، التي تعتمد بالأساس على التدقيق في محتوى الخلايا.

ولعل المعيار الأساسي للحكم على الطبيعة التوجيهية لتقنية الاستنساخ، يتمثل في الهدف المرجو منها، فإن كان الشائع هو استعمال مصطلح الاستنساخ، إلا أنه قد يمكن أن يزاح إذا ما نظر إلى ما تهدف إليه هذه التقنية، إذ يمكن استبداله بمصطلح "الاستنسال"، إذا أريد بها الحصول على الإنجاب وطلب النسل والذرية<sup>2</sup>.  
 فقد يمكن للطب الحديث استنسال الزوج العقيم بهذه التقنية، اعتمادا على الخلية الجسدية له، إذا ما تأكد للمختصين انعدام أو ضعف خلاياه التناسلية، ما يجعل هذه التقنية نسبية من حيث هدفها تقنيات الإنجاب، وبالتحديد أسلوب التلقيح الاصطناعي. في الجانب الآخر قد يكون الهدف من هذه التقنية تحسين

<sup>1</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.302.

<sup>2</sup>-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج07، المرجع السابق، ص.183.

النسل والبحث عن صفات معينة فيه، لا غير، ما يجعلها في هذه الحالة تستوعب المعنى الأعم لمصطلح الاستنساخ لفظاً ومعنى<sup>1</sup>.

### ثالثاً: المصطلحات الملامسة للاستنساخ

مصطلح الاستنساخ قد تلامسه بعض المصطلحات، لقرب معناها في الظاهر أو التشابه من الوجهة التقنية ومن تلك المصطلحات ما يأتي بيانه:

-**الخلق:** لها أصلان، أحدهما تقدير الشيء، والآخر ملامسة الشيء، فالأول: كقول: خلقت الأديم للسقاء، إذا قدرته. والثاني: كقول صخرة خلقاء، أي ملساء<sup>2</sup>. والمخلوق هو الذي خلقه غيره، والخلق يجمع معنى الإبداع ومعنى التقدير<sup>3</sup>.

ويمكن التفرقة بين الاستنساخ والخلق، إذ الخلق داخلة في ربوبية الله عز وجل، ينفرد بها لوحده، المبدع للشيء المخترع على غير مثال سبق<sup>4</sup>، على خلاف الاستنساخ الذي لا يتعدى تطبيق أعمال فنية على خلايا حية موجودة مسبقاً، وهيئة الظروف الملائمة لنموها وانقسامها، لقول الله عز وجل « **عَلَّمْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أُمَّ نَحْنُ الْخَالِقُونَ** »<sup>5</sup>، أي ما تصورون منه الإنسان، نحن المقدرين المصورون<sup>6</sup>.

-**الإبداع:** معناه خلق الشيء على غير مثال، بخلاف التولد الذي يقتضي تناسب الأصل والفرع وتجانسهما، إذ التوالد لا يكون إلا من أصلين، وليس في الموجودات ما يكون مولداً لشيء، بل قد خلق الله تعالى من كل شيء زوجين<sup>7</sup>.

### رابعاً: أنواع الاستنساخ

فالاستنساخ له أنواع تعددت بحسب المعيار المعتمد، فبالنظر إلى الكائن المستنسخ هناك استنساخ نباتي، حيواني وبشري، ومن حيث المادة المراد استنساخها، فينقسم إلى استنساخ خلايا جذعية واستنساخ الجينات

<sup>1</sup>-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.303.

<sup>2</sup>- أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج2، ص.213-214.

<sup>3</sup>- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، كتاب الصفة، تح. محمد رشاد سالم، ط02، ج01، د.د.ن، 1406هـ، ص.240.

<sup>4</sup>-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس...، المرجع السابق، ص.880.

<sup>5</sup>-سورة الواقعة، الآية 59.

<sup>6</sup>-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج20، ص.207.

<sup>7</sup>-شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، درء تعارض النقل والعقل، تح. محمد رشاد سالم، ط02، ج07، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1411هـ-1991، ص.369.

واستنساخ الأعضاء البشرية، ومن حيث الغرض، فيوجد استنساخ علاجي وآخر يهدف البحث العلمي وتطويره<sup>1</sup>. غير أن ما يهمنا ضمن هذه التقسيمات ما يدخل في مجال الطب الإنجابي، وفي هذا يوجد استنساخ جسدي لا جنسي، واستنساخ جنسي، يمكن شرح كلا منهما على التفصيل التالي:

#### أ- الاستنساخ الجسدي اللاجنسي.

عرف هذا النوع، بأن زرع خلية من خلال الجسم الحي، كالجلد مثلاً، داخل بويضة ناضجة تم إخراجها من نواتها، ومن ثم تؤخذ النواة الضيفة في الانقسام لتكون جنيناً، لا لنفس العضو الذي أخذت منه، ويطلق عليه بالاستنساخ التقليدي<sup>2</sup>.

ويهدف هذا الأسلوب إلى إيجاد عدد من النسخ المتطابقة إلى حد كبير في المظهر الخارجي للجسم المأخوذ منه النواة، دون الحاجة إلى تلقيح خلايا ذكورية أو أنثوية، والنسخة الناتجة من هذا النوع تحتوي على التراث الإراثي الكامل الموجود في خلايا صاحب البذرة<sup>3</sup>. كما يمكن الاحتفاظ بنسخة من النسخ المتطابقة وراثياً وراثياً لأي فترة، ينتج عن ذلك نموذجين متطابقين وراثياً لكن مختلفين عمراً، حسب المدة المطلوبة، فيحدث ذلك خلافاً في العلاقة النسبية بين صاحب البذرة والمرأة الحاملة والطفل المولود<sup>4</sup>.

والملاحظ أن البويضة في هذا النوع تلعب الدور الأساسي، كونها الخلية الوحيدة التي تحتوي فيها السيتوبلازما على التركيبات القادرة على إعادة تأسيس النواة، بتمكينها من استخدام كامل مورثاتها لكي تشكل خلية تستطيع التمايز، وتكون أصلاً لكائن جديد<sup>5</sup>.

وتعليل الاعتماد على نواة الخلية الجسدية داخل البويضة المنزوعة النواة، إنما يقصد منه عدم إمكانية جمع نواتين معاً، فالخلية الجسدية بها 46 كروموزوم، ونواة البويضة بها 23 ليحصل 69 كروموزوم، وهذا يلغي العملية بأجمعها، فأى خلل في عدد الصبغيات بالزيادة أو النقصان يؤدي إلى وجود جنين مشوه أو جنين غير

<sup>1</sup>- أنظر؛ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 272 وما بعدها..

<sup>2</sup>- حسن علي الشاذلي، الاستنساخ حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10، ص. 266.

<sup>3</sup>- حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص. 266.

<sup>4</sup>- عارف علي عارف، رؤية إسلامية لعلم الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي مج4، 04، 1998، ع13، ص. 117.

<sup>5</sup>- فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج20، 2004، ع01، ص. 79.

معروف الخلق، إذ لا بد من نزع نواة البويضة والاستغناء عن الحيوان المنوي، إذ لا فرق في النتيجة بين وضع نواة الخلية الجسدية، وجمع نواة الحويمان إلى نواة البويضة<sup>1</sup>.

فإذا تم الاستغناء عن الحيوان المنوي للزوج واستبداله بخلية جسدية له، ل يتم تلقيح بويضة زوجته التي ستحمل ذلك في رحمها، فيسمى بالاستنساخ ثنائي الأطراف، أما إذا كانت الخلية الجسدية من الزوجة نفسها وتلقيحها ببويضتها، فستنجب أنثى مشابها لها، فيكون حينئذ استنساخا أحادي الأطراف<sup>2</sup>. وبمعنى آخر، فالمعلوم أن أي خلية جسدية إلا وتحتوي على البرنامج الوراثي للشخص، ما يفهم من ذلك أن في كل منها برامج صنع خلايا أخرى دماغية أو قلبية أو غيرها، بحيث أن الجينات العصبية في خلايا الجلد تترك المجال لظهور الجينيات الضرورية للجلد، والحال كذلك بالنسبة لبقية الخلايا، إلى أن يتم الحصول على كائن بشري كاملا مطابقا وراثيا للشخص الذي أخذت منه الخلية الجسدية<sup>3</sup>.

ولهذا النوع من الاستنساخ صورا تتمثل فيما يلي<sup>4</sup>:

- أن تؤخذ نواة خلية جسدية لرجل أجنبي، وتزرع في بويضة منزوعة النواة لامرأة أجنبية كذلك.

- أخذ خلية جسدية للمرأة وتزرع في بويضتها المنزوعة النواة.

- أن تؤخذ خلية جسدية لامرأة أجنبية، وتزرع في بويضة منزوعة النواة لامرأة أخرى.

- أن تؤخذ خلية جسدية للزوج وتزرع في بويضة زوجته المنزوعة النواة.

- وتوجد صورة أخرى مفترضة لاستنساخ شخص ميت، بعد الاحتفاظ بخلية جسده في البنك الخاص بذلك، لتقوم أرملة مع بويضتها وإنجاب طفل مشابه له<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل (الاستنساخ) وأحكامها الشرعية، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج14، 1998، ع01، ص.278.

<sup>2</sup>- رضا عبد الحليم عبد الحميد، حماية الجينوم البشري دوليا ووطنيا، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج04، ص.1629؛ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.275؛ بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص.138.

<sup>3</sup>- فواز صالح، المرجع السابق، ص.80.

<sup>4</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، المرجع نفسه، ص.281.

<sup>5</sup>- بغدالي الجيلالي، المرجع نفسه، ص.138.

## ب- الاستنساخ الجنسي

مثل ما هو ثابت أن الإنجاب يحدث بعد الاتصال بين الزوجين، وحصول الإخصاب والحمل والولادة، ومن الناحية العلمية يرتكز ذلك على الحيوان المنوي للرجل والبويضة للمرأة، وهذه الأخيرة لها مكوناتها الأساسية التي تساعد على إحداث ذلك، من الغشاء والسيتوبلازم والنواة.

وهذا النوع من الاستنساخ يسير في الاتجاه نفسه، غير أن ذلك يحدث اصطناعيا بتلقيح البويضة بالحيوان المنوي، فتصبح بويضة تحمل 46 كروموزوما، ثم تنقسم إلى جيل بكر من خليتين، ثم جيل حفيد من أربع خلايا، ليستمر التضاعف، فيعمل الطبيب على فصل كل خلية عن أختها، مع إذابة الغشاء البروتيني السكري المحيط بالخلايا، واستبدالها بمادة جديدة من الطحالب البحرية لإصلاح الخلايا المنفصلة، وتغطيتها حتى لا تفقد صلاحيتها، ما جعل البعض يسميه بالاستنساخ الجديد<sup>1</sup>، أو الاستنساخ بفصل الخلايا أو بالتشجير أو الاستنساخ<sup>2</sup>.

إن أسهل طريقة تتم فيها هذه العملية، أن يجري التلقيح عن طريق أنبوب الاختبار خارج الرحم، لسهولة التعامل مع الخلية الملقحة ونزع الخلايا المنقسمة عنها، دون إلحاق الضرر بها، ليمت بعدها الزرع في أرحام متعددة أو رحم واحد، والحصول على أجنة متطابقة في الصفات الوراثية، لأن أصلها خلية واحدة، ثم انقسمت، إذ الخلايا المنقسمة عنها تشكل شخصا عن الخلية الأولى الأم<sup>3</sup>، وعليه فهذا النوع من الاستنساخ يفيد فيما يلي:

- تعد هذه الطريقة كأسلوب لعلاج العقم وتحقيق الإنجاب<sup>4</sup>.

- إيجاد أعضاء بديلة بعد عملية تجميد الأجنة، لاستعمالها عندما يحتاج إليها جنين آخر<sup>5</sup>.

- عند فقدان الزوجين لطفلها بسبب مرض وراثي أو حادث عرضي، وعدم تمكنهما من الإنجاب، فالاستنساخ يوفر لهما ابنا عوضا عن فقدانها<sup>6</sup>.

- إعطاء فرصة للخلايا السليمة من التكاثر، وتفادي انتقال الأمراض الوراثية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص.279.

<sup>2</sup>-عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.83.

<sup>3</sup>-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل...، المرجع السابق، ص.275.

<sup>4</sup>-فواز صالح، المرجع السابق، ص.81.

<sup>5</sup>-النحوي سليمان، المرجع السابق، ص.197.

<sup>6</sup>-عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ البشري، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، كلية الحقوق، مج22، بتاريخ 2011/12/31، ع43، ص.96.

<sup>7</sup>-ناهدة البقصي، المرجع السابق، ص.16.

وعليه فيمكن أن نلمس الفرق بين نوعي الاستنساخ، الجنسي واللاجنسي، فيما يلي:

- أن الجنين الناتج عن الاستنساخ الجنسي، سيحمل الصفات الوراثية لكل من الأب والأم، ومن بعض صفات الأجداد للطرفين. كما يمكن أن توجد صفات موروثية وأخرى ومستجدة فيه، ما يجعله ينفرد عن باقي أفراد جنسه، على عكس الاستنساخ الجسدي، فإن الجنين يكون مطابقاً للمستنسخ منه في جميع الصفات الوراثية، بحيث لا يمكن التمييز بينهما<sup>1</sup>.

- أن الجنين المتولد عن الاستنساخ الجنسي لا يمكن تحديد خصوصياته الفيزيولوجية والعقلية، والطول والقصر، ولون البشرة، والذكاء والجنس، والشكل، بخلاف الاستنساخ الجسدي، فإنه يمكن تحديد ذلك من أول الأمر، لكونه صورة طبق الأصل للشخص المستنسخ منه<sup>2</sup>، لأن الهندسة الوراثية في أصلها تقوم على فكرة التحكم في الجهاز الوراثي للإنسان، ما يعني إمكانية برمجته حسب تصميمات موضوعة مسبقاً<sup>3</sup>.

والاستنساخ بنوعيه يبقى مجاله التطبيقي هو الإنسان، وبالأساس خلاياه الجسدية والتناسلية، الأمر الذي يتطلب منا تبيان حكمه الشرعي، وفقاً لآراء الفقه الإسلامي، هو ما سيكون عنوان الفرع التالي.

## الفرع الثاني

### مدى مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي

فالاستنساخ البشري في نوعه التكاثري، كغيره من النوازل التي اشتد الخلاف حول مدى توافقها وأحكام الشريعة الإسلامية، بين رأي مؤيد وآخر معارض له، ولكل من الطرفين أدلته من النقل والعقل، سواء ما تعلق بالاستنساخ الجنسي أو اللاجنسي، مادام أنهما يهدفان إلى تحقيق الإنجاب والتكاثر، لذلك سنبرز مدى مشروعية كلا النوعين في ضوء آراء الفقه الإسلامي.

#### أولاً: حكم الاستنساخ الجنسي.

معلوم أن عملية الاستنساخ في الغالب تتم بتقنيات مشابهة لما هو متبع في التلقيح الاصطناعي، وهو أمر قد خلصنا عند دراسته إلى وجود إجماع فقهي على حرمة تكوين جنين بماء غير الزوجين، لما تشتمل عليه من

<sup>1</sup>- أسماء سعيدان، عملية استنساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، مج50، 2013، ع04، ص608.

<sup>2</sup>- أسماء سعيدان، المرجع نفسه، ص609.

<sup>3</sup>- ناهدة البقصي، المرجع السابق، ص17.

مفاسد ومحاذير بخصوص النسب وحصول حمل من غير زواج وغير ذلك<sup>1</sup>، وفي هذا انقسم الفقهاء إلى قولين  
نفصلهما فيما يأتي:

القول الأول، فيرى بتحريم الاستنساخ ولو بماء الزوجين، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي<sup>2</sup>، وقال  
به جمع من الفقهاء، منهم: عبد الناصر أبو البصل<sup>3</sup>، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ<sup>4</sup>.

ومن أدلتهم على ذلك ما يلي:

- ما جاء في قول الله عز وجل « وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ  
وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا » ، فدللت الآية على تشريف الإنسان وتكريمه في خلقته وهيئة،  
والعمل بهذه التقنية للتكاثر ينافي ذلك، بل هو تعد على ذاتية الفرد وخصائصه<sup>5</sup>.

- لا يمكن القول بإباحة التصرف في الخلية الملقحة لأنها أصل تكوين الإنسان وهي جزء منه، فلا يصح العبث  
بها لعدم وجود حاجة داعية لذلك<sup>6</sup>، لكن المعلوم شرعا أن اللقيحة في طورها الأول لم يثبت لها الشارع أي  
اعتبار ولا بنى عليها أي حكم<sup>7</sup>، لكن يجاب على ذلك بأن الحمل يرث وتصح له الوصية كذلك باتفاق  
الفقهاء<sup>8</sup>.

- إن مصالح بني آدم لا تقوم إلا بوجود الاختلاف الصفات الوراثية وتنوعها، وفتح المجال للاستنساخ يحتم وجود  
ذرية متشابهة جينيا<sup>9</sup>، وهذا مخالف لما أوجده الله عز وجل من اختلاف بين الناس بدليل قوله تعالى « وَمِنْ  
آيَاتِهِ خَلْقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتِلَافِ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالِمِينَ... »<sup>10</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل...، المرجع السابق، ص.276.

<sup>2</sup>- القرار رقم 94(10/02) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره العاشر بجدة، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.299.

<sup>3</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل...، المرجع نفسه، ص.276.

<sup>4</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص.406.

<sup>5</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع نفسه، ص.405؛ عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.291؛ حسن علي

الشاذلي، المرجع السابق، ص.282.

<sup>6</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل...، المرجع نفسه، ص.275.

<sup>7</sup>- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع نفسه، ص.291.

<sup>8</sup>- لوفوق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.08، ص.406.

<sup>9</sup>- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع نفسه، ص.291؛ حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص.281.

<sup>10</sup>- سورة الروم، جزء الآية 22.

ومن القواعد الفقهية، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، إذ أن عملية الاستنساخ تقوم على أساس فصل الخلايا، وهو ما يؤدي إلى إحداث ضرر على الجنسين، وأي خلل قد يسبب بعض العيوب والتشوهات، أو حتى إلى الموت<sup>1</sup>.

وإعمال قاعدة سد الذرائع، أي أن فصل الخلايا التناسلية وتجميدها في البنوك المختصة، قد تؤدي إلى استغلالها في مواطن محرمة، كزرعها في رحم أجنبي، أو استعمالها من طرف الزوجة بعد فراق زوجها أو وفاته، ما يجعل مثل هذه التقنية محرماً شرعاً سداً للذريعة ودرء المفسد<sup>2</sup>.

القول الثاني، فيرى أنصاره بجواز الاستنساخ الجنسي، فصدر بذلك قرار جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية<sup>3</sup>، وبعض الباحثين منهم: محمود عبد الرحيم مهرا<sup>4</sup>، عارف علي عارف<sup>5</sup>، وغيرهم<sup>6</sup>، إلا أنهم قيدوا إجازتهم لذلك بجملة من الشروط<sup>7</sup>، نذكرها حسب التالي:

الأول: نقل الخلية المفصولة إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة.

الثاني: قيام العلاقة الزوجية أثناء عمل الفصل.

الثالث: وجود ضمانات عملية ومعملية لمنع اختلاط الخلايا بغيرها.

الرابع: وجود حالة الضرورة المتمثلة في معالجة العقم للأزواج غير القادرين على الإنجاب بالطريق الطبيعي.

الخامس: تحقق رضا وموافقة الزوجين على هذه العملية.

وأدلتهم على حكم الجواز ما يلي:

- ما ورد من الأحاديث التي تدل على مشروعية التداوي وعلاج العقم، وهو ما فصلناه في موضعه، فالنقص في إنتاج البويضات يكون الدافع لتلقيح بويضة المرأة خارج جسمها، ويتم فصل اللقيحة عند بداية انقساماتها، إذ أثبت المختصون أن بموجب هذه التقنية سيتم تحطيط كثير من الصعاب التي تواجه المصابين بالعقم، بحيث يمكن

<sup>1</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.406.

<sup>2</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.406.

<sup>3</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.399.

<sup>4</sup>- محمود عبد الرحيم مهرا، الأحكام الشرعية والقانوني...، المرجع السابق، ص.315.

<sup>5</sup>- عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات...، بحث ضمن دراسات فقهية...، مج02، المرجع السابق، ص.754.

<sup>6</sup>- أنظر؛ عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.293، هامش رقم 01.

<sup>7</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.399؛ عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع نفسه، ص.293؛ عارف علي

عارف، المرجع نفسه، ص.755.

التغلب عليه<sup>1</sup>. غير أن هذا الدليل يمكن نقده من جوانب عدة، فالتداوي لا يكون مشروعاً إذا كان بما هو محظور شرعاً<sup>2</sup>، والاستنساخ بطريقة فصل الخلايا من السبل المحرمة التي تقرر حرمتها بما ذكر من أدلة عند أصحاب القول الأول، وأن تنشيط مبايض الزوجة بإعطائها عقاقير حالة نادرة جداً عند أهل الاختصاص، فالأحكام لا تبنى على النادر، بل على الغالب<sup>3</sup>. وأن القول بإنسانية البويضات الملقحة يجعل من عملية الفصل الفصل تعدياً على حرمتها التي تكتسبها منذ لحظة تلقيحها.

- يمكن قياس عملية الإنجاب بأسلوب الاستنساخ الجنسي على عمليات أطفال الأنابيب، مادامت أنها تتم بماء الزوجين ووجود مانع للتلقيح الطبيعي، ويؤدي إلى علاج حالة العقم. غير أن هذا الدليل لم يسلم من النقاش، إذ هو قياس مع الفارق، فيجعله فاسداً، فاللقيحة في طفل الأنبوب لا يتم فصل خلاياها بعضها عن بعض، ويحفظ الزائد منها، مع عدم حصول الشبه بين الأجنة المولودة بهذا الأسلوب، بعكس الاستنساخ، فإنه على خلاف ما ذكر بالأساس<sup>4</sup>.

- قياس الاستنساخ الجنسي على ما يحصل في رحم المرأة من توأم متشابهة، نتيجة انشطار البويضة بعد التلقيح بصفة طبيعية<sup>5</sup>. غير أن هذا القياس عيب عليه بأن ما يحدث في رحم المرأة يكون حسب ما أوجده الله عز وجل، عكس عملية فصل الخلايا، فتكون بفعل فاعل بشري مختص، وهو حال لا يؤمن جانبه من حيث المفاسد المترتبة.

- وجود مصالح إنسانية تبرر جواز هذا الأسلوب، بما فيها تشخيص الأمراض الوراثية، وإيجاد نسخ أصحاب لتفاديها<sup>6</sup>. ورد على هذا الاستدلال، بأن الاستنساخ حسب هذا المفهوم، يتجاوز حدود الإنجاب، إذ يمكن تصنيفه ضمن الأعمال التطبيقية العلمية، التي تهدف إلى تطوير بحوث وتجارب لخدمة العلم والإنسانية<sup>7</sup>.

- يمكن للاستنساخ أن يكون له دور علاجي، فهو يهدف على الاهتمام بالجيني في مراحل الأولى، من خلال الاستفادة من خلاياه الأساسية، والتي يمكن تطويرها إلى خلايا أخرى وأنسجة وعظام، الشيء الذي يضمن

<sup>1</sup>- أحمد رجائي الجندي، الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10، ص303.

<sup>2</sup>- محمد عبد الحميد السيد متولي، المرجع السابق، ص31.

<sup>3</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص401.

<sup>4</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص402.

<sup>5</sup>- عارف علي عارف، قضايا فقهية...، المرجع السابق، ص754.

<sup>6</sup>- حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص269.

<sup>7</sup>- محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، مج18، 2002، ع02، ص35.

عدم رفضها مناعيا من طرف جسم الجنين<sup>1</sup>. غير أن هذا الدليل نوقش بكون أن الخلية بعد مرورها بأطوار النمو وتشكل الأنسجة والأعضاء، قد أخذت صفة الجنين، فهو بذلك نفسا معصومة، لا يجوز الإقدام على أي تصرف يؤدي إلى قتلها<sup>2</sup>، إذ الفقهاء متفقون على أن المضطر إذا لم يجد شيئا غير آدمي لم يبح له قتله إجماعا ولا إتلاف عضو منه<sup>3</sup>، وقتل النفس هو تعدي على أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، مثل ما وقفنا عليه سابقا في موضعه.

من ذلك كله، فإن ما ترجح لنا هو ما ذهب إليه القائلون بعدم جواز الاستنساخ الجنسي وفصل الخلايا، نظرا لقوة أدلتهم مقارنة بأدلة القائلين بالجواز، إلى جانب ما يتمتع به الإنسان من تكريم ولو في بداية تخلقه، إذ النفس البشرية معصومة وحفظها يعد من مقاصد الشريعة، فيكون العبث بالخلايا التي يتخلق منها الإنسان من الأسباب المفضية إلى هدم هذا المقصد وإفساده، وهذا مما لا يجوز شرعا ولا عقلا.

إذا كان ذلك هو حكم الاستنساخ الجنسي، فبقي لنا مسألة مدى مشروعية الاستنساخ اللاجنسي في البند الموالي.

### ثانيا: حكم الاستنساخ اللاجنسي

بما أن هذا الأسلوب هو مغاير لما هو معهود في إحداث الإنجاب، لغياب الخلايا التناسلية (الحيوان المنوي)، ما يجعلها تقنية مفترضة تفتقر إلى التأكيد العلمي، لكن احتمال تحقيقها ليس بالبعيد، ما يحتم النظر في تكييفها الشرعي، وفق الصور التي أوردناها في تبيان حقيقة هذه التقنية. غير أن الاتفاق قد يظهر من الوهلة الأولى على حرمة الصور التي تشتمل على طرف أجنبي، سواء صاحب الخلية الجسدية أو البويضة، لتبقى صورة واحدة فقط، احتدم النقاش حول مدى جوازها، لعدم وجود الطرف الأجنبي. لكن الإشكال يثور بسبب افتقار الحيوان المنوي للزوج واستبداله بخلية جسدية له، فانقسم الفقه في ذلك إلى ثلاثة أقوال، فمجيز، ومانع، ومتوقف، سنعرض كل ذلك فيما يأتي:

<sup>1</sup>-مُجَّد واصل، المرجع السابق، ص.37.

<sup>2</sup>-إبراهيم بن مُجَّد قاسم بن مُجَّد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، ط01، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، بريطانيا، 1423هـ-2006، ص.613.

<sup>3</sup>-لموفق الدين أبي مُجَّد عبد الله بن أحمد بن مُجَّد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج13، ص.338-339.

القول الأول، فيرى أنصاره بتحريم الاستنساخ الالاجنسي، وبه صدرت قرارات بعض لمجامع الفقهية، كمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي<sup>1</sup> ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي<sup>2</sup>، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وجمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية، ومجمع البحوث الإسلامية<sup>3</sup>، وهو رأي كثير من الباحثين<sup>4</sup>، وأدلتهم على ذلك ما يلي:

فمن القرآن، قول الله عز وجل « وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتَلَفُ اللَّسَانِ وَاللَّوْنِ كَرَّمٌ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ. » ، وقوله عز وجل « وَمِنَ النَّاسِ وَالْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ... »<sup>5</sup> ، ووجهها الدلالة أن هذه التقنية تؤدي إلى القضاء على استقلالية الإنسان والتمايز الذي أوجده الله عز وجل في خلقه، من اختلاف اللون والصفات<sup>6</sup>.

ومن السنة، ما ورد في قول الرسول ﷺ " لا ضرر ولا ضرار" ، ويحقق الضرر بانتفاء نواة الحيوان المنوي والبويضة، التي ثبت طبيًا أنه يؤدي إلى تغلب الجينات الصحيحة على المريضة، وهو ما ينعدم في الاستنساخ الذي يكون فيه الانتقاء اصطناعيا، ما يفسح المجال لزيادة الجينات المريضة في الخلية الجسدية، فيتسبب في حدوث تشوهات خلقية وأمراض سرطانية وغيرها<sup>7</sup>؛ والحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود، قال: " لعن رسول الله ﷺ الواشئات والمتمصصات والمتفلجات للحسن المغيرات لخلق الله"<sup>8</sup> ، ووجه الدلالة، أن الاستنساخ يتم فيه

<sup>1</sup>-القرار رقم 94(10/02) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره العاشر بجدة، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.299.

<sup>2</sup>-القرار رقم 01 لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، ص.311.

<sup>3</sup>-سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.411.

<sup>4</sup>-عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، حقيقة الاستنساخ وحكمه الشرعي دراسة فقهية مؤصلة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج17، ع49، 2002، موقع الإنترنت: kuniv.edu.kw ، تاريخ الإطلاع: 2022/01/18؛ عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل...، دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص.670؛ محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.226؛ محمود عبد الرحيم مهرا، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.323؛ علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص.390.

<sup>5</sup>-سورة فاطر، جزء من الآية 28 .

<sup>6</sup>-عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات...، بحث ضمن دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص.760؛ أي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج17، ص.374.

<sup>7</sup>-عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.260؛ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.426.

<sup>8</sup>-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ج02، ص.161.

وضع الخلية الجسدية موضع الخلية الجنسية لغرض الإنجاب، فيكون تغيير الحلقة في أصل الخلية الإنسانية، وهذا أولى بالنهي<sup>1</sup>.

ومنه فإن الاستنساخ مناقض لحكم وغايات اقتضتها حكمة الله عز وجل، دلت عليها آيات كثيرة، إذ فيه امتهان لكرامة الإنسان وجعله محلاً للتجارب العلمية، هو طريق مغاير لسنة الله في تكاثر بني البشر، الذي يكون باتصال رجل وامرأة بعقد شرعي<sup>2</sup>، والتقاء ماءهما، وينعدم هذا بانعدام أحدها، وهو الواقع في عملية الاستنساخ، باستبدال نطفة الزوج بخليته الجسدية<sup>3</sup>. كما أنه دليل على عدم الرضا بقضاء الله بإيجاده لصفة العقم، عند بعض الرجال والنساء، وهو ما لا يمكن علاجه ولو بالاستنساخ<sup>4</sup>، وأن الاستنساخ عمل يؤدي إلى تغيير خلق الله<sup>5</sup>.

أما دليلهم من المعقول:

- أن لكل مولود له بأبيه صلة تكوين ووراثة، يأخذها من نطفته، وله بأمه صلتان: إحداها تكوين ووراثة تحدثها البويضة، وصلة حمل وولادة، وأصلها الرحم<sup>6</sup>، وهاتان الصلتان منقطعتان في المولود الحاصل بالاستنساخ، لانعدام لانعدام نطفة الأب ونواة بويضة الأم<sup>7</sup>.

- إحداث اختلال في التوازن بين الجنسين، إذ الخلية المأخوذة من الزوج، لا تأتي إلا بمولود ذكر مستنسخ<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص. 427.

<sup>2</sup>- قول الله عز وجل «يَتَأْتِيهَا النَّاسُ انْتِفَاؤًا زَيْكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ...»؛ سورة النساء، جزء من الآية 01؛ وقوله تعالى «وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»، سورة الذاريات، الآية 49؛ وقوله تعالى «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّكْرِيِّينَ...»؛ سورة الأعراف، الآية 189؛ وقوله تعالى «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْزَالِكُمْ بَيْنَ وَحَدَفَةٍ...»؛ سورة النحل، جزء من الآية 72؛ وقوله تعالى «يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى...»؛ سورة الحجرات، جزء من الآية 13.

<sup>3</sup>- قول الله عز وجل «فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿١﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٢﴾ يُخْرَجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ...»؛ سورة الطارق، الآيات 05-06-07؛ وقوله تعالى «الَّذِي خَلَقَ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَاللَّهُ رَبُّنَا وَالَّذِي خَلَقَ الرَّجُلَ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ﴿١﴾ مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى...»؛ سورة النجم، الآيات 45-46.

<sup>4</sup>- قول الله عز وجل «...وَجَعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَاقِمًا إِنَّهُ عَلَيْهِ قَدِيرٌ...»؛ سورة الشورى، جزء من الآية 50.

<sup>5</sup>- قول الله عز وجل «...وَلَا تَرْهَبُهُمْ فَلْيَغْيِرْ خَلْقَ اللَّهِ...»؛ سورة النساء، جزء من الآية 119؛ وقوله تعالى «فَطَرَتِ اللَّهُ إِلَهِي فَطَرِ النَّاسِ عَلَيْهَا لَا

تَبْدِيلَ لِمَخْلُوقِ اللَّهِ...»؛ سورة الروم، جزء من الآية 30.

<sup>6</sup>- بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، مج 01، ص. 247.

<sup>7</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع نفسه، ص. 427.

<sup>8</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل... دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص. 674.

- صعوبة تطبيق أحكام الزواج والمحارم والنسب على المولود المستنسخ<sup>1</sup>.
- إحداث الفرقة في المجتمع، من حيث طريقة ولادتهم، فمنهم من يولد بالأسلوب الطبيعي، ومنهم من يولد بالاستنساخ<sup>2</sup>.
- تأثر عمر المولود بعمر من أخذت منه الخلية، فيكونان متساويان، إذ أثبتت الدراسات الطبية أن التغيرات المرضية التي تتحدث في الخلايا السرطانية تتزايد بتقدم العمر<sup>3</sup>.
- أن الاستنساخ فيه مساس بجزء من الإنسان، المتمثل في البويضة وخلية الزوج، ولا وجود لدافع قوي يبرر ذلك المساس، ولا يصلح العقم كضرورة تبرر ذلك<sup>4</sup>.
- قاعدة اعتبار الموازنة بين المصالح والمفاسد، وبين المصالح نفسها والمفاسد نفسها من حيث الشدة والكبر والأثر<sup>5</sup>، فنجد أن المفاسد تغلب على المصالح، بل إن المصالح تكاد تنعدم، فتتمنع هذه التقنية دفعا للمفاسد<sup>6</sup> للمفاسد<sup>6</sup>.
- قاعدة ما أدى إلى حرام فهو حرام<sup>7</sup>، فعملية الاستنساخ وما يستعمل فيها من تقنيات تقع على البويضة ونواتها، تؤدي إلى تشوهات في الجنين، لأن المورثات ذات طبيعة خاصة، تتأثر بأي مؤثر خارجي، كالأشعة<sup>8</sup> مثلاً<sup>8</sup>.
- القول الثاني، فيرى أنصاره بجواز زراعة الخلية الجسدية في البويضة المنزوعة النواة<sup>9</sup>، لكن بشروط وهي:
- تعذر الإنجاب بالاتصال الطبيعي بين الزوجين أو التلقيح الاصطناعي، وأن يكون الاستنساخ بزرع النواة هو الوسيلة الوحيدة.

<sup>1</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص.428؛ علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.390.

<sup>2</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.429.

<sup>3</sup>- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.263.

<sup>4</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص.672.

<sup>5</sup>- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع نفسه، ص.390.

<sup>6</sup>- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، المرجع نفسه، ص.674.

<sup>7</sup>- شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج2، ط.خ، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الإشراف على الطباعة دار النوادر الكويتية، الكويت، 1421هـ-2010، ص.33.

<sup>8</sup>- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.430.

<sup>9</sup>- أنظر؛ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.412، هامش رقم 02؛ عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع نفسه، ص.263، هامش رقم 04.

-قيام العلاقة الزوجية.

-نقل اللقيحة بعد هذه العملية إلى رحم الزوجة.

وأدلتهم في ذلك ما يلي:

-أن هذا الأسلوب يدخل في إطار التداوي من العقم، وله ما يبرره من الأدلة الشرعية، إذ العقم مرض يتطلب علاجه بالطرق المباحة.

-الاستنساخ يجنب إصابة المولود بالأمراض الوراثية الخطيرة التي تكون في الأحد الزوجين أو كليهما<sup>1</sup>.

-يمكن الاستنساخ بزرع النواة من الحصول على أفضل الصفات الوراثية، بتطبيقه على أصناف معينة من البشر لهم قدرات عقلية وبدنية متميزة<sup>2</sup>.

-رفع المشقة والحرج والألم الذي يسببه الحرمان من الإنجاب، إذ المشقة والحرج مطلوب رفعهما شرعا، فيكون العلاج بهذه الوسيلة مأذون به<sup>3</sup>.

-عملا بقاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة<sup>4</sup>.

القول الثالث، فيقضي بعدم التسرع والحكم على المسألة لا بالجواز ولا بالمنع، حتى ينجلي الغموض وتتأكد الحقائق العلمية، ومن القائلين بذلك مُجد المختار السلامي، حيث قال: "ولما كانت البحوث لم تستكمل بعد، وإن التدخل في ميدان دقيق كهذا، أو انزلاق الإبرة الميكروسكوبية غير مأمون، فإن الذي أطمئن إليه أن لا نتعجل، ولا نحكم على الشيء قبل تصوره في ذاته، وتصور السلاسل المترتبة عن ولوج هذا النوع من التأثير"<sup>5</sup>.

وكذا لجنة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في مؤتمر "الإنجاب في ضوء الإسلام"، حيث أوصت: "بعدم التسرع في إبداء الرأي الشرعي في قضايا الاستنساخ بالنسبة للإنسان على نحو ما أدت إليه التجارب في مجال الحيوان، مع الدعوة إلى مواصلة دراسة هذه القضايا طبيا وشرعيا"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-مُجد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة الإسلامية مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005، ص.216.

<sup>2</sup>-مُجد بن دغليب العتيبي، المرجع نفسه، ص.268.

<sup>3</sup>-عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، المرجع السابق، ص.268.

<sup>4</sup>-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص.88.

<sup>5</sup>-مُجد مختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية، الاستنساخ البشري، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10، ص.257.

<sup>6</sup>-ناهدة البقصي، المرجع السابق، ص.186.

كما جاء قول مُجَدِّ علي التسخيري ما نصه: "يجب أن نعترف بأن الأخصائيين الطبيعيين لهم الحق وحدهم في تقرير الآثار العلمية المخربة أو الإيجابية لهذا الأسلوب، ولا نستطيع نحن أن نقرر شيئاً إلا بعد انتهائهم من بحوثهم... ومن هنا فلا ينبغي التسرع في الحكم ما دامت النتائج العلمية غير قطعية"<sup>1</sup>. وهو ما ذهب إليه الباحث رأفت عثمان، حيث دعى إلى ضرورة التوقف عن الفتوى في ذلك، ودعوة العلماء في مختلف التخصصات للنظر في القضية<sup>2</sup>.

ومن ذلك كله، فإن الذي يترجح لدينا هو ما ذهب إليه أنصار القول الأول بعدم جواز الاستنساخ الجسدي، لما في ذلك من تجاوز للفطرة التي أودعها الله عز وجل في خلقه، إذ التكاثر لا يكون إلا بين ذكر وأنثى، وامتزاج نطفهما، ضمنا للتوازن، وصونا لأكرم خلقه. كما أن محاولة التذرع بعقبة العقم تفتح بابا لكثير من المفاسد والشرور، ستظهر نتائجها على العلاقات الأسرية والاجتماعية، وهدر لمقاصد الشرع، كحفظ النفس والنسب، بسبب التلاعب باللقاحات واختلاط النطف داخل المختبرات.

وإذا تضح أن لا وجود لمصلحة إذا تساوى الناس في خصائصهم، فيكون القصد إليه غير معتبر شرعا، إذ القاعدة أنه متى سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار ما يضيفي إليه<sup>3</sup>، وإذا ثبت أن هذه التقنية كوسيلة، فهي لا تبلغ الهدف المرجو من إجرائها، ما يجعلها عبثا بما لا ينفع، والقاعدة أن عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصد يبطل اعتبارها<sup>4</sup>.

ومن آراء الفقه الإسلامي حول مدى مشروعية الاستنساخ، سنتقل إلى موقف القانون الجزائري من عملية الاستنساخ، ومدى توافق أحكامه مع ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، لاسيما في ظل ارتباط المسألة بالأحوال الشخصية وقانون الأسرة، كل ذلك سيكون في الفرع الموالي.

<sup>1</sup>- آية الله مُجَدِّ علي التسخيري، نظرة في الاستنساخ وحكمه الشرعي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10، ص.288.

<sup>2</sup>- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية...، المرجع السابق، ص.338.

<sup>3</sup>- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق...، المرجع السابق، ج02، ص.32.

<sup>4</sup>- أبي عبد الله مُجَدِّ بن مُجَدِّ بن أحمد المقرئ، القواعد، تح. أحمد بن عبد الله بن حميد، ج01، مركز إحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية، 2015، ص.242.

## الفرع الثالث

## الاستنساخ في ضوء نصوص القانون الجزائري

بما أن تقنية الاستنساخ هي من الأعمال الطبية التي تتسم بنوع من الدقة، ما يخرجها عن نطاق التدخلات الطبية العادية، التي تتطلب نصوصا قانونية تضمن تجنب ما قد ينجم عنها من آثار وخيمة، قد تلحق بالكائن البشري والمجتمع، لذل سنحاول الوقوف على ما وفره المشرع من قواعد، في ظل النصوص المكرسة والمستجدة على النحو التالي:

## أولاً: الحماية الدستورية لخصوصية الإنسان

يمكن أن نلمس هذه الحماية من خلال ما أورده المشرع من نصوص، بإمكانها استيعاب ما تفضي إليه عمليات الاستنساخ، من مخاطر تمس الإنسان من حيث الحرمة والكرامة والخصوصية، وكل المسائل الأسرية، كالزواج وما يتولد عنه من إنجاب وتكوين الأسر، فالمادة 47 من دستور سنة 2020 تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون"<sup>1</sup>، ويمكن تدعيم ذلك بما جاء في المادة 39 من دستور سنة 2020 التي تنص على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة"<sup>2</sup>.

بهذا يكون المشرع قد كرس أهم حق من حقوق الإنسان، ألا وهو الحق في التحفظ على داخلته، وعليه فعمليات الاستنساخ تشكل تهديدا بينا على هذا الحق، فلا تقبل إذا هذه التدخلات الطبية بحجة الحفاظ على مصلحة الدولة الرامية إلى زيادة الإنجاب، أو لإشباع الغريزة الفردية للأزواج غير القادرين على تحقيقه، وتعويضهم بأطفال بهذه التقنية، إذ الحاصل أن الأسرة التي تنجب طفلا بأسلوب الاستنساخ لا محالة ستكون حديث العام والخاص منقطع النظير، وبهذا يتجسد انتهاك حق التحفظ على الحبايا الداخلية للفرد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-تقابلها المادة 39 من دستور سنة 1996.

<sup>2</sup>-تقابلها المادة 34 من دستور سنة 1996.

<sup>3</sup>-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، مج35، 1998/12/15، ع04، ص.58-59.

## ثانيا: في قوانين الصحة

قد يتضح لنا قبول أو رفض نصوص قوانين الصحة لعملية الاستنساخ، من خلال مدى إسقاط بعض المفاهيم والتكليفات التي تضمنتها تلك النصوص، بدء بتكليف تلك العملية على أنها داخلة ضمن الأعمال الطبية، كأصل عام، أم يمكن تصنيفها ضمن نوع محدد من تلك التدخلات الطبية، أو بمعنى أدق، فهل يمكن لعملية الاستنساخ أن توصف بكونها عملا طبيًا؟، أم هل يمكن إدراجها ضمن خانة الأبحاث والتجارب الطبية؟

## أ-مدى اعتبار الاستنساخ من الأعمال الطبية

فالعامل الطبي وفق النصوص القانونية، يتطلب توافر أربعة شروط ضرورية<sup>1</sup>، شكلية المتمثلة في ترخيص القانون، وموضوعية تتمثل في إتباع الأصول العلمية، وعرفية تتمثل في رضا المريض، وشخصية تتمثل في قصد الشفاء، وهي شروط نجدتها منصوص عليها ضمن قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب.

وعليه يمكن الجزم بأن الاستنساخ لا يعد عملا طبيًا بالمعنى الدقيق<sup>2</sup>، فهو يتعارض ورسالة الطبيب المنصوص عليها في المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب... في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية". وكذا المادة الأولى من قانون الصحة رقم 18-11 التي تنص على أنه: "...ويرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة".

ويتأكد التعارض مع مفهوم العمل الطبي بوجود نص المادة 31 من المدونة التي تنص على أنه: "لا يجوز للطبيب... أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة..."، إذ قطعية نتائج الاستنساخ لا تزال تراوح مكانها بين الفرضية والحقيقة، فقد وصفها بعض الكتاب على أنها ضرب من الخيال المستقبلي، كادعاء بعضهم بإمكانية تصنيع قائد ضخم من خلال شخصية تاريخية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان...، المرجع السابق، ص.62.

<sup>2</sup>-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان...، المرجع نفسه، ص.63.

<sup>3</sup>-عارف علي عارف، قضايا فقهية...، بحث ضمن دراسات فقهية...، المرجع السابق، ص.753.

## ب-مدى اعتبار الاستنساخ من أعمال البحث العلمي

لإضفاء الصبغة الشرعية على التجارب الطبية والعلمية، وفق نصوص قانون الصحة، فإنه يلزم توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية، يمكن استخلاصها من خلال ما جاء في القسم الرابع من قانون الصحة رقم 11-18، بعنوان "أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء" في المواد من 377 إلى 399 منه.

فالشروط الشكلية تتمثل في شرط الترخيص لمزاولة مهنة الطب، والترخيص لأجل إجراء التجربة الطبية، وأن يتم إجراؤها في المستشفيات المؤهلة. أما الشروط الموضوعية، فتكمن في وجود مصلحة الشخص محل التجربة، مع إجراء موازنة بين محاسن التجربة الطبية ومضارها، وأن يقوم بها طبيب مختص معروف بكفاءته، يراعي فيها إتباع الأصول العلمية عند تنفيذها، كل ذلك يكون خاضعا لرقابة أجهزة مختصة محدد قانونا.

وقد يحاكي الاستنساخ عملية البحث العلمي والتجربة في نوعه المسمى عند البعض بالاستنساخ المجرد<sup>1</sup>، إذ يهدف هذا النوع إلى إنتاج أطفال بناء على طلب الباحث أو المخترع، فيقوم بتحضير الخلايا من الأشخاص الذين يرد استنساخهم، بعد الحصول على بويضة المرأة بعد تبرعها أو دون علمها، ليقوم بتحضير الجنين في أنبوب الاختبار، ليتم الزرع في رحم تلك المرأة أو رحم امرأة أخرى متبرعة.

ومن زاوية أخرى، فقد تكون التجارب فرعا تابعا لعقد آخر ذو محل وسبب مشروعين، فحينئذ لا يمكن أن نلمس أي مساس بالنظام العام، ودون أن يتحقق معه عدم إهدار مبدأ عدم قابلية الجسم الإنساني للتصرف<sup>2</sup>، من هذا المنطلق، فهل يعد الاستنساخ تابعا لعقد الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي؟ ما يضيف عليه صفة المشروعية؟ والحقيقة أنه إذا كانت مشكلة انعقاد عقد التجارب تكمن في توافر الموافقة المستنيرة ورضاء الخاضع للتجربة، فإن الاستنساخ بما ينطوي عليه من تعدد أطرافه، وامتداد نتائجه إلى الجنين المستنسخ، وما يتطلبه من ضمانات لحفظ حقوقه، بل يستزاد على ذلك تعارض عملية الاستنساخ وحقوق احترام الكائن الإنساني وحماية سلامته البدنية وداخليته، كل ذلك يحتم القول بعدم إمكانية إدراجه ضمن خانة الأعمال الطبية الهادفة إلى تحقيق معرفة علمية أو تلك المباحة منها المتضمنة المساعدة على الإنجاب.

<sup>1</sup>-مُجَّد واصل، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup>-مُجَّد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.139.

وعليه فإسقاط كل الشروط القانونية الخاصة بالتجارب العلمية على عملية الاستنساخ، يعمق من الحكم عليه بمغايرته التامة لأعراف مهنة الطب، وبالتالي القول بعدم جوازه قانونا. وعملا بقاعدة الموازنة بين الإيجابيات والسلبيات عموما في مجال التقدم العلمي حسب كل حالة، والأمر ذاته بصفة خاصة في مجال وسائل الإنجاب الاصطناعي، يجعل من المحتتم أن يظل الدافع هو الوقاية والعلاج، فالوسائل محل البحث رغم أهميتها، إلا أن لها محاذيرها، فقد تؤدي إلى مشاكل أسرية، كالنسب وعلاقة الطفل المستنسخ ووالديه، وإساءة الاستخدام والإنجاز غير المشروعين<sup>1</sup>.

### ج- المنع القانوني الصريح لعملية الاستنساخ

تخطى المشروع ما أغفله قبل سنة 2018، حول موضوع الاستنساخ، إلا أنه بصدور قانون الصحة رقم 11-18 صرح بحظر الاستنساخ بموجب المادة 375 بنصها على أنه: "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس"، فبهذا النص أغلق المشروع باب التساؤلات حول مدى مشروعية الاستنساخ التي طرحت على الساحة القانونية.

هذا وإن صيغة المنع في المادة 375 جاءت بصفة العموم، شاملة لكل الأجسام الحية، سواء كانت خلايا جسدية أو تناسلية، فيكون الاستنساخ الواقع على الكائن البشري ممنوعا قانونا بكل أنواعه التي وقف عليها التقدم العلمي الطبي. ولم يكتف بذلك بل رتب جزاءات على مخالفة أحكام تلك بموجب المادة 436 من نفس القانون، وكيف فعل الطبيب الهادف إلى استنساخ الكائن البشري على أنه جناية تقدر عقوبتها بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000.00 دج إلى 2.000.000.00 دج، وعليه فإن الاستنساخ في نظر المشروع عمل يخرج عن نطاق الأعمال الطبية المساعدة على الإنجاب، ولا أعمال البحث العلمي، بل هو اعتداء على الإنسان من أول بدايته.

وما يلاحظ على المادة 375، هو عدم تعريفها لعملية الاستنساخ، ومشتملاته البيولوجية، فكان من الأجدر تحديد كل التدخلات الطبية التي تهدف إلى إعادة إنتاج غير قائمة على فكرة الاندماج بين نطفة الزوج

<sup>1</sup>-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان...، المرجع السابق، ص.64.

وبويضة زوجته، أو تناولت الخلايا الصبغية المحتوية على تكامل من الكروموسومات، قد تم تحصيلها أو نقلها من جسم إنسان حي أو ميت، وبغض النظر عن مرحلة النمو التي كان عليها الكيان المادي المستأصل منه الخلية<sup>1</sup>.

أما من حيث صور السلوك التي تتطلبها عمليات الاستنساخ، فنرى أن ما تضمنته المادتين 375 و435 كان قاصرا، من زاوية عدم التطرف لكافة الأعمال التي قد تتسع لهذه العملية، سواء تم إجراؤها أو تمت محاولة إجرائها، و الأعمال التحضيرية أو الفنية، وذلك لإضفاء الحماية اللازمة لمواجهة أخطر الممارسات الطبية، التي يصعب فيها إثبات نوايا القائمين عليها، لاسيما أنها تتداخل وعمليات التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب، والمسموح به قانونا.

غير أن الأمر قد يحسب للمشرع بإقراره منع الاستنساخ على سبيل العموم، ليفسر بالحظر الكلي لكافة ما يتعلق بهذه التقنية، من حيث الإجراء الفعلي أو المحاولة أو الاشتراك في ذلك من طرف الأطباء، وسواء كان القائم شخصا طبيعيا أو معنوياً.

### ثالثا: في ظل أحكام قانون الأسرة

إن قانون الأسرة بمجملة أحكامه يتعارض وفكرة الاستنساخ، إلى جانب وجود نص المادة 45 مكرر، التي تضمنت شروط التلقيح الاصطناعي، إلا أنها حملت في طياتها تلميحا لعدم جواز أحد أنواع الاستنساخ، فقد اشترطت لإجراء التلقيح الاصطناعي، أن يتم بمبي الزوج وبويضة الزوجة، ما يفهم معه أم إجراء أي تلقيح بغير ماء الزوجين يكون غير مشروع، مثلما هو واقع في الاستنساخ الجسدي الذي يستعان فيه بالخلايا الجسدية. من جهة أخرى، فيمكن إعمال باقي الأحكام والنصوص التي تهدف إلى حماية الأسرة ونظام البنوة والأبوة، والتي تحكمها جملة من المبادئ، إذ لو سمح لإجراء الاستنساخ لانهارت، ولوقع الاضطراب داخل الأسرة والمجتمع منها:

- خرق مبدأ الزوجية، الذي تتجلى قيمته في أنه وسيلة الإنجاب وتكثير النسل، واستمرار الحياة، وسكن نفسي لكلا الجنسين، فحظر الاستنساخ لابد أن يحظى بنوع من الاحترام، إذ مصلحة الأسرة والمجتمع تكمن في عدم تمكين الطبيب البيولوجي من حق البحث عن نتائج علمية سلبية من حيث الآثار التي ترتبها، فمثل هذا العلم

<sup>1</sup>- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.370.

يضر بالباحث ذاته، ويضر به غيره<sup>1</sup>، وهذا المبدأ تطرقت إليه المادة 04 من نفس القانون التي جعلت من الزواج أساسا للإنجاب، وتكوين أسرة، يتم بين رجل وامرأة، وكل ما سواه يعد خرقا لأحكامها.

-خرق نظام الأبوة والبنوة المكرس، إذ بوجوده يحدث اختلاط الأنساب الذي تحكمه المادة 40، وطبيعة العلاقة بين الطفل المستنسخ ومن أخذت منه الخلايا البشرية، وعدم تحديد المركز القانوني للطفل، وهدم القواعد الشرعية المحدد للمحرمات من النساء، وجميع الحقوق المترتبة على العلاقة الزوجية المعلومة بالشرع في حق الزوجين وذريتهما<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية...، المرجع السابق، ص.42.

<sup>2</sup>-تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية...، المرجع نفسه، ص.43.

## خاتمة:

ما يمكن أن يحتتم به هو التأكيد على أن الإنجاب له أهمية كبرى من زاويتين؛ أما الأولى، فهو يحقق وظيفة الاستخلاف على الأرض، وعبادة الله عز وجل وحده، وأما الثانية، فتكمن في حفظ النوع البشري. وكلا المسألتين نلمسهما في اعتبار الإنجاب من مقاصد الشريعة الإسلامية، التي بأحكامها وقواعدها الصالحة لكل زمان ومكان، تدعم المحافظة عليه، حماية لحياة الفرد والأمة على حد سواء. وجدير بالتنويه إلى أن الإنجاب أو النسل تحتك به مقاصد أخرى، إما أن تكون مستقلة عنه، كمقصد حفظ النفس، أو تكون ملامسة له، كمقصد النسب والعرض، كونهما أوجدا خلافا في طبيعة الصلة بينهما وبين مقصد النسل، في أيهما أحق بالاعتبار والشمولية.

وتبعاً لما وقفنا عليه عموماً، فإنه يمكن أن يقترح ما يلي:

- ضرورة تنصيب المشرع صراحة على حظر عمليتي التغيير الجنسي والتعقيم الجراحي، وضبطهما بشكل يسمح بالتجاوب مع كل حالة على حدة، وهذا لعدم كفاية عمومية النصوص الحالية التي تجرم كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى فقد القدرة على الإنجاب والتناسل.

- تعديل المادة 07 ق.أ بشأن أهلية الزواج، فعلى الأقل عدم المساواة فيها بين الجنسين، نظراً للتمايز الذي تفرضه خصوصية المرأة، والتي تجعل منها قادرة على الإنجاب في سن مبكرة، أي بمجرد بلوغها. أما ما يتعلق بالمادة 08 ق.أ المتعلقة بتعدد الزوجات، فيطلب من المشرع فك الحصار المفروض عليه من الجانبين القانوني والقضائي، بإلغاء المبرر الشرعي المفروض قانوناً الذي وصل بنظام التعدد إلى حد التقييد، إن لم نقل المنع غير المباشر، بسبب وجود ما يبرر التعدد كالتكفل بالأيتام، والمطلقات، والتخفيف من نسبة العنوسة في المجتمع، وكل ذلك يؤدي إلى زيادة الإنجاب، أما الترخيص القضائي فهو قابع تحت وطأة حكم القاضي الذي لا رجعة فيه. وكل ذلك يجعل من الزواج العربي المنفذ الوحيد لتخطي مثل هذه العقبات القانونية، إذ المعلوم أن آثار هذا الزواج تفاقمت في ظل نقص، إن لم نقل انعدام الوازع الديني لدى فئة واسعة من الأفراد.

- تبيان موقفه من جراحة ختان الإناث، لاسيما في ظل وجود تضارب في آراء الفقه الإسلامي حول مشروعيتها، وهو ما لا يؤمن معه في الأخذ بالرأي القائل بجوازها.

- استدراك النقص التشريعي بالنسبة للمسائل التنظيمية لما أورده من نصوص قانونية للفحص الطبي، كتحديد الفحوصات أو التحاليل الواجب إجراؤها، لاسيما تلك المتعلقة بالأمراض الخطيرة على الزوجين ونسلهما، مع

إقرار الجزاءات المناسبة في حالة الإخلال بإجراء الفحص الطبي، بالنسبة للمقبلين على الزواج أو الطبيب القائم بالفحص، أو محرر العقد المدني، دون إبقاء ذلك تحت نطاق القواعد العامة.

-من الأحوط حصر الحالات التي تستدعي إنهاء الحمل لغرض علاجي تفاديا للتوسع في مفهومه وأسبابه الداعية إليه، حفاظا على استمرارية الإنجاب، وعدم إيجاد بدائل لقطعه أو تحديده، وكذا اتخاذ مثل تلك الأسباب للتخلص من الأجنة الناتجة عن العلاقات غير الشرعية، مع الأخذ بالحسبان التفريق بين تلك الناتجة عن علاقات تمت برضا الطرفين، وتلك الناتجة عن حالات الاعتصاب.

-من الأجدر استبدال مصطلح "ممارسين معتمدين" ضمن نص المادة 372 من قانون الصحة بمصطلح "أطباء مختصين"، لإعطاء مصداقية وثقة أكبر، وإبراز المكانة الحقيقية لهذه الممارسات الطبية.

-ينبغي تخصيص مدة الزواج كشرط للحصول على المساعدة الطبية على الإنجاب.

-تحديد نطاق المساعدة الطبية من حيث عدد مرات اللجوء إليها، فهل يمكن الاكتفاء بطفل واحد؟، أم أنه يمكن اللجوء إليها ما دامت القيود الواجب توافرها في الزوجين قائمة؟

-تدارك النقص التشريعي من الناحية الجزائرية، بضبط حدود المسؤولية الجزائرية عن كل الأفعال المتصور ارتكابها بموجب تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب والماسة بالأسرة، حالة اختلاط ونقل الأمشاج من الغير، ومدى إعطائها تكييفها القانوني المناسب، وتوقيع العقاب المناسب على كل فاعل وشريك.

-تبيان حكم حالة عدم حصول موافقة أحد الزوجين على إجراء المساعدة الطبية، وبالتالي أثرها على العلاقة الزوجية، ومنه، فإنه في هذه الحالة، يمكن إعمال أحكام الشريعة الإسلامية التي تخول للزوج فك الرابطة الزوجية بفسخ النكاح، أو برخصة الطلاق لوجود المبرر الشرعي، وعملا بالمادة 48 ق.أ، وإن كان القضاء الجزائري لا يعتد بذلك. وأما الزوجة، حالة رفض زوجها العقيم العلاج، فلها فسخ النكاح، لقيام الضرورة، والحاجة إلى الأولاد، والشعور بالأُمومة حسب الفقه الإسلامي، وقاعدة عدم حصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين. يضاف إلى ذلك أن الزوج بإمكانه تحقيق النسل بالزواج بامرأة أخرى على عكس الزوجة، وهذا ما أقره القضاء بالقول بأن حرمان الزوجة من الأولاد يعتبر ضررا يستوجب إزالته تطبيقا لأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.

-ضرورة التطرق لحالة الشخص المتوفى دماغيا، وإن كان يشترط إجراء العملية أثناء حياة الزوجين في المادة 45 مكرر ق.أ، المؤكد عليها بعبارة "على قيد الحياة" في المادة 371 من ق.ص.، المنظمة للمساعدة الطبية على الإنجاب.

-عدم سداد استعمال مصطلح الأم البديلة في المادة 45 مكرر ق.أ، والمادة 373 ق.ص، حيث نرى بصواب استعمال مصطلح الإنجاب بالرحم الأجنبي، لما في ذلك من تعدي على قدسية الأمومة، فهو فعل يشكل جريمة تستوجب العقاب لا المدح، ولو كانت أما، ما لحقها التجريم والعقاب.

-وضع مدونة خاصة تتضمن الإطار القانوني للكيفية التي يتم بها إتلاف البويضات الملقحة، تجنباً للاستغلال غير المشروع لها، نظراً لعدم كفاية مادة قانونية واحدة حول مصيرها، بالرغم من خطورة المسألة، دون إحالة وضع الإطار القانوني اللازم لها لنصوص التنظيم.

-ضرورة تبيان المشرع لموقفه بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، بالنص على عدم جواز زراعة الأعضاء التناسلية، لتوفير الجهد في التنسيق بين النصوص والآراء الفقهية للوصول إلى الحلول التي قد تعترض أهل الاختصاص.

-يقترح برفع الإغفال حول بعض الصور التي تشكل مساساً بالخصوصية الجينية، كتوافر الرضا المسبق للخاضع للتحليل البيولوجية، مع عدم إمكانية تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الصحة التي تستلزم توافر صفة المريض في الشخص، أو حتى تلك المنصوص عليها ضمن أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب من نفس القانون.

-يقترح وضع مدونة خاصة بانتقاء جنس الجنين، يتم التفصيل من خلالها كل ما يمكن تصوره من أفعال، تستدعيها مبررات كعملية التشخيص المبكر للأمراض الوراثية، نظراً لعدم كفاية مادة واحدة، مقارنة بمجموع مثل هذه التقنية.

-يقترح وضع نظام قانوني للاستنساخ، لتبيان أنواعه، ونطاقه، مع ترتيب جزاءات حول كل الأعمال التي قد تتسع لها هذه العملية، سواء تم إجراؤها، أو تمت محاولة إجرائها، والأعمال التحضيرية أو الفنية.

وفي الأخير نسأل الله سبحانه وتعالى، أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، وأن ينفع به، فما أخطأنا فيه، فنرجو منه العفو، وما أصبنا فيه، فنرجو الثواب، وأسأله أن ينفعنا بما علمنا، وأن يزيدنا علماً يقربنا منه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: المراجع العامة.

- 1- إبراهيم بن مُجَدِّد بن إبراهيم الحلبي، مَجْمَع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 2- ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 3- ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية للإمام النووي، مكتبة الفيصلية، مكة، د.س.ن.
- 4- أبو الوليد مُجَدِّد بن أحمد بن مُجَدِّد بن أحمد بن رشد القرطبي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح. عبد الله العيادي، ط01، دار السلام، القاهرة، 1995.
- 5- أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح.بشار عواد معروف وعصام فارس الحرساني، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.
- 6- أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيت الأفكار الدولية، الرياض. د.س.ن.
- 7- أبو عبد الرحمن الجريسي، فضل تعدد الزوجات، ط01، دار المنار بالخرج، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1411هـ-1991م.
- 8- أبو مُجَدِّد أشرف بن عبد المقصود، فتاوى المرأة المسلمة لمجموعة من العلماء، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2001.
- 9- أبو مُجَدِّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، الرياض، المملكة العربية السعودية د.س.ن.
- 10- أبي إسحاق بن موسى بن مُجَدِّد اللخمي الشاطبي، الموافقات، ، تصنيف، بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتخرّيج، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 11- أبي الحسن أحمد بن مُجَدِّد البغدادي المعروف بالقدوري، مختصر القدوري، ط01، مؤسسة الريان، بيروت، 2005.
- 12- أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، شرح سنن ابن ماجة القزويني، دار الجيل، بيروت، د.س.ن.
- 13- أبي الحسن علي بن الحسين مُجَدِّد السعدي، التتف في الفتاوى، تح.صلاح الدين الناهي، ط2، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، الأردن، بيروت، 1984.

- 14- أبي الحسن علي بن مُجَدِّد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح. علي مُجَدِّد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م.
- 15- أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط01، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.
- 16- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، البداية والنهاية، ط08، مكتبة المعارف، بيروت، 1410هـ-1990م.
- 17- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط01، دار ابن حزم، بيروت، د.س.ن.
- 18- أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن مُجَدِّد المعروف بابن الجوزي، كتاب أحكام النساء، ط01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1997.
- 19- أبي القاسم الحسين بن مُجَدِّد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تح. نزار مصطفى الباز، د.ط، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، د.س.ن.
- 20- أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعائي، المصنف، تح، حبيب الرحمن الأعظمي، ط02، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983.
- 21- أبي بكر مُجَدِّد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تع. مُجَدِّد عبد القادر عطا، القسم الأول، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 22- أبي حامد مُجَدِّد بن مُجَدِّد الغزالي، إحياء علوم الدين ومعه حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2005.
- 23- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إ.ش.، زهير الشاويس، ط03، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص.148.
- 24- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط02، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
- 25- أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، تعليق العلامة المحدث مُجَدِّد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 26- أبي عبد الله بدر الدين مُجَدِّد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، المنثور في القواعد فقه شافعي، تح. مُجَدِّد حسن مُجَدِّد حسن إسماعيل، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 27- أبي عبد الله مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح. طه عبد الرؤوف سعد، طبعة أخرى، دار الجيل، بيروت، 1973.

- 28- أبي عبد الله مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي أو الداء والدواء، تح. عمرو عبد المنعم سليم، ط01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1996.
- 29- أبي عبد الله مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، الداء والدواء، إ.ش. بكر بن عبد الله بوزيد، ط01، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1429هـ.
- 30- أبي عبد الله مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط03، تح. شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
- 31- أبي عبد الله مُجَدِّد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تح. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
- 32- أبي عبد الله مُجَدِّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط01، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 1423هـ-2006م.
- 33- أبي عبد الله مُجَدِّد بن خلفه الوشتاني الأبي المالكي، إكمال إكمال المعلم لشرح صحيح مسلم، وشرحه المسمى مكمل إكمال الإكمال، لمحمد بن يوسف السنوسي، د.ط، ج02، دار الكتب العلمية، بيروت، 1328هـ.
- 34- أبي عبد الله مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن أحمد المقرئ، القواعد، تح. أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية، 2015.
- 35- أبي عبد الله مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 36- أبي عبد المعز مُجَدِّد علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية ومعه فتاوى الخطبة والعقد، ط10، دار العواصم للنشر والتوزيع، الجزائر، 1436هـ-2010.
- 37- أبي مُجَدِّد الحسين بن مسعود بن مُجَدِّد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح. عادل أحمد عبد الموجود وعلي مُجَدِّد عوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 38- أبي مُجَدِّد عبد الحق بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار ابن حزم، مكة، د.س.ن.
- 39- أبي مُجَدِّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، كتاب الجامع في السنن والآداب والمعازي والتاريخ، تح. محم أبوالأجفان وعثمان بطيح، ط02، مؤسسة الرسالة، بيروت؛ المكتبة العتيقة، تونس، 1983.
- 40- أبي مُجَدِّد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تع. طه عبد الرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1994م.

- 41- أبي نصر مُجَدِّد بن عبد الله الإمام، قطف الأزهار المتناثرة من فتاوى المرأة المسلمة لعلماء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط01، دار المحسن، مصر، 2008.
- 42- أحمد الرسيوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، تق. طه جابر العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، واشنطن، 1995.
- 43- أحمد بن الشيخ مُجَدِّد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم مُجَدِّد مصطفى الزرقا (ابن المؤلف)، ط02، دار القلم، دمشق، 1989 .
- 44- أحمد بن حنبل، المسند، تح. مُجَدِّد عبد القادر عطا، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- 45- أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط05، دار المؤيد، جدة، 1424هـ-2003.
- 46- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري، ترقيم واستقصاء، مُجَدِّد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، القاهرة، د.س.ن.
- 47- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ضبطه، مُجَدِّد عبد الوارث مُجَدِّد علي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 48- أحمد بن مُجَدِّد البرنسي الفاسي المعروف بزروق، شرح على متن الرسالة لأبي مُجَدِّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني مع شرح قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي الغروي، دار الفكر، 1402هـ-1982م.
- 49- إكمال الدين مُجَدِّد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ.
- 50- الإقناع لطالب الإنتفاع، ط.خ، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002.
- 51- الإمام ابن أبي الدنيا، من عاش بعد الموت، تع. أبو زيدان الحنفي مُجَدِّد عبد الله عبد الرحمن، دار الأثر، مصر، 2020.
- 52- الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى، ت. أحمد مُجَدِّد شاكر، د.ط، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1349هـ.
- 53- الإمام الحافظ ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ويليه نقد مراتب الإجماع، للإمام الحافظ ابن تيمية، بعناية حسن أحمد إسبر، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 1998.
- 54- الإمام مُجَدِّد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.
- 55- الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ط05، الرئاسة العامة للبحوث العلمية للإفتاء، الرياض، 1424هـ-2013.
- 56- الحافظ ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 2002.

- 57- السيد الشريف علي بن مُجَدِّد الجرجاني، شرح السراجية، د.ط، مكتبة ومطبعة مُجَدِّد علي صبيح وأولاده، ميدان الأزهر، مصر، د.س.ن.
- 58- الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله ابن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، تح. السيد سابق، ط01، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، 1426هـ-2005.
- 59- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيريّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 60- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط01، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 61- الفتاوى الإسلامية لمجموعة من أعلام المفتين، ط02، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، 1997.
- 62- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل بالمجلس الأعلى العالمي للدعوة والإغاثة، ميثاق الأسرة في الإسلام، ط01، الخيرة، مصر، 2008.
- 63- الهيئة العامة للشؤون الزراعية والثروة السمكية والإرشاد الزراعي، قسم وقاية النبات والحجر الزراعي، النحل، د.ط، مطبعة حكومة الكويت، 1986.
- 64- الإمام مُجَدِّد بن علي بن مُجَدِّد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تق. رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- 65- بدر الدين بن مُجَدِّد بن بهاور بن عبد الله الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير، عبد الستار أبو غرة، ط02، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، الكويت، 1992.
- 66- بدر بن سليمان الربيش، حقوق ولاية الأمور، بحث مقدم في مرحلة الدكتوراه، جامعة مُجَدِّد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1430هـ-1431هـ.
- 67- بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبير، تح. مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الجيزة، مصر، 2011.
- 68- بكر بن عبد الله أبو زيد، معجم المناهي اللفظية ويليه فوائد في الألفاظ، ط03، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1996.
- 69- بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 70- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط01، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2012.

- 71- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج، ط07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 72- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين 1966-2010، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 73- بلقاسم بن ذاكِر الزبيدي، الاجتهاد في مناهج الحكم الشرعي-دراسة تأصيلية تطبيقية، ط01، مركز تكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية، 2014.
- 74- بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ط03، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.
- 75- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ط01، مركز نجيبويه، مصر، 2008.
- 76- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.
- 77- جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، ط02، اليمامة، دمشق، 2000.
- الحافظ بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط01، مؤسسة، 1416هـ-1995م.
- 78- خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، ط01، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1999.
- 79- راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1431هـ-2010م.
- 80- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 81- سليمان مُجَّد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، تحفة الحبيب علي شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع مُجَّد بن أحمد الشرجيني القاهري الشافعي المعروف بالخطيب الشرجيني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.
- 82- شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الإنتفاع، ط.خ، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002.
- 83- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 84- شمس الدين مُجَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الشافعي، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

- 85- شمس الدين مُجَّد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 86- شمس الدين مُجَّد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تح، مكتب الدراسات والتوثيق، ط01، دار الفكر، بيروت، 2004.
- 87- شمس الدين مُجَّد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، اعتنى به مُجَّد خليل عيتاني، ط01، دار المعرفة، لبنان، 1418هـ-1997م.
- 88- شمس الدين محمود عبد الرحمن الأصفهاني، شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول، تح. عبد الكريم بن علي بن مُجَّد النملة، ط01، مكتبة الرشد، الرياض، 1999.
- 89- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ط01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 90- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ط.خ، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الإشراف على الطباعة دار النوادر الكويتية، الكويت، 1421هـ-2010.
- 91- شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب، عبد الرحمن بن مُجَّد بن قاسم وساعده ابنه مُجَّد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004.
- 92- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، درء تعارض النقل والعقل، تح. مُجَّد رشاد سالم، ط02، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1411هـ-1991.
- 93- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، كتاب الصفدية، تح. مُجَّد رشاد سالم، ط02، د.د.ن، 1406هـ.
- 94- شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموعة الفتاوى، ط03، ج34، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، 2005.
- 95- صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط01، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ.
- 96- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ط01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 1423.
- 97- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، ط01، مكتبة أضواء السلف، الرياض، 1999.
- 98- صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، ط01، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية 2003.
- 99- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

- 100- عبد الرحمن بن ناصر السعدي، هذه رسالة في القواعد الفقهية، ويليهها منظومة مشتملة على أحكام الفقه للمؤلف، ويليهها تعليق لطيف على منظومة في السير إلى الله والدار الآخرة للمؤلف أيضا، د.ط، مطابع النحوي، القاهرة، 1981.
- 101- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع محمد بن سعد الشويعر، ط01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2004.
- 102- عبد الفتاح أبو غدة، العلماء العزاب الذين آثروا العلم على الزواج، ط01، مكتب المطبوعات الإسلامية، بيروت، حلب، 1982.
- 103- عبد القادر بن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تق. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط02، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.
- 104- عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، الفتاوى الشرعية في المسائل الطبية، إ.ع، إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الرحمن الشترى، د.د.ن، د.س.ن.
- 105- عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية، تح. شعيب الأرنؤوط وعم القيام، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999م.
- 106- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة-آفاق وأبعاد، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم 02، البنك الإسلامي للتنمية-المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 1423هـ.
- 107- عضد الملة والدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب المالكي، ضبطه فادي نصيف وطارق يحي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 108- عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، ط03، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006.
- 109- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبعجل أحمد بن حنبل، تح، محمد حامد الفيقي، ط01، د.د.ن، 1956.
- 110- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح. علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 111- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط05، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993.
- 112- علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، مفهوما، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، مهمتها، تطبيقاتها، ط03، دار العلم، دمشق، بيروت، 1994.
- 113- علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الإجماع في شرح المنهاج شرح على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، ط01، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2004.

- 114- علي سيد حسن، المدخل إلى علم القانون نظرية الحق، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1989.
- 115- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط01، دار النفائس، الأردن، 1997.
- 116- عيسى منون، نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول، ط01، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، د.س.ن.
- 117- فتاوى عبد الحلیم محمود، ط05، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
- 118- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1315هـ.
- 119- فضل إلهي، التدابير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 120- فهد بن ناصر بن إبراهيم السلیمان، مجموع فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن صالح العثيمين، ط01، دار الثريا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ-2003م.
- 121- كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي، التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1351هـ.
- 122- لموقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تح. أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، 2003.
- 123- لموقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تح. عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن.
- 124- لموقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تح. محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 125- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط01، تق. علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ.
- 126- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 127- محمد الأمير، الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، د.س.ن.
- 128- محمد الرازي فخر الدين، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط01، دار الفكر، بيروت، 1981.

- 129- مُجَدِّ الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
- 130- مُجَدِّ الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تق. حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011.
- 131- مُجَدِّ المدعو بعبد الرؤف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط02، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1972.
- 132- مُجَدِّ بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح. ماجد الحموي، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2013.
- 133- مُجَدِّ بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، تح. مُجَدِّ الزحيلي ونزید حماد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 134- مُجَدِّ بن إدريس الشافعي، الأم، تح. رفعت فوزي عبد المطلب، ط01، دار الوفاء، المنصورة، 2001.
- 135- مُجَدِّ بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تح. حازم علي بهجت القاضي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1415هـ-1995م.
- 136- مُجَدِّ بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، تح. عمر بن سليمان الحفيان، ط01، دار ابن الجوزي، السعودية، 2002م.
- 137- مُجَدِّ بن علي بن مُجَدِّ الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط01، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، 1327هـ.
- 138- مُجَدِّ سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط01، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1998.
- 139- مُجَدِّ عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، تح. مُجَدِّ عليش، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.
- 140- مُجَدِّ عمارة، في التحرير الإسلامي للمرأة، ط01، شركة نهضة مصر، 2003.
- 141- مُجَدِّ مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، الدار الجامعية، بيروت، د.س.ن.
- 142- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط01، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979.
- 143- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، المسائل العلمية والفتاوى الشرعية في المدينة والإمارات، جمعها عمرو عبد المنعم سليم، ط01، دار الكتب المصرية، 2006.

- 144- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن.
- 145- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 146- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ط01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 147- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، ط01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1998.
- 148- مُجَدِّ ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، 1420هـ-2000م.
- 149- محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، ط18، دار الشروق، القاهرة، 2004.
- 150- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 151- مرعي بن عبد الله بن مرعي، أحكام المجاهد بالنفس في سبيل الله عز وجل في الفقه الإسلامي، ط01، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبوية، دار العلوم والحكم، دمشق، 2003.
- 152- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط07، دار الوراق، بيروت، 1420هـ-1999م.
- 153- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تح، إبراهيم أحمد عبد الحميد، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.
- 154- موفق الدين أبي مُجَدِّ عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تق. شعبان مُجَدِّ إسماعيل، ط01، مؤسسة الريان، بيروت، 1998.
- 155- مية الرحبي، الإسلام والمرأة قراءة نسوية في أسس قانون الأحوال الشخصية، ط01، الرحبة للنشر والتوزيع، دمشق، 2014.
- 156- نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، شرح مختصر الروضة، ط02، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1998.
- 157- ولي الدين عبد الرحمن بن مُجَدِّ ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تح. عبد الله مُجَدِّ الدرويش، ط01، دار البلخي، دمشق، 2004.

- 158- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ط02، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 159- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
- 160- يوسف أحمد محمد البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.س.ن.
- 161- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تح. مصطفى بن احمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1967.
- ثانياً: المراجع المتخصصة.
- I- الكتب:
- 1- إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، ط01، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، بريطانيا، 1423هـ-2006.
- 2- أبو الأعلى المودودي، حركة تحديد النسل، ط01، د.د.ن، 1385هـ-1965م.
- 3- أحمد حسام طه أحمد، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- 4- أحمد حسني أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن نقل عدوى الإيدز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 5- أحمد راضي أحمد أبو عرب، الهندسة الوراثية بين الخوف والرجاء، د.ط، دار رجب، دار الفوائد، القاهرة، 2010.
- 6- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط02، د.د.ن، 1987.
- 7- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 8- إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية شعبة السكان، السكان والحقوق الإنجابية والصحة الإنجابية مع التركيز على وجه الخصوص على فيروس نقص المناعة البشرية متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز)، التقرير الموجز، الأمم المتحدة، نيويورك، 2002.
- 9- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط01، دار النفائس الأردن، 2000.

- 10- إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 11- الإتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، الوصول إلى الإجهاض السليم أداة لتقييم العقوبات القانونية وغيرها من العقوبات، لندن، 2008.
- 12- الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، الفقه الطبي، الإصدار 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431هـ-2010م.
- 13- السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- 14- الشهابي إبراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 15- الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز إشبيلية، الرياض، 1428هـ.
- 16- العكروفي علي، الخصائص الإجتماعية والديمغرافية وعلاقتها بحقوق الإنجاب عند المرأة، ط01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- 17- إلهام أحمد سندي، الكتاب الإرشادي للقبالات، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1440هـ.
- 18- البيوت فيليب، العقم أسبابه وطرق علاجه، ترجمة الفاضل العبيد عمر، ط02، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1986.
- 19- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية المدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، د.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
- 20- أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 21- أنوار حافظ، سيكولوجية الأمومة والطفولة (المشكلات-طرق العلاج)، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2014.
- 22- آني سوفي كوتين، تر.سوزان حموي، أشرف سعد، رولين بان، الرعاية التوليدية الأساسية ورعاية حديثي الولادة، منظمة أطباء بلا حدود، باريس، 2017.
- 23- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 24- بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

- 25- بلخير سديد، الأسرة وحماتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 26- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 27- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 28- جاد الحق علي جاد الحق، أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية عن الأمراض النسائية، د.ط، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، مطبعة المدينة، القاهرة، د.س.ن.
- 29- جمال أبو السرور؛ أحمد رجاء عبد الحميد رجب، ختان الإناث بين المغلوط علميا والملتبس فقهيًا، ط02، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، القاهرة؛ أو منظمة الأمم المتحدة للطفولة (يونيسف)، مكتب جمهورية مصر العربية، القاهرة، 2013.
- 30- جمال عبد الله باصهي، ماجدين عبد الله المنيف، بين مُجدِّ صبحي اليوسن، التدخين يحدش جمال وأنوثة المرأة، برنامج مكافحة التدخين، وزارة الصحة السعودية، ط01، 1430هـ-2010.
- 31- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، ط01، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.
- 32- حسام الأحمد، البصمة الوراثية- حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 33- خالد جبر، العقم وتأخر الإنجاب المشكلة والحل، بيت الضياء للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 34- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 35- دانييل كيفلس وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، تر.أحمد مستجير، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1997.
- 36- دائرة التكنولوجيا الحيوية، إدارة موارد الغذاء، معهد الكويت للأبحاث العلمية، التكنولوجيا الحيوية، د.ط، 1996، د.س.ن.
- 37- ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم- دراسة مقارنة مدعمة بالإجتهد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 38- راشد سعد العليمي، الولادة والمولود سؤال وجواب، ط02، د.د.ن، 2011.
- 39- رايس مُجدِّ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

- 40-رسيمة عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الإنجاب دراسة فقهية مقارنة بالقانون، طبعة 01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
- 41-رشيد كهوس، القوامة في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية، ط01، جمعية المحافظة على القرآن الكريم، عمان، الأردن، 2007.
- 42-رشيدة سبتي، ظاهرة العقم دراسة نفسية اجتماعية، ط01، دار التنوير، الجزائر، 2012.
- 43-رولف شميد، دليل التقانة الحيوية والهندسة الوراثية، تر.نجم الدين جميل الشيرابي، مُجَّد سامر الرفاعي، أنطونيوس الداود، سلسلة كتب التقنيات الإستراتيجية والمتقدمة، د.ط، المنظمة العربية للترجمة، مدينة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 44-رويستون إم روبرتس، السرندبية اكتشافات علمية وليدة الصدفة، ترجمة مصطفى مُجَّد فؤاد، مؤسسة هنداوي سي أي سي، المملكة المتحدة، 2017.
- 45-زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تق.عبد العزيز الخياط، ط01، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996.
- 46-زينب عبد السلام أبو الفضل، قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، ط01، مكتبة الإيمان، جامعة الأزهر، مصر، 2001.
- 47-ساجدة طه محمود، تحديد جنس الجنين من الناحية الطبية والشريعة، بحث مقدم قسم علوم القرآن، كلية التربية للبنات، جامعة بغداد، 2011.
- 48-سرور طالي المل، حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية لعام 2000، ط01، سلسلة المنشورات العلمية لمركز جيل للبحث العلمي، لبنان، طرابلس، 2014.
- 49-سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية-دراسة فقهية مقارنة، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010، ص.33.
- 50-سعد جميل سليم الرئيس، النسل حفظه وتنظيمه دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، غزة، 2012.
- 51-سعدى إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيب I.V.F-تجميد الأحياء التناسلية وحفظها-عمليات الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 52-سعيد مُجَّد الحفار، البيولوجيا ومصير الإنسان، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1984.
- 53-سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، ط01، أزمنة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

- 54- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية-دراسة مقارنة، ط01، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2014.
- 55- صالح حسين أبوزيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي-السرطان، الإيدز، التهاب الكبد الوبائي-، ط01، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 56- طارق عبد المنعم محمد خلف، تقد. محمد سليمان الأشقر، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط01، دار النفائس، الأردن، د.س.ن.
- 57- طلعت الشهاوي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل مرض الإيدز، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 58- عبد الحليم محمد منصور علي، الجنس بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المسموح والممنوع في فراش الزوجية-دراسة فقهية مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.
- 59- عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، ط02، مديرية المكتبات الوطنية، الأردن، 2006.
- 60- عبد الحميد القضاة، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف، ط01، دائرة المكتبة الوطنية للمطبوعات والنشر، الأردن، 2003.
- 61- عبد الرحمن الزيايدي، الكبد الدليل المتكامل للكبد الأمراض التشخيص العلاج، ط02، دار الشروق، القاهرة، 2009.
- 62- عبد الرحيم عبد الله، كل ما تحتاج معرفته عن الأمراض المنقولة جنسيا، ط01، دار الشروق، القاهرة، 2009.
- 63- عبد العزيز بن محمد بن عبد الله السليمان؛ أثر القرابة على العقوبة في الشريعة والقانون (دراسة تطبيقية)، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية؛ قسم العدالة الجنائية، 2005.
- 64- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط02، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 65- عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي بحث فقهي مقارن، ط01، مكتبة ألكسندرية، مصر، 1993.
- 66- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س.ن.
- 67- علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 68- علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة-دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط02، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006.

- 69- عمر بن مُجَّد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ط01، دار الفضيلة، الرياض، 2002.
- 70- عمر بن مُجَّد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، ط01، دار الأندلس الخضراء، المملكة العربية السعودية، 2001.
- 71- فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي-مرض العصر، إ.ع. مُجَّد رفعت، ط01، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1987.
- 72- فرج مُجَّد مُجَّد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 73- فريحة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري- جرائم الأشخاص والأموال، د.م.ج، الجزائر، 2006.
- 74- فريدة بنت صادق زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، ط01، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2006.
- 75- قيس بن مُجَّد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ط03، دار الفرابي للمعارف، دمشق، 2006.
- 76- مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية-دراسة موضوعية لآثار وسلبيات الزواج المثلي-، طبعة01، مؤسسة البلاغ، بيروت، 2010.
- 77- مُجَّد أحمد المسير، محاولة محو ختان الإناث اعتداء على الدين وخروج على الشرع، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.
- 78- مُجَّد الربيعي، الوراثة والإنسان، أساسيات الوراثة البشرية والطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1986.
- 79- مُجَّد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط02، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.
- 80- مُجَّد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية-دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993.
- 81- مُجَّد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط01، مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011.
- 82- مُجَّد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس، الأردن، 1999.
- 83- مُجَّد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مكتبة الفرابي، دمشق، د.س.ن.

- 84- مُجَّد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط02، دار المنارة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1986.
- 85- مُجَّد علي البار، الختان، قياسات من الطب النبوي الوقائي موسوعة سنن الفطرة، ط01، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1994.
- 86- مُجَّد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ط01، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1994.
- 87- مُجَّد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، جدة، المملكة العربية السعودية، 1983.
- 88- مُجَّد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ط01، دار القلم، دمشق، 1993.
- 89- مُجَّد علي البار، مداواة الرجل للمرأة ومداواة الكافر للمسلم، ط01، دار المنار للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1995.
- 90- مُجَّد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة مقارنة طبية فقهية، ط01، الدار السعودية، 1985.
- 91- مُجَّد فياض، البتر التناسلي للإناث، ختان الإناث، ط01، دار الشروق القاهرة، 1998.
- 92- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 93- محمود سامي أبو رية، البروستاتا وأسرار الرجولة، ط03، د.د.ن، 1988.
- 94- مرحبا إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط01، دار ابن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ.
- 95- مركز الحقوق الإنجابية، الطريق إلى التقدم أداة للنهوض بإصلاح قوانين الحقوق، الولايات المتحدة، 2007.
- 96- ممدوح النجادا، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، المعهد القضائي الأردني، 2020.
- 97- منظمة الصحة العالمية، الكتاب الطبي الجامعي، تريض صحة المجتمع، إع، نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، أكاديمية إنترناشيونال، بيروت، 2006.
- 98- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 99- ناهدة البقاصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة كتب ثقافية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993.
- 100- نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، الكتاب الطبي الجامعي تريض صحة المجتمع، منظمة الصحة العالمية، أكاديمية أنترناشيونال، 2006.

- 101-نشأت غالب مصطفى، البيولوجي الجزائري، ط01، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة-الجمهورية اللبنانية، 2018.
- 102-نورمان سميث، الحمل، تر. مارك عبود، ط01، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2013.
- 103-وليام بينز، معجم التكنولوجيا الحيوية، تر.هاشم أحمد، مراجعة إبراهيم عبد المقصود، د.ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1996.
- 104-وليد بن إبراهيم بن علي العجاجي، حفظ العرض دراسة مقاصدية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2018، ع45.
- 105-وليد يوسف الصالح، إدارة المستشفيات والرعاية الصحية والطبية، ط01، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- II-أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير.**
- 1-أطروحات الدكتوراه.**
- 1-أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015.
- 2-أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق، سبتمبر 2010.
- 3-الصالح بوغرارة، أثر الاكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2013-2014.
- 4-إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر01، سنة 2011.
- 5-النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010-2011.
- 6-آيت حبوش سعاد، العلاج الأسري النفسي للأطفال المحرومين من الأب بالإهمال، دراسة ميدانية لخمس حالات، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإجتماعية، 2012-2013.
- 7-بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.
- 8-بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013.

- 9- جدوي سيدي مُجَّد أمين، المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2015-2016.
- 10- حمزة بن عقون، المسؤولية الجزائرية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.
- 11- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005.
- 12- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013.
- 13- سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الإصطناعي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2019-2020.
- 14- سعد بن عبد الله السير، منع الحمل الجراحي (التعقيم) دراسة فقهية، بحث مقدم في مرحلة الدكتوراه، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1430هـ-1431هـ.
- 15- عزيزة بنت سعيد بن معيض القرني، الاستنساخ دراسة فقهية، أطروحة دكتوراه في الفقه، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، كلية الشريعة، 1432هـ-1433هـ.
- 16- علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 17- عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 18- محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008-2009.
- 19- مُجَّد بن هائل بن غيلان المدحجي، ملخص أحكام النوازل في الإنجاب، أطروحة دكتوراه في الفقه، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، 1429هـ-1430هـ.
- 20- وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018-2019.
- 21- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015.

22- يوسف فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015.

## 2- مذكرات الماجستير:

- 1- إبراهيم بن سعد الهويمل، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009.
- 2- إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.
- 3- أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2007.
- 4- إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2011/11/14.
- 5- الأخضر زكور، دور التعليم العالي في تنظيم الأسرة الجزائرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم اجتماع التنمية، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، 2007-2008.
- 6- الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الاصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011.
- 7- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر "1"، 2012-2013.
- 8- باعزیز أحمد، الطب الشرعي ودوره في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011.
- 9- بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011.
- 10- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014.
- 11- بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، التخطيط العائلي في الأسرة الحضرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع العائلي، جامعة باتنة، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، 2007-2008.

- 12- بودحوش نصر الدين، أثر برنامج علاجي في التخفيف من حدة الأمراض الإكتئابية لدى المصابين بالعمق، دراسة عيادية لعشرة حالات، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطفونيا، 2015-2016.
- 13- تسنيم مُجد جمال حسن استيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007.
- 14- جدوي مُجد أمين، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010.
- 15- حنان مُجد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة-الإيدز- في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، قسم الفقه والتشريع، 2001.
- 16- خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006-2007.
- 17- داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006.
- 18- راضية ويس، آثار صدمة الاغتصاب على المرأة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة، 2005-2006.
- 19- سارة علاء عبد الهادي، العمق لدى النساء، بحث مقدم كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في العلوم، جامعة بابل، كلية التربية الأساسية، العراق، د.س.ن.
- 20- سرور بن مُجد عبد الوهاب، الدافع والباعث على الجريمة وأثرهما في العقوبات التعزيرية، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.
- 21- سعد جميل سليم الرئيس، النسل حفظه وتنظيمه دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، 1433هـ-2012م.
- 22- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2008-2009.
- 23- صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، أطروحة للحصول على درجة الماجستير في الفقه والشريعة، جامعة نابلس-فلسطين، 2005.
- 24- عباسي مجدوب مُجد، أحكام وسائل منع الحمل-دراسة طبية فقهية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2008-2009.

- 25- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013-2014.
- 26- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- 27- فادية مُحمَّد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012.
- 28- فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010.
- 29- قشطولي صبيحة، عوامل تأخر سن الزواج عند الشباب الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- 30- كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011.
- 31- لبنى مُحمَّد جبر شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.
- 32- مُحمَّد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة الإسلامية مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005.
- 33- مُحمَّد ناصر سعود الهاجري، موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الجزائري الكويتي، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- 34- محمود موسى عيسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة برزنت، فلسطين، 2006.
- 35- معتصم عبد الرحمن مُحمَّد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2007.
- 36- منال مُحمَّد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1429هـ-2008م.

- 37- مهداوي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010.
- 38- نبيلة أقوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية (أعمال الطبيب)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005.
- 39- يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.

### ثالثا: المقالات.

- 1- أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، فتوى رقم 1262 بتاريخ 2020/10/09، حكم زرع خصية تجميلية بمادة السيليكون النقي، موقع الإنترنت [www.ferkous.com](http://www.ferkous.com)، تاريخ الإطلاع 2021/11/03.
- 2- أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، في اشتراط تحليل الدم قبل الزواج، فتوى رقم 1114، بتاريخ 2011/07/29، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/09/07.
- 3- أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، في حكم إسقاط الزانية حملها قبل نفخ الروح فيه، فتوى رقم 1025، بتاريخ 2009/05/29، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/10/28.
- 4- أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، في حكم الإستمناء (العادة السرية)، فتوى رقم 684، بتاريخ 2005/09/13، موقع الإنترنت: [www.ferkus.com](http://www.ferkus.com)، تاريخ الإطلاع 2020/08/27.
- 5- أبي عبد المعز مُجَّد علي فركوس، في حكم التلقيح الإصطناعي، فتوى رقم 136، بتاريخ 2000/11/08، موقع الإنترنت [www.ferkous.com](http://www.ferkous.com)، تاريخ الإطلاع 2022/04/24.
- 6- إبراهيم بشير الغويل، الديمقراطية والعلمانية وحقوق الإنسان المرجعية الفرنسية والمرجعية الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع11.
- 7- أحسن زقور؛ الغوط عبد الكريم، سلطة تأديب الزوجة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، جوان 2017، ع06.
- 8- أحمد السيد علي إبراهيم تحذير الأولياء من المغالاة في تجهيز النساء، مجلة التوحيد، أنصار السنة المحمدية، المركز العام، م. دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، السنة الخامسة والأربعون، 1437هـ، ع540.
- 9- أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المنع الدائم للحمل دراسة فقهية، م. ج. ف. س، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، 1437هـ-2016م، ع30.
- 10- أحمد رجائي الجندي، الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10.

- 11- أحمد شوقي إبراهيم، زواج الأقارب، موقع الإنترنت: [www.almanalmagazine.com](http://www.almanalmagazine.com) ، تاريخ الإطلاع، 2020/09/01.
- 12- آزاد يونس، زواج الأقارب... ظاهرة اجتماعية تورث مشكلات صحية للأجيال القادمة، موقع الإنترنت: [www.almostachr.net](http://www.almostachr.net) ، تاريخ الإطلاع، 2020/08/31.
- 13- أسامة الحموي، الصحة الإنجابية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج24، 2008، ع02.
- 14- أسماء سعيدان، عملية استنساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج50، 2013، ع04.
- 15- أشرف محمد أبو مصطفى-خانيوس، الباعث الجنائي وأثره على المسؤولية الجنائية، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2016، ع28.
- 16- إقروفة زبيدة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008، ع02.
- 17- أكرم محمد حسين البدر، بريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مجلة الرافدين للحقوق، مج09، 2007، ع33.
- 18- الإمام الخرخشي المالكي، استحباب ختان الإناث عند المالكية، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.
- 19- البندري بنت عبد الله الجليل، الأحكام الفقهية المترتبة على الوفاة الدماغية، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2018، ع02.
- 20- العرابي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفا تر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة وهران، مج02، 2011/12/31، ع01.
- 21- الطبيب سرحان، نزع وزراعة الأعضاء، موقع الإنترنت: <http://univ.ency-education.com> ، تاريخ الإطلاع: 2022/05/09.
- 22- الهادي محمد أحمد حسن، تعدد الزوجات الأسباب والضوابط، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القضايف، السودان، 2010، ع16.
- 23- أماني جاد أحمد جاد الكريم، الأحكام الفقهية المتعلقة بالبويضات الملقحة المجمدة دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، مصر، مج31، ع02.

- 24-مُحَدِّي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 09-01،  
المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي  
2016، ع15.
- 25-أمل معطي، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق (دراسة ميدانية)،  
مجلة جامعة دمشق، مج29، 2013، ع03+04.
- 26-آية الله مُحَمَّد علي التسخيري، نظرة في الاستنساخ وحكمه الشرعي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي  
لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10.
- 27-أيمن العتر، الإجهاد الإرادي بين الإباحة والتجريم دراسة مقارنة، مجلة جامعة البعث، سوريا، مج38،  
2016، ع10.
- 28-أيمن فوزي مُحَمَّد المستكاوي، الاستصفاء الجنسي دوافعه حكمه وضوابطه دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية  
الدراسات الإسلامية والعربية بنات، دمنهور، القاهرة، مج04، ع01، 2016، ع01.
- 29-بدر الدين العيني، الظاهر وجوب الختان على الرجال والنساء، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول  
ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.
- 30-بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي،  
ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الإصدار السادس والسبعون،  
2014.
- 31-بلحاج العربي أحمد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء  
قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013، ع15.
- 32-بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد،  
م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان-كلية الحقوق، 2012، ع13.
- 33-بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي وقانوني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، معهد  
الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعام، مج06، 2020، ع01.
- 34-بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية،  
جامعة المسيلة، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، مج02، 2017، ع02.
- 35-بن جاري عمر، أساليب المعاملة العقابية للسجناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية،  
جامعة الجلفة، جوان 2018، ع10.
- 36-بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي،  
م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2011، ع12.

- 37- بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، مج09، 2010، ع02.
- 38- بن صغير مراد، معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء دراسة تأصيلية نقدية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02.
- 39- بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي، تلمسان، جوان 2012، ع39.
- 40- بوزيان عبد الباقي؛ تشوار حميدو زكية، حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، مج07، 2015/12/15، ع21.
- 41- بوزيتونة لينة؛ لحرش أيوب التومي، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 18-11، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، آفلو، مج04، جوان 2020، ع01.
- 42- بوساحية السايح، حقوق المرأة السجينة في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة تبسة، مج01، سبتمبر 2016، ع01.
- 43- تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1998، ع36.
- 44- تشوار جيلالي، النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج39، 2002، ع01.
- 45- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ع06.
- 46- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.
- 47- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، م ع ق إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2005، ع03.
- 48- تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.
- 49- جاد الحق علي جاد الحق، اتفاق الفقهاء على مشروعية ختان الإناث، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.

- 50- جمال حامد، من المسؤول عن تحديد جنس الجنين، مجلة الإعجاز العلمي، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة لرابطة العالم الإسلامي، المملكة العربية السعودية، صفر 1429هـ، ع29.
- 51- حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، مج06، 2017، ع01.
- 52- حسن حامد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنايب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، كلية الحقوق، مج 2013، ع06.
- 53- حسن علي الشاذلي، الاستنساخ حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10.
- 54- حسن مُجد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثانية، 2010، ع01.
- 55- حكيم بوغراة، العقم يهدد الأسر ويتسبب في تدمير العلاقات الاجتماعية، 2017/03/15، موقع الإنترنت : [www.ech-chaab.com](http://www.ech-chaab.com) ، تاريخ الإطلاع، 2021/03/25.
- 56- حمادي عبد النور، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02(خاص).
- 57- حمد مُجد الهاجري، موت الدماغ بين الفقهاء والأطباء، مجلة كلية الشريعة للدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2006، ع24.
- 58- حمداتي شبيها ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع06.
- 59- حميدو زكية، التغيير الجنسي بين التطور الاجتهاد، المجلة المتوسطة للإقتصاد والقانون، جامعة تلمسان، مج03، 2018، ع02.
- 60- حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2011، ع12.
- 61- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي-دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية-، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة2، 2010، ع02.
- 62- خالد بن عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة 23، 2010، ع25.

- 63- خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الحلقة في الشريعة الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.
- 64- خلافي ربيعة، تأثير الاكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً "دراسة فقهية قانونية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، معهد العلوم القانونية والإدارية، مج03، جوان 2018، ع05.
- 65- رباح فغور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، مج.15، 2018، ع02.
- 66- ربيع لعور، عقوبة الإجهاض دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02.
- 67- رشيدة ستي، تأثير العقم على الأزواج من الناحية النفسية نظرة تحليلية للأسباب والآثار النفسية للعقم على الرجل والمرأة، موقع الإنترنت، [www.nova.pdf.com](http://www.nova.pdf.com)، تاريخ الإطلاع: 2018/09/20.
- 68- رياض محمود جابر قاسم، الزنا وعواقبه وسبل الوقاية منه في ضوء القرآن الكريم، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، مج16، 2008، ع02.
- 69- زيري بن قويدر، أثر زرع الأعضاء التناسلية على مسألة النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج04، 2011/02/15، ع01.
- 70- زيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009، ع08.
- 71- زينب حامد سيد مرزوق، التلقيح الصناعي الداخلي من الزوج الميت دماغياً-دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ج01، 1442هـ-2020، ع35.
- 72- سالم نجم، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ط02، 2005، ع10.
- 73- سالم نجم، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته (دراسة ميدانية محلية)، مجلة المجمع الفقهي، السنة الثامنة، ع11.
- 74- سحارة السعيد، الإخصاب الاصطناعي الخارجي من الزوج المتوفي دماغياً-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، مارس 2018، ع16.
- 75- سحارة السعيد، حاحة عبد العالي، الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والمقارن، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم، 2019، ع18.
- 76- سعد محمود حسن، دراسة تقييمية لعملية دوالي الخصيتين على مكونات السائل المنوي والعقم، جريدة ديالا للطب، جامعة السلطان زين العابدين، ماليزيا، كلية الطب، 2016/12/06، ع11.

- 77-سعود بن إبراهيم الشريم، العنف الأسري صوره وأسبابه وعلاجه، مجلة التوحيد، أنصار السنة المحمدية، المركز العام، م. دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، السنة السادسة والأربعون، 1438هـ، ع542.
- 78-سعيد فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مج07، 2021، ع03.
- 79-سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، وجوب ختان الإناث عند الشافعية، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.
- 80-سماء حسين محمود حسين، هل يمكن تغيير نوع الجنين في الشهر السابع؟، موقع الإنترنت: [www.supermama.me](http://www.supermama.me)، تاريخ النشر: 2021/03/05، تاريخ الإطلاع: 2021/11/15.
- 81-سهام جبالي، الوسط الحضري وتأثيره على التربية الأسرية-الأسرة الجزائرية نموذجاً، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة ورقلة، 2014، ع16.
- 82-سهيل الأحمد، مدى مشروعية الإخصاب وحصول أطفال الأنايب من الزوج حال موته الدماغية في الفقه الإسلامي، مجلة المفكر للدراسات القانونية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، مج03، سبتمبر 2020، ع04.
- 83-سيدهم مختار، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، م.م.ع، ع.خ، حول المسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011.
- 84-شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان، 2011، ع02.
- 85-شريفة ع؛ المساء تنشر تفاصيل مشروع قانون الصحة الجديد، هل تنجح الجزائر في الترخيص للإجهاض المعلن، 2018/03/06، موقع الإنترنت [www.el-massa.com](http://www.el-massa.com)؛ تاريخ الاطلاع 2020/11/03.
- 86-شهرزاد بوسطلة، تأديب الزوجة بالضرب في الفقه الإسلامي بين الإباحة والتجريم، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ديسمبر 2016، ع13.
- 87-صالح عبد الكريم، الاستنساخ، تقنية، فوائد ومخاطر، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع10.
- 88-صباح بنت حسن إلياس، الإفرازات المهبلية بين الطب والفقه، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج18، جمادى الثاني 1427هـ، ع37.
- 89-صباح عبد الرحيم، عن إشكالات الجنين المشوه في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، مج12، 2020، ع01.
- 90-صديق مروج، بوبشيش صالح، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1، كلية العلوم الإسلامية، مج20، جوان 2020، ع25.

- 91- صديقة علي العوضي؛ كمال مُجّد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.
- 92- طارق بن طلال بن محسن عنقاوي، اختيار جنس الجنين دراسة فقهية، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، كلية العلوم جامعة القاهرة، مج74، ع11، 2016.
- 93- طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، مج05، 2015، ع01.
- 94- طارق يحيى قاييل، أطفال على رقائق إلكترونية، موقع الإنترنت : [www.jomid.net](http://www.jomid.net) ، تاريخ الإطلاع، 2021/03/14.
- 95- طاهري عبد المطلب، النحوي سليمان، الأطر القانونية المقررة لحماية الحق في الخصوصية الجينية في المواثيق الدولية وفي التشريع الجزائري والفرنسي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج06، جوان 2021، ع01.
- 96- طلعت أحمد القصبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.
- 97- عارف علي عارف، رؤية إسلامية لعلم الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي مج04، 1998، ع13.
- 98- عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات...، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 99- عائشة عبد الحميد، معيار الجرح العمدي لدى الطبيب الجراح والمسؤولية الناتجة عن ذلك في ظل التشريع العقابي الجزائري، مجلة إيليزا للدراسات والبحوث، المركز الجامعي إيليزي، مج06، 2021، ع.خ.
- 100- عباس أحمد مُجّد الباز، اختيار جنس المولود وتحديدته قبل تحلقه وولادته بين الطب والفقه، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 101- عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغية في القانون العراقي، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والأمريكي، بحث مقدم بجامعة البصرة، كلية الحقوق، نوفمبر 2016.
- 102- عبد الحليم بن مشري، إجهاض المرأة لنفسها بين التجريم والإباحة-دراسة مقارنة، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2010، ع07.
- 103- عبد الحميد زلافي، أثر زرع الأعضاء التناسلية والبويضات الملقحة على حفظ النسل، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية، نوفمبر 2015، ع01.

- 104- عبد الرحمن إبراهيم، تحول الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2008، ع20؛ موقع الإنترنت: <http://www.arabpsynet.com/Archive>، تاريخ الإطلاع: 2022/05/08.
- 105- عبد الرحمن بن حسن النفيسة، الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، مقال على موقع الإنترنت: [www.shamela.wws](http://www.shamela.wws)، تاريخ الإطلاع: 2020/08/18.
- 106- عبد الرحمن خليفي، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2016/06/29، ع01.
- 107- عبد السميع أحمد إمام، منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب، ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الإصدار السابع والثلاثون، 2012.
- 108- عبد العزيز بن باز، الزواج من الأقارب في ميزان الشرع، موقع الإنترنت: <https://binbaz.org.sa>، تاريخ الإطلاع، 2020/08/27.
- 109- عبد العزيز بن باز، المصالح المرسله، موقع الإنترنت: [www.binbaz.org.sa](http://www.binbaz.org.sa)، تاريخ الإطلاع، 2020/09/06.
- 110- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، حكم انتساب ولد الزنا إلى الزاني بعد زواجه بالزانية، موقع الإنترنت: <https://binbaz.org.sa>، تاريخ الإطلاع 2021/08/23.
- 111- عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، حكم نقل الأعضاء من جسد إلى آخر، فتوى منشورة على موقع الإنترنت: [binbaz.org.sa](http://binbaz.org.sa) تاريخ الإطلاع: 2012/09/21.
- 112- عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، حقيقة الاستنساخ وحكمه الشرعي دراسة فقهية مؤصلة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج17، ع49، 2002، موقع الإنترنت: [kuniv.edu.kw](http://kuniv.edu.kw)، تاريخ الإطلاع: 2022/01/18.
- 113- عبد القادر عوده، التشريع الإسلامي الجنائي، ج02، مجلة المسلمون، ط02، صاحب الإمتياز سعيد رمضان، القاهرة، 1952، ع02.
- 114- عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع02.
- 115- عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع02.
- 116- عبد الله بن أحمد الرميح، تأجير الرحم حكمه وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع24.

- 117- عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، موقع الإنترنت <http://ibn-mahmoud.com/books> ، تاريخ الإطلاع 2021/09/30.
- 118- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج2، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 119- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، عمليات التنسيل(الاستنساخ) وأحكامها الشرعية، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج14، 1998، ع01.
- 120- عبد الوهاب بن عايد الأحمد، القياس في الحدود دراسة نظرية تطبيقية على بعض النوازل المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الثلاثون، ع36.
- 121- عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ البشري، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، كلية الحقوق، مج22، بتاريخ 2011/12/31، ع43.
- 122- عفاف بنت حسن مختار، الإشاعة وخطرها على ولاية الأمور، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، ع96، ربيع الأول إلى جمادى الثاني 1433هـ.
- 123- غلام نصار، ختان الأنثى من شعار الإسلام المتفق على مشروعيته، فتاوى كبار علماء الأزهر الشريف حول ختان الإناث، تق. جماعة من العلماء، ط02، دار اليسر، القاهرة، 2011.
- 124- علي جمعة مُجدد، الحكم الشرعي في نقل الأعضاء، فتوى رقم 739، بتاريخ 2003/10/22، دار الإفتاء المصرية، موقع الإنترنت: [dar.alifta.org](http://dar.alifta.org)، تاريخ الإطلاع: 2021/09/09.
- 125- علي حمزة الحفاجي، علي خضر حسون، أركان جريمة استغلال الوظيفة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مج26، 2018، ع08.
- 126- علي خطار شنطاوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2001، ع15.
- 127- عمار مانع، المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، جوان 2008، ع28.
- 128- عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، [www.almoslim.net](http://www.almoslim.net)، تاريخ الإطلاع 2015/11/09.
- 129- عنان غلام أبو جامع، الإجهاض التلقائي، تعريفه، أسبابه، أعراضه، تشخيصه، وطرق علاجه؛ موقع الإنترنت، [www.tebfac.com](http://www.tebfac.com) ، تاريخ الإطلاع 2020/10/21.
- 130- عيسى بن سليمان بن فهد العيسى، حكم إتلاف البييضات الملقحة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام مُجدد بن سعود الإسلامية، 2016، ع36.

- 131- فارس علي مهني، مُجد رشيد بوغزالة، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مج12، أبريل 2021، ع01.
- 132- فريدة صادق زوزو، وسائل الإنجاب الاصطناعي نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي، موقع الإنترنت: feqhweb.com، تاريخ الإطلاع: 2021/09/12.
- 133- فريدة زوزو، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي-التلقيح الاصطناعي نموذجاً-، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1، كلية العلوم الإسلامية، مج08، 2006، ع01.
- 134- فهد بن عبد الكريم السندي، نفقة علاج الزوجة-دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام مُجد بن سعود الإسلامية، 2013، ع16.
- 135- فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، مج32، 2017، ع02.
- 136- فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج20، 2004، ع01.
- 137- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، مج19، 2003، ع02.
- 138- قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2005، ع03.
- 139- قاسم الغرداف، القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صحيفة الوسط، ع308، 2003/07/10 من موقع الإنترنت www.alwasatnews.com، تاريخ الإطلاع 2020/04/12.
- 140- كريمة عبود جبر، إستئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، مج09، 2010، ع03.
- 141- كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، مج.ب، ديسمبر 2017، ع48.
- 142- كريمة محروق، إطلاق الجنسية الأصلية من جهة الأم في ظل المتغيرات الداخلية والدولية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، مج.أ، ديسمبر 2015، ع44.
- 143- كسال سامية، حماية الحق في الخصوصية الجينية في القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية وفي المواثيق الدولية والقانون الفرنسي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج12، 2017/06/30، ع02.

- 144-كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسان من جسمه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، ع07.
- 145-كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، مج ب، جوان 2018، ع49.
- 146-لعمارة الساسية، أحكام إجهاض الجنين المشوه وراثيا، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، مج.04، 2019، ع01.
- 147-مارتن هيرتل، لمحة عامة عن زراعة الأعضاء، أدلة MSD إصدار المستخدم مقدم المعلومات الطبية الأول الموثوق منذ عام 1899، موقع الإنترنت: msdmanuls.com تاريخ الإطلاع: 2021/09/02.
- 148-مازن اسماعيل هنية، منال مُجد رمضان العشي، اختيار جنس الجنين بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، مج17، يناير 2009، ع01.
- 149-ماهر أحمد السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، مجلة الجامعة الإسلامية-سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، مج14، 2006، ع01.
- 150-مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.
- 151-مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في القانون المقارن وقانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج46، ع03. 2009/09/15.
- 152-محسن كاظم حسن المرشدي، سماح عامر حمود، إيهاب يحيى جابر، تأثير التدخين في معالم المنى والنفط لدى الأشخاص سويي النفط، مجلة العلوم الصرفة والتطبيقية، جامعة بابل، كلية الطب، فرع الجراحة البولية والعقم، مج22، 2014، ع04.
- 153-مُجد إبراهيم سعد النادي، اختيار جنس الجنين في ضوء الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، دقهلية، مج20، 2018، ع01.
- 154-مُجد أبو زهرة، روح الشريعة الإسلامية وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، مجلة الأصالة، الجزائر، ماي 1976، ع33.
- 155-مُجد أحمد البديرات، مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج22، 2006، ع01.
- 156-مُجد الصالح قروي؛ عليوة رابح، التزام الطبيب بإعلام المريض: بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج56، 2019، ع02.

- 157- مُجَدُّ الطيب سكيريفة، تشوار جيلالي، الحمل لحساب الغير بين القانون والشرعية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، مج13، 2021، ع.03.
- 158- مُجَدُّ المهدي، سيكولوجية الأمومة، أكاديمية علم النفس، موقع على الإنترنت، [www.acofps.com](http://www.acofps.com)، تاريخ الإطلاع: 2018/09/21.
- 159- مُجَدُّ أمين مودع، جميلة فشار، يخلف المسعود، الفحش بين ذوي الأرحام وفق تعديل قانون العقوبات الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، مارس 2018، ع.11.
- 160- مُجَدُّ أيمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياها الفقهية، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع.04.
- 161- مُجَدُّ بن صالح العثيمين، حكم الختان في حق الرجال والنساء، مجلة التوحيد، أنصار السنة المحمدية، المركز العام، م. دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، السنة الثالثة والثلاثون، 1425هـ، ع.05.
- 162- مُجَدُّ سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع.06.
- 163- مُجَدُّ عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج01، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 164- مُجَدُّ علي البار، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه، مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، ع.04.
- 165- مُجَدُّ علي البار، الرعاية الصحية في الإسلام، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ط04، 2004، ع.08.
- 166- مُجَدُّ علي البار، الموت الإكلينيكي والموت الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة العاشرة، ع.12.
- 167- مُجَدُّ علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع.06.
- 168- مُجَدُّ علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ط02، 2005، ع.06.
- 169- مُجَدُّ عمران، 14 سببا يؤدي إلى الولادة القيصرية المفاجئة، 2015/12/26، موقع الإنترنت: [www.hayatouki.com](http://www.hayatouki.com)، تاريخ الإطلاع 2020/11/09.
- 170- مُجَدُّ فتحي شحنتة إبراهيم، عادل عبد الرحمن، المسؤولية الجنائية عن تعدد الأخطاء الطبية، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج01، 2016، ع.04.

- 171- مُجَدُّ فَوْزِي فَيضِ اللَّهِ، التَّلْقِيحُ الإِصْطِنَاعِي، مَجَلَّةُ الوَعْيِ الإِسْلَامِي، الكُويْت، السَّنَةُ الثَّانِيَّةُ والعِشْرُونَ، مَارَس-أَفْرِيْل 1986، ع259.
- 172- مُجَدُّ لِحْضَارِي؛ فَايْزَةُ هَوَام، المَعَامَلَةُ العُقَايِيَّةُ لِلْمَرَأَةِ السَّجِيْنَةُ فِي المَوَاطِيْقِ الدَّوْلِيَّةِ، مَجَلَّةُ الدِّرَاسَاتِ وَالبَحُوْثِ القَانُوْنِيَّةِ، كَلِيَّةُ الحُقُوْقِ وَالعِلْمِ السِّيَاسِيَّةِ، جَامِعَةُ المَسِيْلَةِ، مَج04، جَانْفِي 2020، ع02.
- 173- مُجَدُّ مَبَارِك، طِفْلُ الأَنْبُوبِ بَيْنَ العِلْمِ وَالمُجْتَمَعِ، مَجَلَّةُ الفَيْصَلِ، دَارُ الفَيْصَلِ الثَّقَافِيَّةِ، الرِّيَاضُ، نَوْفَمْبَر 1978، ع18.
- 174- مُجَدُّ مَخْتَارِ السَّلَامِي مَفْتِي الجُمهُورِيَّةِ التُّونِسِيَّةِ، الاسْتِنْسَاخُ البَشْرِي، كِتَابُ مَجَلَّةِ مَجْمَعِ الفِقْهِ الإِسْلَامِي لِمَجْمُوعَةِ مِنَ المُوَلَّفِيْنَ، المَكْتَبَةُ الشَّامِلَةُ الحَدِيْثَةُ، ع10.
- 175- مُجَدُّ وَاصِل، الاسْتِنْسَاخُ البَشْرِي فِي الشَّرِيْعَةِ وَالقَانُونِ، مَجَلَّةُ جَامِعَةِ دَمَشَق، مَج18، 2002، ع02.
- 176- مَحْمُودُ ثَابِتُ مُجَدُّ عَلِي الشَّاذَلِي، الضَّوَابِطُ القَانُوْنِيَّةُ لِعَمَلِيَّةِ نَقْلِ وَزْرَاعَةِ الأَعْضَاءِ البَشْرِيَّةِ بَيْنَ الأَحْيَاءِ، مَجَلَّةُ بَحُوْثِ الشَّرْقِ الأَوْسَطِ، جَامِعَةُ عَيْنِ شَمْسٍ، القَاهِرَةُ، مَج03، 2018، ع44.
- 177- مَحْمُودُ سَعْدُ مَحْمُودُ مُجَدُّ عَبْدِ العَالِ، نَقْلِ وَزْرَاعَةِ الأَعْضَاءِ التَّنَاسَلِيَّةِ فِي ضَوْءِ الفِقْهِ الإِسْلَامِي، مَجَلَّةُ كَلِيَّةِ الدِّرَاسَاتِ الإِسْلَامِيَّةِ بِنِيْنَ، جَامِعَةُ أُسْوَانَ، مِصْر، 2020، ع03.
- 178- مَرُوَّةُ مُجَدُّ البَازِ، القَضَايَا الأَخْلَاقِيَّةُ فِي العِلْمِ وَالمَفَاهِيْمِ المُرْتَبِطَةُ بِهَا، مَوْقِعُ الإِنْتَرْنِتِ: <https://portal.arid.my>، تَارِيخُ الإِطْلَاعِ: 2022./02/23.
- 179- مَرُوكُ نَصْرِ الدِّيْنِ، اسْتِنْسَاخُ الإِنْسَانِ بَيْنَ الحِظْرِ وَالإِبَاحَةِ، المَجَلَّةُ الجَزَائِرِيَّةُ لِلْعِلْمِ القَانُوْنِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ، جَامِعَةُ الجَزَائِرِ 01، كَلِيَّةُ الحُقُوْقِ، مَج35، 1998/12/15، ع04.
- 180- مَرُوكُ نَصْرِ الدِّيْنِ، المَشَاكِلُ القَانُوْنِيَّةُ الَّتِي تُثْبِتُهَا عَمَلِيَّاتُ نَقْلِ وَزْرَعِ الأَعْضَاءِ البَشْرِيَّةِ، المَجَلَّةُ الجَزَائِرِيَّةُ لِلْعِلْمِ القَانُوْنِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ، جَامِعَةُ الجَزَائِرِ 1، كَلِيَّةُ الحُقُوْقِ، مَج36، 1999، ع03.
- 181- مَسْعُودِي يُوْسُفُ، التَّلْقِيحُ الإِصْطِنَاعِي فِي قَانُونِ الأُسْرَةِ الجَزَائِرِي، مَجَلَّةُ دِرَاسَاتِ وَابْحَاثِ، ع2016/09/24، السَّنَةُ الثَّامِنَةُ، جَامِعَةُ الجَلْفَةِ.
- 182- مَصْطَفَى أَحْمَدُ الزَّرْقَا، طِفْلُ الأَنْبُوبِ وَالمِيْرَاثِ-تَعْقِيْبُ عَلَي جَوَابِ فُضِيْلَةِ مَفْتِي مِصْرٍ، مَجَلَّةُ الأُمَّةِ، إِدَارَةُ الشُّؤُنِ الإِسْلَامِيَّةِ، قَطْر، رَبِيْعِ الأَخْر 1403 هـ.
- 183- مَصْطَفَى بَضْلِيْسٍ، عَزِ الدِّيْنِ كَشْنِيْطُ، إِجْهَاضُ الجِنِيْنِ المَشْوَهِ فِي القَانُونِ وَالفِقْهِ الإِسْلَامِي، مَجَلَّةُ آفَاقِ عِلْمِيَّةِ، المَرْكَزُ الجَامِعِي تَامَنْغَسْتِ، مَج11، 2019، ع02.
- 184- مَصْطَفَى بِنِ شَمْسِ الدِّيْنِ، حُقُوْقُ الزَّوْجِيْنَ وَمَدَى التَّعْسُفِ فِيهَا، مَنَشُورٌ عَلَي مَوْقِعِ الإِنْتَرْنِتِ: <https://www.noor-book.com>، تَارِيخُ الإِطْلَاعِ: 2022/04/05.

- 185-مصلح عبد الحي النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج17، 2004، ع02.
- 186-مصلي رضوان، مداني سليمة، أسباب الطلاق في الجزائر دراسة ميدانية ببلدية بوفاريك، حوليات جامعة الجزائر1، ج02، جوان 2018، ع32.
- 187-معمرى إيمان، ميدون مفيدة، اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، تندوف، مج03، 2019، ع01.
- 188-منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى بالتهاب الكبد الفيروسي ومكافحتها، إطار العمل الدولي، موقع الإنترنت [www.who.int/topics/hepatitis](http://www.who.int/topics/hepatitis)، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.
- 189-مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، مج41، 2014، ع02.
- 190-مواسي العلجة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008/12/31، ع02.
- 191-ميادة الحسن، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 192-ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، القسم الثاني، م.م.ف.إ، مكة، السنة الثالثة والعشرون، 1431هـ-2010م، ع25.
- 193-نجيب ليوس، اختيار جنس الجنين قبل الحمل، موقع الإنترنت: [www.layyous.com](http://www.layyous.com)، تاريخ النشر: 2021/06/11، تاريخ الإطلاع: 2021/11/10.
- 194-نذير حمادو، موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني-رحمه الله- من زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02(خاص).
- 195-نضال بو عبد الله، حياة عبيد، إجهاض الجنين المصاب بمتلازمة داون دراسة فقهية، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، مج20، ديسمبر 2019، ع02، ص186.
- 196-نعيمة شيخاوي، المقاربة السوسيوولوجية للموت انتحارا، مجلة ذوات، مؤسسة مؤمنون بلا حدود، قسم الدين وقضايا المجتمع الراهنة، الرباط، 2018/05/08، ع43.
- 197-نوح علي سليمان، حكم تجميد الأجنة، فتوى رقم 675، دار الإفتاء الأردنية، موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo)، تاريخ الإطلاع 2021/08/26.

- 198-نوح علي سليمان، لجنة الافتاء ومراجعة سماحة المفتي العام السابق، لا يجوز إجهاض الحمل الناتج عن الزنا، دار الإفتاء الأردن، فتوى رقم 749، بتاريخ 2010/05/23، موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo)، تاريخ الإطلاع 2020/10/28.
- 199-هاني بن عبد الله الجبير، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 200-هدى عبد الله الحسين، زواج الأقارب والأمراض الوراثية، دراسة سوسولوجية مطبقة على أسر في مدينة الرياض، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات، ع08، 2009، على موقع الإنترنت، [www.eimj.org](http://www.eimj.org)، ص.04. تاريخ الإطلاع: 2022/05/07.
- 201-هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج27، 2011، ع03.
- 202-هيلة اليابس، إثبات الأمراض الوراثية بالقرائن الطبية وآثاره الفقهية، مجلة الدراسات الفقهية الطبية، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع01.
- 203-وفاء بنت عبد العزيز السويلم، القوامة وأحكامها الفقهية دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ع21.
- 204-وفاء فلحوط، منح الجنسية بموجب حق الدم لجهة الأم، دراسة مقارنة في القوانين العربية مع التركيز على الموقف السوري، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج32، 2016، ع01.
- 205-ياسر عبد الحميد النجار، أسباب العقم في الشريعة الإسلامية والطب وحكم علاجه، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بالدقهلية، ج01، جانفي 2015، ع30.
- 206-ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة بنوك الحيامن المنوية بنوك البيوضات والجينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 207-يوسفات علي هاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2012، ع06.

#### رابعا: الندوات والمؤتمرات والملتقيات.

- 1-أحمد حمد الله أحمد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجرائم الواردة في قوانين مزاوله مهنة الطب وقانون العقوبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الذي أقامته مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام وجامعة الكوفة، كلية الحقوق، تحت عنوان "الإصلاح التشريعي نحو الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد"، ما بين 25 و 26 أفريل 2018، موقع الإنترنت: [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)، تاريخ الإطلاع: 2020/11/15.

- 2- إسماعيل غازي مرحبا، تحسين النسل دراسة طبية فقهية، السجل العلمي لمؤتمر واجب الجامعات السعودية وأثرها في حماية الشباب من الجماعات والأحزاب والانحراف المنظم في 28-29 جانفي 2018، مج02، جامعة محمد بن سعود الإسلامية.
- 3- أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 4- أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03.
- 5- البرتوكول رقم 12، الملحق باتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، روما، 2000/11/04، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان معدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14 و متممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4، 6، 7، 12، و 13.
- 6- الجمعية العامة للأمم المتحدة، القرار المؤرخ في 16/09/2005، الدورة الستون.
- 7- الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، تقرير المقرر الخاص المعني بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، أناند غروفر بشأن إمكانية الحصول على الأدوية، الدورة 23، 2013/05/01.
- 8- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة رقم 22000 المؤرخ في 16/12/1966، تاريخ النفاذ 26/03/1976.
- 9- المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية المنعقد في 15/07/2000، اتفاقية بشأن مراجعة اتفاقية حماية الأمومة (مراجعة 1952)، رقم 183.
- 10- أمال يس عبد المعطي بنداري، الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج03، 1431هـ.
- 11- إياد أحمد محمد إبراهيم، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج05، 1431هـ.
- 12- أيوب سعيد زين العطيف، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

- 13-برنامج العمل الإستراتيجي لمنظمة التعاون الإسلامي في مجال الصحة 2014-2023، مركز الأبحاث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الإسلامية، 2014، أنقرة.
- 14-تانيا نورتون، منهج منظمة الصحة العالمية في مجال الصحة وحقوق الإنسان، تقرير عن الاجتماع المشترك بين البلدان حول الصحة وحقوق الإنسان، 12-14 يوليو 2005، بعنوان حقوق الإنسان تدعم الحق في الصحة، القاهرة، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط.
- 15-تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد بالقاهرة ما بين 05-13 سبتمبر 1994، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1995.
- 16-ثروت عبد الحميد، مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03.
- 17-حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- 18-خالد بن زيد الوديناني، اختيار جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- 19-خيرية بنت عمر موسى، أحكام التداوي قواعد وضوابط، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- 20-جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟ هل ممكن أن يسمح بتحديد نوع جنس الجنين؟ نظرة على القيم الأخلاقية لتحديد نوع جنس الجنين قبل الحمل لأسباب غير طبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- 21-رضا عبد الحليم عبد المجيد، حماية الجينوم البشري دوليا ووطنيا، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج04.
- 22-رية بنت سعيد الكيميائية، الفحص الطبي قبل الزواج، ندوة التماسك الأسري 17-18 أوت 2016، قسم الفحص الطبي قبل الزواج، دائرة صحة المرأة والطفل، المديرية العامة للرعاية الصحية الأولية، وزارة الصحة، سلطنة عمان.

- 23- زياد بن عبد المحسن بن مُجَّد العجيان، حكم اختيار جنس الجنين قبل الحمل في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 24- صالح بن مُجَّد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج03، 1431هـ.
- 25- طباش عز الدين، الحماية الجزائية للحق في الكرامة الإنسانية لمرحلة ما قبل الميلاد في ظل تطور العلوم الطبية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، يومي 28-29 أبريل 2013، جامعة بجاية، كلية الحقوق.
- 26- عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 27- عبد الحميد القضاة، تفوق الطب الوقائي في الإسلام، من الأبحاث المختارة في المؤتمر العلمي الأول في الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، المنعقد بتاريخ 17 إلى 20 أكتوبر 1987، ط01، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، 1987.
- 28- عبد الرحمن مُجَّد أمين طالب، البنوك الطبية واقعها وأحكامها، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 29- عبد الستار أبو غدة، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013.
- 30- عبد القادر الشبخلي، التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمرضه في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والنظم العربية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج04، 1431هـ.
- 31- عبد الله حسين باسلامة، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006.
- 32- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006.

- 33- عجيل جاسم النشمي، الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013.
- 34- فاطمة محمد العوا، المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان والجهود الإقليمية في ذات المجال، منظمة الصحة العالمية، تقرير الدورة التدريبية حول الصحة وحقوق الإنسان للمهنيين العراقيين، عمان، 24-26 فبراير 2005، العراق.
- 35- فايز عبد الله الكندي، الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.04.
- 36- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ - 1441هـ الموافق 1985-2019م.
- 37- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، ط02، 1977-2004.
- 38- ليلي بنت سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1434.
- 39- ماجد راغب الحلو، الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان بين القانون والقرآن، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03.
- 40- ماجدة محمود أحمد هزاع، تحسين النسل من منظور إسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 41- محمد الحاج، ممثل وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، مداخلة في اليوم العالمي لمكافحة التهاب الكبد الفيروسي تحت شعار التشخيص والعلاج للقضاء على التهاب الكبد لسنة 2019؛ موقع الإنترنت [www.apc.dz](http://www.apc.dz)، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.
- 42- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006.

- 43- مُجَّد حسنين سليمان، مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.04.
- 44- مُجَّد سالم بن عبد الودود وعبد الستار أبو غدة، الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23 - 26 أكتوبر 1989م البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في 23 - 26 أكتوبر 1989م بالكويت، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة.
- 45- مُجَّد سعيد رمضان البوطي، موقف الشريعة الإسلامية من التحكم بنوع وأوصاف الجنين والإسقاط عند ظن التشوه، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون.
- 46- مُجَّد عبد الحميد السيد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- 47- مُجَّد علي البار، اختيار جنس الجنين وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327 هـ الموافق 08-12/04/2006.
- 48- مُجَّد يحي النجيمي، حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية سيداو قراءة نقدية هادفة، محاضرة يوم الثلاثاء 09 صفر 1428 هـ الموافق 27/02/2007، منتدى الفكر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، المملكة العربية السعودية.
- 49- محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن استخدامات الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.03.
- 50- محمود عبد الرحيم مهرا، أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية في الإنسان، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01.
- 51- محمود عبد الرحيم مهرا، الوراثة مفهومها وهندستها بين الطرح التقني والحكم الشرعي، بحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بجدة في الفترة ما بين 13-15 ربيع

- الآخر 1434هـ الموافق 23-25 فبراير 2013، ط01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1434هـ-2013.
- 52- منظمة الصحة العالمية، زراعة الأعضاء والنسج البشرية، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون البند 11-21 من جدول الأعمال المؤقت، ج23-24، 2010/03/25.
- 53- منظمة الصحة العالمية، مسودة خارطة الطريق لإتاحة الأدوية واللقاحات والمنتجات الصحية الأخرى للفترة 209-2023، جمعية الصحة العالمية الثانية والسبعون، 2019/04/04، ج17/72، ص15-16.
- 54- مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين بأكرا كاس فنيزويلا، لجنة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة الثامنة عشر، فينا 16-24 أبريل 2009، مسودة قواعد الأمم المتحدة لمعاملة النساء السجينات والتدابير غير الاحتجازية للنساء المخالفات للقانون.
- 55- ناصر عبد الله الميمان، حكم تحديد جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 56- نجم عبد الواحد، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/03/1327هـ الموافق 08-12/04/2006.
- 57- ندى محمد نعيم الدقر؛ يوسف عبد الرحيم بوبس، معرفة جنس الجنين والتدخل لتحديد، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01.
- 58- نور الدين بن مختار الخدامي، الجنين البشري وحكمه الشرعي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 صفر 1423هـ الموافق 05-07 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، مج.01..
- 59- هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
- 60- وارتى غنية، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث دراسة فقهية قانونية، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة بعنوان قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، بتاريخ 2019/04/16، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، نابلس، فلسطين.
- 61- وثيقة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 16/12/1966.

62-وداد أحمد العيدوني، عبد الحليم العلمي، الخطأ الطبي بين الشرع والقانون، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

63-يوسف بن صالح عبد الله الموينع، مفهوم الخروج على ولاية الأمور وخطره وآثاره السيئة على المجتمع السعودي، السجل العلمي لمؤتمر واجب الجامعات السعودية وأثرها في حماية الشباب من الجماعات والأحزاب والانحراف المنظم في 28-29 جانفي 2018، مج03، جامعة محمد بن سعود الإسلامية.

#### خامسا: المعاجم والقواميس والموسوعات.

- 1-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، د.ط، دار صادر، بيروت، د.س.ن.
- 2-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط.خ، لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت، 1431هـ-2010.
- 3-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط01، المطبعة الميرية، بولاق مصر المعزبة، 1306هـ.
- 4-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- 5-أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والإعتداء على العرض والشرف والإعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة(04)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 1997.
- 6-أحمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة ، تح. عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، القاهرة، 1979.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987. -
- 7-أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية؛ تقد، محمد هيثم الخياط، ط01، دار النفائس، بيروت، 2000.
- 8-أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط01، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
- 9-الموسوعة الفقهية الكويتية، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، 1988.
- 10-جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير، ط01، إش.أحمد أبوحاقة، 2007.
- 11-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تح، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.
- 12-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تح.محمد علي النجار، د.ط، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1992.

- 13- مجد الدين مُجَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح. مُجَّد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005.
- 14- مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، ط04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 15- مُجَّد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، ط01، دار المكتبي، دمشق، 2009.
- 16- مُجَّد رفعت، الموسوعة الطبية 150 سؤال يجيب عنها نخبة من أساتذة كليات الطب بجمهورية مصر العربية، الكتاب الثاني، المكتبة العصرية، بيروت، د.س.ن.
- 17- مُجَّد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تح، عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1971.
- 18- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.
- 19- يوسف الحاج أحمد، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة، ط02، مكتبة دار ابن حجر، دمشق، 2003.
- 20- يوسف حتي، أحمد شفيق الخطيب، قاموس حتي الطبي الجديد، ط01، مكتبة لبنان، 2011.

#### سادسا: النصوص القانونية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق 1989/02/28 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، ج.ر، المؤرخة في 1989/03/01، ع09، ص.234.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 02 رمضان 1416 هـ الموافق 1996/01/22، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، مؤرخة في 04 رمضان 1416 الموافق 1996/01/24، ع06، ص.04.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ الموافق 1996/12/07 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر، المؤرخة في 1996/12/08، ع76، ص.06.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، المؤرخة في 2020/12/30، ع82، ص.03.
- 5- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

- 6-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع21، بتاريخ 1970/02/28، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09/08/2014، ج.ر، المؤرخة في 20/08/2014، ع49، ص.03 وما بعدها.
- 7-الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، مؤرخة في 18/12/1970، ع105، ص.1570.
- 8-الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ الموافق 23/10/1976 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، المؤرخة في 19/12/1976، ع101، ص.1392.
- 9-الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 30 ذي القعدة 1396هـ الموافق 22/11/1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، المؤرخة في 24/11/1976، ع94، ص.1292.
- 10-الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27/02/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، مؤرخة في 27/02/2005، ع15، ص.15.
- 11-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، المؤرخة في 27/02/2005، ع15، ص.18.
- 12-الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427هـ الموافق 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية، ج.ر، المؤرخة في 16/07/2006، ع46، ص.03.
- 13-الأمر رقم 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15/07/2006 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 23 جمادى الثانية 1427 الموافق 19/07/2006، ع47، ص.15.
- 14-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 17/02/1985، ع08، ص.176، المعدل والمتمم.
- 15-القانون رقم 88-07 المؤرخ في 07 جمادى الثانية 1408هـ الموافق 26/01/1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج.ر، المؤرخة في 17/01/1988، ع04، ص.117.
- 16-القانون رقم 88-15 المؤرخ في 16 رمضان 1408 الموافق 03/05/1988، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 04/05/1988، ع18، ص.751.

- 17-القانون رقم 90-17 مؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق 1990/07/31 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 24 محرم 1411 الموافق 15/08/1990، ع35، ص.1123.
- 18-القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410هـ الموافق 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، المؤرخة في 25/04/1990، ع17، ص.562.
- 19-القانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق 2005/02/06 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر، مؤرخة في 13/02/2005، ع12، ص.10.
- 20-القانون رقم 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15/07/2006، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 19/07/2006، ع47، ص.15.
- 21-القانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق 20/07/2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، المؤرخة في 03/08/2008، ع44، ص.03.
- 22-القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني 1435 الموافق 04 فبراير 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، المؤرخة في 16/02/2014، ع07، ص.04 وما بعدها.
- 23-القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق 30/12/2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، المؤرخة في 30/12/2015، ع71، ص.03.
- 24-القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 06 مارس 2016 المعدل للمرسوم الرئاسي، رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر، المؤرخة في 07/03/2016، ع14، ص.03.
- 25-القانون رقم 16-03 المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر، المؤرخة في 22 يونيو 2016، ع37، ص.05.
- 26-القانون رقم 17-03 المؤرخ في 10/01/2017، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970، ج.ر. المؤرخة في 11/01/2017، ع02، ص09 وما بعدها.

- 27-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 02 يوليو 2018، ج.ر.ع46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص.03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم 1442هـ الموافق 30/08/2020، المتعلق بالصحة، ج.ر، المؤرخة في 02/05/2020، ع50، ص.04.
- 28-القانون رقم 20-05 المؤرخ في 05 رمضان 1441هـ الموافق 28/04/2020، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها، ج.ر، مؤرخة في 29/04/2020، ع25، ص.04.
- 29-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، المؤرخة في 08/07/1992، ع52، ص.1415.
- 30-المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 23 ذي القعدة 1413هـ الموافق 15/05/1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج.ر، المؤرخة في 19/05/1993، ع33، ص.09.
- 31-المرسوم تنفيذي رقم 05-69 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق 06/02/2005، المحدد لأشكال الأعمال الصحية والاجتماعية لهيئات الضمان الاجتماعي، ج.ر، مؤرخة في 09/02/2005، ع11، ص.21.
- 32-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11/05/2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، بتاريخ 14/05/2006، ع31، ص.04.
- 33-المرسوم التنفيذي رقم 08-287 المؤرخ في 17 رمضان 1429 الموافق 17/09/2008 المحدد لشروط إنشاء مؤسسات ومراكز استقبال الطفولة الصغيرة وتنظيمها وسيرها ومراقبتها، ج.ر، المؤرخة في 17/09/2008، ع53، ص.12.
- 34-المرسوم التنفيذي رقم 11-122 مؤرخ في 15 ربيع الثاني 1432هـ الموافق 20/03/2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، ج.ر، المؤرخة في 20/03/2011، ع17، ص.41.
- 35-المرسوم التنفيذي رقم 17-277 المؤرخ في 18 محرم 1439هـ الموافق 09 أكتوبر 2017 المحدد لشروط وكيفيات تنظيم المصلحة المركزية للبصمات الوراثية وسيرها، ج.ر، المؤرخة في 19/10/2017، ع60، ص.14.
- 36-المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 26 رجب 1441هـ الموافق 21/03/2020 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج.ر، المؤرخة في 21/03/2020، ع15، ص.06.

سابعاً: مواقع الإنترنت

- 1- منظمة الأمم المتحدة، وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، موقع الإنترنت: <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights>، تاريخ الإطلاع: 2022/05/08.
- 2- دون ذكر المؤلف، موقع على الإنترنت، [www.algeriedroit.fb.dz](http://www.algeriedroit.fb.dz)، تاريخ الإطلاع 2020/06/10.
- 3- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت [www.Abahe.uk](http://www.Abahe.uk)، تاريخ الإطلاع 2020/05/17.
- 4- الموقع الرسمي لوزارة العمل والتشغيل الجزائرية، [www.metss.gov.dz](http://www.metss.gov.dz)، تاريخ الإطلاع 2020/04/15.
- 5- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.who.int](http://www.who.int)، جائحة وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)، تاريخ الإطلاع، 2020/09/15.
- 6- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت [www.moh.gov.sad](http://www.moh.gov.sad)، مركز الإعلام لوزارة الصحة للمملكة العربية السعودية، تاريخ الإطلاع 2020/08/18.
- 7- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.yumpu.com](http://www.yumpu.com)، متلازمة مرفان، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.
- 8- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.djazairess.com](http://www.djazairess.com)، التصلب الدرني، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.
- 9- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.arabicpost.net](http://www.arabicpost.net)، أين ذهبت شرائط التحليل؟ ملايين الجزائريين مصابون بالسكري، وقرار جمركي زاد معاناتهم، تاريخ الإطلاع 2020/08/23.
- 10- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.echoroukonline.com](http://www.echoroukonline.com)، تصريح وزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة خلال برنامج تحسيس وتوعوي بالتنسيق مع مختلف المصالح، تاريخ الإطلاع، 2020/09/01.
- 11- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت، [www.webteb.com](http://www.webteb.com)، مرض المهق أو الألبينية، تاريخ الإطلاع: 2020/11/08.
- 12- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت [www.moh.go.sa](http://www.moh.go.sa)، وزارة الصحة للمملكة العربية السعودية، الطفل الخديج، تاريخ الإطلاع 2020/11/06.
- 13- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.mayoclinic.org](http://www.mayoclinic.org)، قسم الولادة القيصرية، تاريخ الإطلاع 2020/11/09.

- 14- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: <https://alarab.co.uk> ، الإنحياز إلى الذكور يشوه التركيبة السكانية، صحيفة العرب، ع11765، بتاريخ 2020/07/18، تاريخ الإطلاع 2022/01/25.
- 15- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.webteb.com](http://www.webteb.com) ، ما هو الحقن المجهري، تاريخ الإطلاع، 2021/03/14.
- 16- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.webteb.com](http://www.webteb.com) ، التلقيح الصناعي لحل مشاكل الإنجاب، تاريخ الإطلاع، 2021/03/15.
- 17- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: <https://www.thuriah.com.sa> ، كم نسبة نجاح عملية أطفال الأنابيب وعملية الحقن المجهري من أول مرة، تاريخ الإطلاع، 2021/03/15.
- 18- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.tasfiataria.org](http://www.tasfiataria.org) ، كلام العلماء في حكم التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، تاريخ الاطلاع، 2021/03/18.
- 19- دون ذكر المؤلف، موقع الإنترنت: [www.aliftaa.jo](http://www.aliftaa.jo) ، القرار رقم: (5) الصادر عن مجلس الإفتاء الأردني، حول حكم الشريعة في التلقيح الصناعي بتاريخ : 25 / 10 / 1404 هـ الموافق: 24 / 7 / 1984م، تاريخ الاطلاع، 2021/03/18.

الفهرس

01	مقدمة:.....
18	الباب الأول: الأحكام العامة للإنجاب.....
19	الفصل الأول: الإنجاب وعلاقته الشرعية والقانونية.....
19	المبحث الأول: ماهية الإنجاب.....
20	المطلب الأول: الإنجاب والمقاصد ذات الصلة به.....
20	الفرع الأول: تعريف الإنجاب لغة واصطلاحاً.....
20	أولاً: لغة.....
21	ثانياً: اصطلاحاً.....
22	الفرع الثاني: المقاصد ذات الصلة بالإنجاب.....
22	أ- المعنى اللغوي.....
23	ب- المعنى الشرعي.....
24	أولاً: مقصد حفظ النسل.....
25	أ- حفظ النسل من جهة الوجود.....
26	ب- حفظ النسل من جهة العدم.....
26	I- الإعراض عن الزواج.....
27	II- تحريم الزنا.....
30	III- تحريم القذف.....
32	ثانياً: مقصد حفظ النسب.....
32	أ- مصطلح حفظ النسب عند الفقهاء.....
32	I- الرأي القائل بمقصد حفظ النسب.....
32	II- الرأي القائل بمقصد حفظ النسل.....
33	III- الرأي القائل بمقصد حفظ الفرج والبضع.....
34	ب- كيفية حفظ النسب في القانون الجزائري.....
34	I- حفظ النسب بأسباب ثبوته.....
36	II- حفظ النسب بوسائل إثباته.....
39	III- حفظ النسب بمنع التبني.....

39	IV- حفظ النسب بالطرق العلمية.....
42	ثالثا: مقصد حفظ النفس.....
43	أ- حفظ الحق في الحياة.....
43	I- قتل النفس بغير حق.....
43	II- الدفاع الشرعي.....
44	III- الإنتحار.....
44	ب- حفظ الحق في سلامة الجسم.....
44	I- حفظ التكامل الجسدي.....
45	II- حفظ سير وظائف الأعضاء بصفة طبيعية.....
45	III- حفظ سكينه الجسم وجلاء الآلام.....
45	ج- مكانة الحق في سلامة الجسم.....
45	I- في الشريعة الإسلامية.....
47	II- في التشريع الجزائري.....
48	المطلب الثاني: الإنجاب مطلب نفسي واجتماعي.....
48	الفرع الأول: الحق في الولد رغبة شرعية ونفسية.....
49	أولا: مشروعية البشارة بالمولود.....
50	ثانيا: الرغبة في الإنجاب من الناحية النفسية.....
50	أ- رغبة الإنجاب عند الزوجة.....
51	ب- رغبة الإنجاب عند الزوج.....
52	الفرع الثاني: مكانة الإنجاب في المجتمع.....
52	أولا: دور الإنجاب في تعزيز المكانة الاجتماعية.....
53	ثانيا: دور الإنجاب في تثبيت الزواج.....
54	المبحث الثاني: عوائق الإنجاب.....
54	المطلب الأول: العقم المرضي.....
55	الفرع الأول: مفهوم العقم.....
55	أولا: تعريف العقم لغة واصطلاحا.....
55	أ- تعريفه لغة.....
55	ب- تعريفه اصطلاحا.....

56	ج-الفرق بين العقم والعقر.....
56	ثانيا: التعريف الطبي للعقم.....
57	ثالثا: التعريف الشرعي للعقم.....
59	رابعا: مدى اعتبار العقم مرضا.....
60	خامسا: أنواع العقم.....
61	أ-العقم المطلق.....
61	ب-العقم النسبي.....
61	الفرع الثاني: أسباب العقم.....
62	أولا: أسباب تصيب الزوج.....
64	ثانيا: أسباب العقم عند الزوجة.....
66	ثالثا: أسباب تصيب الزوجين معا.....
70	الفرع الثاني: مشروعية التداوي من العقم.....
70	أولا: تعريف التداوي.....
70	أ-التداوي لغة.....
71	ب-التداوي في الإصطلاح.....
71	ثانيا: الحكم الشرعي للتداوي.....
71	أ-آراء الفقه الإسلامي في حكم التداوي.....
74	ب-أدلة مشروعية التداوي.....
75	ثالثا: بعض القواعد الفقهية التي تحكم التداوي من العقم.....
77	المطلب الثاني: العقم الإرادي.....
77	الفرع الأول: التغيير الجنسي.....
77	أولا: ماهية التغيير الجنسي.....
77	أ-مدلول التغيير الجنسي.....
79	ب-عوامل التغيير الجنسي.....
79	I-العامل النفسي.....
80	II-العامل الوراثي.....
81	III-العامل الاجتماعي.....
82	ثانيا: موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من التغيير الجنسي.....

82	أ- موقف الفقه الإسلامي.....
82	I- حالة وجود الضرورة الشرعية.....
84	II- حالة انعدام الضرورة الشرعية.....
85	ب-موقف القانون الجزائري.....
86	I-تجريم التغيير الجنسي.....
87	II-جزاء عقد التغيير الجنسي.....
88	III- الحالة المدنية للمتغير جنسيا.....
89	ثالثا: أثر التغيير الجنسي على الإنجاب.....
89	أ-التغيير الجنسي أساس عيوب النكاح.....
90	ب-فك الرابطة الزوجية للتغيير الجنسي.....
91	الفرع الثاني: التعقيم الجراحي.....
92	أولا: مدلول التعقيم الجراحي.....
92	أ-مفهوم التعقيم الجراحي.....
93	ب-أنواع التعقيم.....
93	ج- وسائل التعقيم الجراحي.....
93	ثانيا: الحكم الشرعي للتعقيم الجراحي.....
97	ثالثا: المسؤولية المترتبة على عملية التعقيم.....
99	المطلب الثالث:أثر العقم على العلاقة الزوجية.....
100	الفرع الأول: العقم كمبرر لتعدد الزوجات.....
101	الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بسبب العقم.....
101	أولا: في الفقه الإسلامي.....
103	ثانيا: في قانون الأسرة.....
106	المطلب الرابع: العوائق الإجتماعية والقانونية.....
106	الفرع الأول: العوائق الاجتماعية.....
107	أولا: المغالاة في المهور.....
107	أ-مقدار المهر.....
107	I-المقدار الأكثر للمهر.....
108	II-المقدار الأقل للمهر.....

109	ب-عوامل المغالاة في المهور والبدائل العلاجية.....
109	I- عوامل المغالاة في المهور.....
111	II- البدائل العلاجية لظاهرة المغالاة في المهور.....
112	ثانيا: توفير مسكن الزوجية.....
112	أ-مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية.....
113	ب- مسكن الزوجية في قانون الأسرة.....
114	الفرع الثاني: العوائق القانونية للإنجاب.....
114	أولا: قصور بعض نصوص قانون الأسرة.....
114	أ-نص المادة 07.....
116	ب-نص المادة 08.....
117	ثانيا: عولمة تحديد النسل.....
117	أ-ظهور حركة تحديد النسل.....
118	ب-مدى تأثير المشرع بحركة تحديد النسل.....
<b>120</b>	<b>الفصل الثاني: الصحة الإنجابية في التشريع الجزائري.....</b>
120	المبحث الأول: الصحة الإنجابية تكريس لمبادئ حقوق الإنسان.....
121	المطلب الأول: مفهوم الصحة الإنجابية.....
122	الفرع الأول: الوقاية الصحية من منظور إسلامي.....
123	أولا: الطب الوقائي في الإسلام لحفظ الصحة.....
123	أ-سبل شرعية لوقاية الصحة العامة لجسم الإنسان.....
126	ب-إقرار مبدأ العلاج في الشريعة الإسلامية.....
126	ج-تكييف الاعتداء على سلامة صحة الإنسان أنه جناية.....
126	ثانيا: التغريب في الزواج لحفظ الصحة الإنجابية.....
127	الفرع الثاني: الصحة الإنجابية في أهم النصوص الدولية.....
130	المطلب الثاني: الحقوق المرتبطة بالصحة الإنجابية.....
130	الفرع الأول: ضمانات الحق في رعاية الصحة الإنجابية.....
130	أولا: المقصود بالحق في رعاية الصحة الإنجابية.....
131	ثانيا: مبدأ عدم التمييز لدعم الصحة الإنجابية.....
134	ثالثا: الحق في الحصول على الأدوية لضمان الصحة الإنجابية.....

136	الفرع الثاني: الصحة الإنجابية في ضوء القوانين الأساسية.....
136	أولاً: الحماية الدستورية.....
137	ثانياً: قانون الصحة.....
139	ثالثاً: قانون العمل والنصوص المرتبطة به.....
141	رابعاً: قانون الجنسية.....
142	خامساً: قانون تنظيم السجون.....
144	سادساً: قانون الأسرة.....
144	سابعاً: قانون العقوبات.....
145	الفرع الثالث: علاقة ختان الجهاز التناسلي بالصحة الإنجابية.....
145	أولاً: التأصيل الشرعي للختان.....
148	ثانياً: مدى اعتبار ختان الأنثى تعدي على السلامة الجسدية.....
149	ثالثاً: أثر الختان على الصحة الإنجابية.....
151	رابعاً: المسؤولية الطبية في جراحة الختان.....
152	الفرع الرابع: علاقة تقرير المصير في تنظيم الإنجاب بالصحة الإنجابية.....
152	أولاً: قوامة الزوج.....
153	أ- التأصيل الشرعي للقوامة وأدلتها.....
154	ب- مستلزمات قوامة الزوج.....
155	I- واجب المعاشرة بالمعروف.....
156	II- واجب النفقة على الزوجة.....
158	III- حق الزوجة في الاستمتاع.....
159	ثانياً: طاعة الزوج بين الإلغاء والإبقاء.....
161	ثالثاً: قرار تنظيم الإنجاب بين القوامة ومبدأ المساواة بين الزوجين.....
161	أ- عدم تعارض القوامة ومبدأ المساواة بين الزوجين.....
162	ب- تنظيم الإنجاب قرار مشترك شرعاً وقانوناً.....
165	المبحث الثاني: حماية الحمل والولادة.....
165	المطلب الأول: حماية الحمل من الأمراض الوراثية والمعدية.....
166	الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج.....
166	أولاً: حقيقة الفحص الطبي قبل الزواج.....

166	أ-تعريف الفحص الطبي.....
166	I-تعريفه لغة.....
167	II-تعريفه اصطلاحا.....
168	ب-أنواع الفحوصات الطبية لحفظ الإنجاب من الأمراض الوراثية والمعدية.....
169	I-فحوصات لكشف الأمراض الوراثية.....
172	II-فحوصات لكشف الأمراض المعدية.....
176	ثانيا: محدودية أثر الفحص الطبي على الإنجاب.....
179	ثالثا: مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج.....
179	أ-الرأي المؤيد.....
181	ب-الرأي المعارض.....
184	رابعا: الفحص الطبي قبل الزواج في التشريع.....
184	أ-مرحلة ما قبل 27 فيفري سنة 2005.....
185	ب-مرحلة ما بعد 27 فيفري سنة 2005.....
187	الفرع الثاني: علاقة زواج الأقارب بالأمراض الوراثية وأثره على الإنجاب.....
188	أولا: رأي الفقه الإسلامي في زواج الأقارب.....
189	ثانيا: موقف الطب في زواج الأقارب.....
191	ثالثا: الرأي السوسولوجي في زواج الأقارب.....
192	لمطلب الثاني: حماية الحمل من التعدي.....
193	الفرع الأول: الإنهاء غير الطبيعي للحمل.....
193	أولا: تعريف الإنهاء غير الطبيعي للحمل.....
193	أ-التعريف اللغوي والاصطلاحي.....
194	ب-التعريف الطبي.....
195	ج-أنواع الإنهاء غير الطبيعي للحمل.....
196	I-الإنهاء التلقائي.....
196	II-الإنهاء العلاجي.....
198	III-الإنهاء الجنائي.....
199	ثانيا: رأي الفقه الإسلامي في الإنهاء غير الطبيعي للحمل.....
200	أ- مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين.....

201	ب-مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين.....
203	ثالثا: مدى إضفاء الصبغة القانونية على بعض أسباب الإنهاء غير الطبيعي للحمل.....
203	أ-إنهاء الحمل بناء على الطلب.....
204	ب- إنهاء الحمل في حالات الاغتصاب وزنا المحارم.....
206	ج- إنهاء الحمل حالة اعتلال الجنين.....
210	الفرع الثاني: الإنهاء الطبيعي للحمل.....
210	أولا: ماهية الولادة والتوليد.....
210	أ-تعريف الولادة.....
212	ب-تعريف التوليد.....
212	ج-أنواع الولادة.....
212	I-الولادة الطبيعية.....
213	II-الولادة بالجراحة.....
215	ثانيا:عملية التوليد في القانون الجزائري بين الإباحة والمسؤولية.....
215	أ- مدى إباحة عملية التوليد.....
217	ب-ضوابط إباحة عملية التوليد.....
217	I-الترخيص القانوني لاكتساب الصفة.....
219	II-مراعاة الأصول العلمية والفنية.....
220	ثالثا: المسؤولية الطبية عن عمليات التوليد.....
220	أ-خصوصية الخطأ الطبي في عمليات التوليد.....
221	ب- الجزء المترتب عن الخطأ في عمليات التوليد.....
<b>224</b>	<b>الباب الثاني: النظام القانوني لمستجدات تكنولوجيا الإنجاب.....</b>
225	الفصل الأول: تقنيات المساعدة على الإنجاب وإشكالاتها.....
226	المبحث الأول: تقنية الإنجاب الاصطناعي.....
226	المطلب الأول: النطاق المفاهيمي للإنجاب الاصطناعي.....
227	الفرع الأول: ماهية الإنجاب الاصطناعي.....
227	أولا: التعريف اللغوي.....
229	ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....
229	أ-التعريف الطبي.....

230	ب-التعريف القانوني.....
231	ثالثا: أنواع الإنجاب الاصطناعي.....
231	أ- الإنجاب الاصطناعي الداخلي.....
232	ب- الإنجاب الاصطناعي الخارجي.....
233	I- طريقة طفل الأنبوب.....
233	II- طريقة جفت.....
233	III- طريقة زيفت.....
234	IV- طريقة الحقن المجهري.....
234	V- طريقة الرقائق الإلكترونية.....
236	الفرع الثاني: النظرة الشرعية والقانونية للإنجاب الاصطناعي.....
236	أولا: آراء الفقه الإسلامي في الإنجاب الاصطناعي.....
237	أ- الرأي الرافض للإنجاب الاصطناعي.....
239	ب- الرأي المؤيد للإنجاب الاصطناعي.....
243	ج- القيود الشرعية للإنجاب الاصطناعي.....
245	ثانيا: موقف القانون الجزائري من الإنجاب الاصطناعي.....
245	أ- نصح المشرع وفق نصوص قانون الأسرة.....
247	ب- نصح المشرع وفق قانون الصحة.....
248	المطلب الثاني: الحماية القانونية للإنجاب الاصطناعي.....
248	الفرع الأول: الضوابط القانونية الخاصة بالعلاقة الزوجية.....
248	أولا: طبيعة عقد الزواج.....
249	أ- تمايز الجنس البيولوجي للزوجين.....
249	ب- الرسمية لعقد الزواج.....
251	ج- الموافقة على النقل أو التخصيب الاصطناعي.....
252	ثانيا: الحالة التي يكون عليها الزوجان.....
252	أ- شرط حياة الزوجين.....
253	ب- شرط سن الإنجاب.....
253	ج- شرط العقم المؤكد طبييا.....
254	الفرع الثاني: الضوابط القانونية الإجرائية.....

254	أولاً: شرط ازدواجية طلب المساعدة الطبية على الإنجاب.....
255	ثانياً: شرط اختصاص الهيكل الصحي لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب.....
256	الفرع الثالث: حدود المسؤولية المترتبة عن المساعدة الطبية على الإنجاب.....
256	أولاً: المسؤولية الطبية المدنية.....
258	ثانياً: المسؤولية الطبية الجزائية.....
260	المطلب الثالث: الإشكالات القانونية المثارة بالإنجاب الاصطناعي.....
260	الفرع الأول: ما يثار في نطاق العلاقة الزوجية.....
261	أولاً: أثره على العلاقة الزوجية.....
261	أ- النزعة الذاتية.....
262	ب- المحافظة على الأنساب.....
262	ج- احتمال ولادة الجنين مشوها.....
262	د- نسبة نجاح العملية.....
263	و- احتمالية ولادة التوأم.....
263	هـ- حدوث مضاعفات صحية.....
263	ي- نفقة الإنجاب الاصطناعي.....
264	ثانياً: أثره على مصلحة الطفل الناتج عنه.....
265	أ- الحقوق المكتسبة للطفل.....
266	ب- مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية لحماية مصلحة نسب الطفل.....
268	الفرع الثاني: ما يثار خارج نطاق العلاقة الزوجية.....
269	أولاً: الإنجاب الاصطناعي بعد موت الزوج.....
269	أ- حالة الموت المتيقن منه.....
269	I- الإنجاب الاصطناعي أثناء العدة.....
271	II- الإنجاب الاصطناعي بعد العدة.....
271	ب- حالة الموت المشكوك فيه.....
271	I- المقصود الموت الدماغى.....
272	II- حقيقة الموت الدماغى فى الفقه الإسلامى.....
273	III- التكييف الشرعى والقانونى للإنجاب الاصطناعى من الزوج الميت دماغياً.....
277	ثانياً: الإنجاب الاصطناعي باستعمال الرحم الأجنبى.....

277	أ- المقصود بالإنجاب بالرحم الأجنبي.....
280	I-الرحم لامرأة أجنبية عن الزوج.....
280	II-الرحم لزوجة ثانية للزوج صاحب المني.....
280	ب-طبيعة تصرف الإنجاب بالرحم الأجنبي.....
283	ج- الآثار المترتبة على الإنجاب بالرحم الأجنبي.....
285	الفرع الثالث: مصير الأجنة الزائدة في الإنجاب الاصطناعي.....
286	أولاً: الطبيعة القانونية للأجنة الزائدة.....
288	ثانياً: مدى مشروعية الاحتفاظ بالأجنة الزائدة.....
288	أ-عدم جواز الاحتفاظ بالأجنة الزائدة.....
289	ب-جواز الاحتفاظ بالأجنة الزائدة.....
289	ثالثاً: موقف المشرع من الاحتفاظ بالأجنة الزائدة.....
291	المبحث الثاني: تقنية نزع وزراعة الأعضاء التناسلية.....
293	المطلب الأول: ماهية عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية وأساسها القانوني.....
293	الفرع الأول: تعريف عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية ودوافعها.....
293	أولاً: مدلول بعض مصطلحات هذه الجراحة.....
295	ثانياً: تعريف عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية.....
296	ثالثاً: دوافع إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية.....
296	أ-الرغبة في الإنجاب.....
296	ب-دافع الاستمتاع.....
296	ج-المحافظة على الجمال.....
297	الفرع الثاني: الأساس القانوني لعملية نزع وزراعة الأعضاء.....
298	أولاً: نظرية السبب.....
298	ثانياً: نظرية الضرورة.....
299	ثالثاً: نظرية المصلحة الاجتماعية.....
301	رابعاً: نظرية رضا المتبرع.....
301	أ-التنازل عن الحق.....
301	ب-التوقف عن استعمال الحق.....
301	ج-استخدام رخصة قانونية لصاحب الحق.....

302	المطلب الثاني: الضوابط القانونية لزراعة الأعضاء التناسلية وحكمها الشرعي.....
302	الفرع الأول: الضوابط القانونية لنزع وزراعة الأعضاء.....
303	أولا: الشروط الطبية.....
303	أ-الهدف العلاجي للعملية.....
304	ب-مراعاة الحالة الصحية لأطراف العملية.....
304	ج-التوافق بين أنسجة المتبرع والمتلقي.....
305	د-الضرورة الموجبة لعملية نزع وزرع الأعضاء.....
306	ثانيا: الشروط الإدارية.....
306	أ-الترخيص القانوني للمؤسسة الإستشفائية.....
307	ب-تحقق موافقة أطراف العملية(المتبرع والمتلقي).....
307	I-التعبير عن موافقة المتبرع.....
309	II-التعبير عن موافقة المتلقي.....
310	III-مجانية عملية نزع وزرع الأعضاء.....
311	ثالثا: الشروط القانونية.....
312	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والمشرع من نزع وزرع الأعضاء التناسلية.....
312	أولا: الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية.....
318	ثانيا: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية.....
321	ثالثا: موقف المشرع.....
322	المطلب الثالث: أثر عملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية على النسب والمسؤولية الناتجة عنها.....
322	الفرع الأول: نسب الطفل في ظل زراعة الأعضاء التناسلية.....
322	أولا: أثر زراعة الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية على النسب.....
324	ثانيا: أثر زراعة الأعضاء التناسلية غير الحاملة للصفات الوراثية على النسب(الرحم امودجا).....
325	الفرع الثاني: المسؤولية الطبية الناتجة عن زراعة الأعضاء التناسلية.....
325	أولا: المسؤولية الطبية المدنية.....
326	أ-طبيعة المسؤولية الطبية.....
328	ب-طبيعة إلتزام الطبيب الموجب للمسؤولية.....
329	ج-طبيعة التعويض الذي يتحمله الطبيب المسؤول.....
329	ثانيا: المسؤولية الطبية الجزائية.....

329	أ- الإخلال بمبدأ السلامة الجسدية.....
330	ب- الإخلال بمبدأ مجانية زراعة الأعضاء.....
331	ج- الإخلال بشرط توافر الرضا.....
331	د- الإخلال بشرط الترخيص للمؤسسة الإستشفائية.....
<b>333</b>	<b>الفصل الثاني: التعديل الوراثي وتطبيقاته على الإنجاب.....</b>
334	المبحث الأول: مدخل عام للتعديل الوراثي الإنجابي.....
335	المطلب الأول: مفهوم الهندسة الوراثية.....
336	الفرع الأول: المفهوم النظري للهندسة الوراثية.....
336	أولاً: التعريف اللغوي للهندسة الوراثية.....
336	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للهندسة الوراثية.....
338	الفرع الثاني: المفهوم التقني للهندسة الوراثية.....
339	أولاً: مفهوم الجين ودوره في نقل الصفات الوراثية.....
339	أ- تعريف الجين.....
340	ب- كيفية عمل الجين.....
342	ثانياً: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية.....
343	ثالثاً: بعض الآليات العملية للتعديل الوراثي.....
343	أ- تقنية الفك والتركيب.....
343	ب- تقنية الاستنساخ الحيوي للحامض النووي.....
343	ج- تقنية تهجين الأحماض النووية.....
344	المطلب الثاني: الحكم العام للهندسة الوراثية وأثرها القانوني.....
345	الفرع الأول: الهندسة الوراثية في الميزان الشرعي.....
345	أولاً: الحكم الشرعي لآليات الهندسة الوراثية.....
346	ثانياً: النطاق العملي لآليات الهندسة الوراثية.....
347	ثالثاً: موقف المجامع الفقهية من الهندسة الوراثية.....
347	أ- بالنسبة لمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي.....
348	ب- بالنسبة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي.....
349	الفرع الثاني: مكانة الهندسة الوراثية وأثرها على الخصوصية الجينية.....
349	أولاً: أهمية الهندسة الوراثية في المجال الإنجابي.....

350	ثانيا: أضرار استخدام الهندسة الوراثية.....
350	أ-في المجال التشخيصي والعلاجي.....
352	ب-في مجال التعديل الوراثي.....
353	ثانيا: أثر الهندسة الوراثية على الحق في الخصوصية الجينية.....
353	أ-تعريف الحق في الخصوصية الجينية.....
353	ب-حماية الحق في الخصوصية الجينية.....
354	I-مجال تطبيق القانون رقم 16-03.....
354	II-شروط إجراء التحليل الجيني.....
355	III-المسؤولية المترتبة على الإخلال بالحق في الخصوصية الجينية.....
357	المبحث الثاني: تطبيقات الهندسة الوراثية في المجال الإنجابي.....
358	المطلب الأول: تقنية انتقاء جنس الجنين.....
358	الفرع الأول: ماهية تقنية انتقاء جنس الجنين.....
359	أولا: التعريف الفقهي.....
360	ثانيا: المدلول الطبي.....
361	ثالثا: الفرق بين انتقاء جنس الجنين وتحسين النسل.....
363	رابعا:دوافع انتقاء جنس الجنين.....
363	أ-الدوافع الشخصية.....
364	ب-الدوافع الطبية الوقائية.....
364	ج-الدوافع السياسية.....
364	الفرع الثاني: طرق انتقاء جنس الجنين.....
364	أولا: الطرق التقليدية.....
367	ثانيا: الطرق المخبرية (الطبية).....
370	الفرع الثالث: رأي الفقه الإسلامي في تقنية انتقاء جنس الجنين.....
370	أولا: حكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبيعية.....
372	ثانيا: حكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبية.....
377	الفرع الرابع: موقف المشرع من انتقاء جنس الجنين.....
377	أولا: الحظر الضمني لعملية انتقاء جنس الجنين.....
378	ثانيا: الحظر الصريح لعملية انتقاء جنس الجنين.....

379	ثالثا: التبرير القانوني لمنع انتقاء جنس الجنين.....
379	أ-مدى مشروعية عقد انتقاء جنس الجنين.....
380	ب-أثر انتقاء جنس الجنين على الكيان الأسري.....
380	I-أثر انتقاء جنس الجنين على الزواج.....
381	II-أثر انتقاء جنس الجنين على الميراث.....
381	III-اتساع رقعة التحجيم الأسري.....
382	المطلب الثاني: تقنية الاستنساخ البشري.....
382	الفرع الأول: ماهية تقنية الاستنساخ البشري.....
382	أولا: مدلول تقنية الاستنساخ البشري.....
382	أ-المدلول اللغوي.....
383	ب-المدلول الاصطلاحي.....
384	ج-المدلول التقني.....
385	ثانيا: الطبيعة التوجيهية لتقنية الاستنساخ.....
386	ثالثا: المصطلحات الملامسة للاستنساخ.....
386	رابعا: أنواع الاستنساخ.....
387	أ-الاستنساخ الجسدي اللاجنسي.....
389	ب-الاستنساخ الجنسي.....
390	الفرع الثاني: مدى مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي.....
390	أولا: حكم الاستنساخ الجنسي.....
394	ثانيا: حكم الاستنساخ اللاجنسي.....
400	الفرع الثالث: الاستنساخ في ضوء نصوص القانون الجزائري.....
400	أولا: الحماية الدستورية لخصوصية الإنسان.....
401	ثانيا: في قوانين الصحة.....
401	أ-مدى اعتبار الاستنساخ من الأعمال الطبية.....
402	ب-مدى اعتبار الاستنساخ من أعمال البحث العلمي.....
403	ج-المنع القانوني الصريح لعملية الاستنساخ.....
404	ثالثا: في ظل أحكام قانون الأسرة.....
406	خاتمة:.....
409	قائمة المراجع:.....

## الإنباب والمستجدات الطبية في القانون الجزائري

### ملخص:

إن إشكال عدم الإنجاب لم يعد أمرا يلازم الزوجين طيلة حياتهما، فالمستجدات الطبية تمكنت من إيجاد تقنيات مساعدة على الإنجاب كبديل للحمل الطبيعي، متمثلة في الإنجاب الاصطناعي، حيث أثار إشكالات ليس أثناء الحياة الزوجية فحسب، بل بعد انقضائها أيضا، منها الإنجاب بعد الوفاة الحقيقية أو الموت الدماغي، والرحم الأجنبي، فضلا عن زراعة الأعضاء التناسلية، التي قد تستهجنها النفوس السوية بداهة قبل النظر إلى ما يترتب عنها من مساس بالنسب.

كما أن تطبيقات التقنيات الدقيقة في مجال الوراثة، التي تبدو في ظاهرها وسائل لتحقيق الإنجاب، كتقنيتي انتقاء جنس الجنين، والاستنساخ البشري، تعد أعمالا مستبعدة من مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، لما يترتب عنها من مساس بالكرامة الإنسانية، واختلاط الأنساب، وتغيير في المراكز وإلغاء الفوارق الطبيعية.

**الكلمات المفتاحية:** إنجاب، عقم، صحة، مساعدة، طب.

## Reproduction et inventions médicales en droit algérien

### **Résumé:**

Le problème de stérilité n'est plus un obstacle perpétuel pour les conjoints, car les progrès médicaux ont donné lieu à la technique dite de procréation assistée comme alternative à la grossesse naturelle. Toutefois, cette technique a engendré un certain nombre de problèmes aussi bien durant le mariage qu'après sa dissolution ; tels que la procréation in mortem, l'utérus étranger et la greffe des organes génitaux, lesquels sont généralement réfutés de par leur atteinte à la filiation.

De surcroit, le recours à des techniques précises dans le domaine de la génétique, qui semblent un moyen de procréation, tels que la sélection du sexe du fœtus et le clonage humain constituent une atteinte à la dignité humaine et à la filiation, d'autant plus qu'elles entraînent un changement d'ordre social naturel.

**Mots clés:** Reproduction, stérilité, santé, assistance, médecine.

## Reproduction and medical inventions in Algerian law

### **Abstract :**

The problem of sterility is no longer a perpetual obstacle for the spouses, because medical progress has given rise to the technique known as assisted reproduction as an alternative to natural pregnancy. However, this technique has created a number of problems both during marriage and after its dissolution; such as procreation in mortem, foreign uterus and genital transplant, which are generally refuted by their interference with filiation.

Moreover, the use of precise techniques in the field of genetics, which seem to be a means of procreation, such as sex selection of the fetus and human cloning, constitutes an attack on human dignity and filiation, especially as they bring about a natural social change.

**Keywords:** Reproduction, sterility, health, assistance, medicine.